

[www.lenemro.org](http://www.lenemro.org)

---

# LE NEMRO

---

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT ECONOMIQUE

Fondateur : Pr. Robert NEMEDEU

Juillet-Septembre 2019

**LE NEMRO**  
**Revue Trimestrielle de Droit Economique**  
**Juillet/Septembre 2019**

**Fondateur : Pr Robert NEMEDEU**

*Agrégé des Facultés de Droit  
Diplômé de l'Ecole du Barreau de Paris  
(EFB), 1<sup>er</sup> Vice - Président honoraire du CTS  
Sciences juridiques et Politiques du CAMES  
Université de Yaoundé II – Cameroun*

**Rédacteur en chef : Pr Eloie SOUPGUI**

*Agrégé des Facultés de Droit  
Université de Yaoundé II – Cameroun*

**Rédacteurs en chef-adjoint :**

**Pr Serge Patrick LEVOA AWONA**

*Agrégé des Facultés de Droit,  
Université de Ngaoundéré – Cameroun*

**Pr GUEDEGBE Samson Igor Bidossessi,**

*Agrégé des Facultés de Droit, Université  
d'Abomey Calavi, Bénin*

**Conception :** IGCI SARL, Yaoundé

**COMITE D'HONNEUR**

**Pr BOKALLI Victor-Emmanuel,** *Agrégé des  
Facultés de Droit, Professeur Titulaire,  
Doyen honoraire de la Faculté des Sciences  
Juridiques et Politiques, Université de  
Yaoundé II*

**Pr GBAGUIDI A. Noël,** *Agrégé des Facultés  
de Droit, Professeur Titulaire, Université  
d'Abomey-Calavi, Bénin*

**Pr JOGBENOU Joseph,** *Agrégé des Facultés  
de Droit, Université d'Abomey - Calavi,  
Ancien ministre de la Justice, Président du  
Conseil Constitutionnel du Bénin*

**Pr MINKOA SHE Adolphe,** *Agrégé des  
Facultés de Droit, Professeur Titulaire,  
Recteur de l'Université de Yaoundé II*

**Pr MODI KOKO Désiré,** *Agrégé des  
Facultés de Droit, Doyen de la Faculté des  
Sciences Juridiques et Politiques, Université  
de Dschang, Cameroun*

**Pr NDIOUF Ndiaw,** *Agrégé des Facultés de  
Droit, Professeur Titulaire, Doyen  
honoraire de la Faculté de Droit, Université  
Cheik Anta DIOP de Dakar, Membre du  
Conseil constitutionnel du Sénégal*

**Pr ONDOUA Alain,** *Agrégé des Facultés de  
Droit, Professeur Titulaire, Ancien  
Directeur du Bureau Afrique Centrale et  
Grands Lacs, AUF, Doyen de la Faculté des  
Sciences Juridiques et Politiques, université  
de Yaoundé II*

**LE NEMRO**  
**Revue Trimestrielle de Droit Economique**  
**Juillet/Septembre 2019**

**Pr RONTCHESKY Nicolas**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Strasbourg, France

**Pr SAWADOGO Michel Filiga**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université OUAGA II, ancien Ministre de l'Enseignement supérieur, de la recherche scientifique et de l'innovation, Burkina Faso, Commissaire à l'UEMOA

**Pr SOSSA Dorothé Cossi**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université d'Abomey-Calavi, Bénin, Secrétaire Permanent de l'OHADA

**Pr STORCK Jean-Patrice**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Strasbourg, France

**Pr STORCK Michel**, Professeur Titulaire, Université de Strasbourg, France

**Pr TSAFACK NANFOSSO Roger**, Agrégé des Facultés des Sciences Economiques et de gestion, Professeur Titulaire, Recteur de l'Université de Dschang, Cameroun

**Pr ABA'A OYONO Jean - Calvin**, Maitre de conférences, Université de Yaoundé II, Cameroun

**Pr AGBENOTO Koffi Mawunyo**, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Kara, Togo

**Pr CAMARA Bakary**, Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la Faculté de Droit, Université de Bamako, Mali

**Pr. DASCHACO John TAMBUTOH**, Professor, University of Yaoundé II, Cameroun

**Pr DECKON KUASSI François**, Agrégé des Facultés de Droit, Doyen honoraire de la Faculté de Droit, Université de Lomé, Togo

**Pr FOMETEU Joseph**, Professeur Titulaire, Université de Ngaoundéré, Cameroun

**Pr FUNWIE TAMASANG Christopher**, Associate professor, University of Yaoundé II

**Pr GATSI Jean**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Douala, Cameroun

**Pr GUIMDO Bernard-Raymond**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun

**COMITE SCIENTIFIQUE :**

**LE NEMRO**  
**Revue Trimestrielle de Droit Economique**  
**Juillet/Septembre 2019**

**Pr JAMES Jean-Claude**, Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la Faculté de Droit, Université Omar Bongo, Libreville, Gabon

**Pr JIOGUE Grégoire**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun

**Pr KALIEU ELONGO Yvette Rachel**, Agrégée des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Dschang, Cameroun

**Pr KPODAR ADAMA Ferdinand**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Vice-Président de l'Université de Kara, Togo

**Pr KUATE Sylvain**, Maître de conférences, Université de Yaoundé II, Cameroun

**Pr KOM Jacqueline**, Maître de conférences, université de Yaoundé II, Cameroun

**Pr LOKO-BALOSSA Elie Joseph**, Maître de conférences, Université Marien Ngouabi, Brazzaville, Congo

**Pr MBAYE MAYATTA Ndiaye**, Agrégé des Facultés de Droit, Directeur Général de l'ERSUMA

**Dr MEBENGA Mathieu**, Chargé de cours, Université de Yaoundé II, Cameroun

**Pr MEVOUNGOU TSANA Roger**, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun

**Pr MIENDJEM Léopold**, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Dschang, Cameroun

**Pr MONEYANG NANDJIP Sara**, Maître de conférences, Université de Douala, Cameroun

**Pr MOUTHIEU NJANDEU Monique-Aimée**, Agrégée des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II, Cameroun

**Pr NGNINTEDEM Jean-Claude**, Maître de conférences, Université de Ngaoundéré, Cameroun

**Pr NSIE Etienne**, Agrégé des Facultés de Droit, Université Omar Bongo, Libreville, Gabon

**Pr NTONO TSIMI Germain**, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II, Cameroun

**Pr PEKASSA NDAM Gérard**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun

**LE NEMRO**  
**Revue Trimestrielle de Droit Economique**  
**Juillet/Septembre 2019**

*Pr TCHAKOUA Jean-Marie, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Université de Yaoundé II, Cameroun*

*Pr TIMTCHUEMG Moïse, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Dschang, Cameroun*

*Pr ZAMBO ZAMBO Dominique Junior, Agrégé des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II, Cameroun*

**COMITE DE REDACTION :**

*Dr AMOUGUI Pulchérie Chantal, Chargée de cours, Université Catholique d'Afrique Centrale, Yaoundé*

*Dr ETOULA ESSOH Clotilde, Chargée de cours, Université de Buéa*

*Dr GATCHOUP TCHINDA Désiré, Chargée de cours, Université de Yaoundé II*

*Dr KAGOU KENNA Patrice Hubert, Chargé de cours, Université de Dschang*

*Dr WANDJI Alain Douglas, Chargé de cours, Université de Yaoundé II*

*Dr MOUHOUAIN Salifou, Assistant, Université de Yaoundé II*

**RESPONSABLES RUBRIQUES :**

**Dr Chantal AMOUGUI**

**Dr Désiré NGATCHOUP TCHINDA**

**Pr Jean-Calvin ABA'A OYONO**

**Pr BOKALLI Victor Emmanuel**

**Pr Eloie SOUPGUI**

**Pr Gérard PEKASSA NDAM**

**Pr Grégoire JIOGUE**

**Pr Isidor MIENDJIEM**

**Pr Jean-Claude NGNINTEDEM**

**Pr Joseph FOMETEU**

**Pr Moïse TIMTCHUENG**

**Pr Monique Aimée MONTHIEU**

**Pr Robert NEMEDEU**

**Pr Sara NANDJIP MONEYANG**

**Pr Serge Patrick LEVOA AWONA**

**Pr Sylvain KUATE**

**Pr Yvette KALIEU ELONGO**

**Me Hyppolite Bertin TIAKOUANG  
MELI**

**Dr KAGOU KENNA Patrice Hubert**

**Dr MOUHOUAIN Salifou**

## **CADRE DE PUBLICATION**

Tout article soumis pour publication doit être rédigé en format Microsoft Word (2007 minimum) et respecter la police de caractères suivante :

Nom de la police : calibri

Taille des caractères : 12

Interligne : 1,5

Tout article doit être accompagné d'un résumé en français et en anglais et envoyé à l'adresse suivante : [lenenro@lenenro.org](mailto:lenenro@lenenro.org)

La revue s'engage à publier les résumés des meilleures thèses soutenues dans le domaine du droit économique. Elle entend contribuer ainsi à la vulgarisation des résultats des activités scientifiques nombreuses que nous organisons dans nos universités.

L'auteur s'engage en retour à ne pas publier son article dans une autre revue, au moins, durant la période nécessaire à l'expertise, et définitivement, lors que son texte est retenu.

**Le rédacteur en chef**

**Pr Eloie SOUPGUI**

**Agrégé des Facultés de Droit, Université de Yaoundé II**

## **A LA UNE**

### **EDITORIAL**

**LA PROBLÉMATIQUE DES DONNÉES PERSONNELLES (APERÇU À LA LUMIÈRE DU DROIT EUROPÉEN)**  
DALI ABDOUL TRAORE (P1)

### **LEGISLATION**

**DIRECTIVE N°02/19-UEAC-639-CM-33 HARMONISANT LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS AU SEIN DE LA CEMAC (P11)**

### **DOCTRINE**

**RETOUR SUR LA NATURE DU DROIT DE L'OHADA**  
PR. SERGE PATRICK LEVOA AWONA (P61)  
**« L'HUMANISATION » DU LIEN CONTRACTUEL DANS LE PROJET OHADA DE DROIT DES OBLIGATIONS**  
DR FABRICE ROLAND BIKIE (P84)  
**LE NOUVEAU PARADIGME DU CONTROLE DE LA GESTION FINANCIERE DES SOCIETES COMMERCIALES EN DROIT OHADA**  
DR BLAISE ANTOINE MBEM LISSOUK (P114)

### **DROIT ET PRATIQUE**

**L'ADMINISTRATEUR INDEPENDANT ET BONNE GOUVERNANCE DES SOCIETES ANONYMES DE L'ESPACE OHADA**  
DR EDITH MAFOWO (P152)  
**LE JUGE PENAL ET LES MARCHES PUBLICS AU CAMEROUN : VERS UNE CONFUSION ENTRE LA FAUTE DE GESTION ET LE DETOURNEMENT DE DENIERS PUBLICS ?**  
DR SAMUEL THEOPHILE BATOUM-BA-NGOUE (P175)

### **JURISPRUDENCE**

**LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, 03 JUILLET 2019, AFFAIRE SOCIETE GROUPE DUVAL C/ SOCIETE SPBI (P205)**  
**OBSERVATIONS SOUS CASS. COM., 3 JUILLET 2019, AFFAIRE SOCIETE GROUPE DUVAL C/ SOCIETE SPBI**  
**LETTRE D'INTENTION D'UNE SOCIETE MERE A SA FILIALE ET DISTINCTION ENTRE OBLIGATION DE MOYENS ET OBLIGATION DE RESULTATS**  
DR BIENVENUE DODOU (P213)

## EDITORIAL

### **LA PROBLÉMATIQUE DES DONNÉES PERSONNELLES (APERÇU À LA LUMIÈRE DU DROIT EUROPÉEN)**

DALI ABDOUL TRAORE

*Enseignant/chercheur à l'Université de Strasbourg*

*Certifié informatique et liberté (C2i)*

*Certificat d'enseignement des droits de l'homme*

*dans les universités (Institut René Cassin)*

[traoredali@yahoo.fr](mailto:traoredali@yahoo.fr)

On entend par « données à caractère personnel », toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée). Est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale... »<sup>1</sup>.

Les données captées constituent une richesse à la disposition des acteurs publics (les autorités administratives, les

---

<sup>1</sup>.L'article 4.1) du règlement (UE ) 2016/679

administratives indépendantes) et privés (les opérateurs d'internet, de téléphone, dans une certaine mesure les video surveillances). Elles font l'objet de toutes sortes de convoitise, pour des besoins commerciaux, d'escroquerie **avec préméditation**, d'ordre **politique** ou diplomatique . Et pour parvenir à ces fins, tous les coups bas sont permis (manœuvres frauduleuses ou vol de ces données) qui donnent lieu dès lors à un véritable marchandage par ceux que certains qualifient d'informateurs précieux.<sup>4</sup>

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication ou Ntic<sup>5</sup> se situent aujourd'hui au cœur des préoccupations politico-économiques, dès lors qu'elles permettent à la Cybercriminalité de prospérer<sup>6</sup>. Cette source de richesse induit, également, une angoisse. Selon la professeure Solange Ghernouati<sup>2</sup>, il convient

---

<sup>2</sup> Solange GHERNAOUTI au King's College London, publiée dans Heptagone le 08/10/2015. Plus de 300 affaires résolues en 2015, la cybercriminalité

d'envisager de nouvelles alternatives et de marquer « un certain recul » face à ce système de faire et de penser « imposé par internet ». En effet, elle parle de « colonization » et « d'ultra capitalisme numérique » aux mains d'individus maîtrisant la technologie.

Dans ce système de « distribution des richesses informationnelles », il n'est nullement question d'éthique ou de morale, car la commercialisation des données s'étend à l'échelle mondiale. Les données confidentielles alimentent une forme de marché noir transfrontalier aux échanges aussi occultes que fructueux, défini comme un événement préjudiciable dépendant du hasard ; représente une notion centrale du droit contemporain<sup>11</sup>. Il convient davantage d'appréhender la

---

gagne du terrain en Algérie, le 06-10-2015, Le Soir d'Algérie <http://www.aps.dz/sante-sciences-tech/29487-la-lutte-contre-la-cybercriminalit%C3%A9-n%C3%A9cessite-une-l%C3%A9gislation-internationale>

notion du risqué, dans le sens du principe de précaution<sup>13</sup>, afin de sauvegarder des intérêts essentiels, viser à recommander aux gouvernements, en particulier, de prendre, à titre préventif, des mesures conservatoires propres à empêcher la réalisation d'un risque éventuel, ceci avant même de savoir avec certitude que le danger contre lequel on se prémunit constitue une menace effective.

C'est une maxime de prudence, aux contours pas toujours encore strictement définies, dont il est nécessaire d'en évaluer la portée juridique ainsi que les fondements. Ce principe interroge la prise en charge du risque encouru du fait d'une activité par le producteur, l'utilisateur, le consommateur. Il semble évident que la question se pose en cas d'incertitude scientifique. Ce principe articule le besoin de connaissance et d'évaluation du risque et celui concernant les mesures à prendre, de manière appropriée, pour apporter une réponse pertinente, proportionnée et temporaire, le temps d'évaluer le

risque pour vérifier son absence ou son existence et d'adopter des mesures de prévention, le cas échéant<sup>14</sup>.

Cependant, ces informations précieuses relèvent du secret professionnel, car elles comportent des éléments relatifs à la vie privée. Mais, peut-on parler de protection de données à caractère personnel dans le cas d'une personne se trouvant dans un lieu public ou soumise à des circonstances de sauvegarde de l'ordre public (la nécessité de la sécurité nationale) ou de la prévention des infractions<sup>15</sup>; situation d'un terrifiant monde totalitaire "instrument du pouvoir omnipotent et omniprésent", tel que dépeint par George Orwell dans le prophétique 1984? Quelles conséquences en tirer sous l'angle du droit de la défense et du droit de défense ? Le risque réside davantage dans le recoupement de ces données issues de différents fichiers, apparemment efficace pour la lutte contre la criminalité organisée et le marketing, néanmoins, dangereux pour la présomption d'innocence et propice

à la stigmatisation. On voit aussi se dessiner, avec la tentative d'ingérence russe dans les élections américaine de 2016, l'émergence d'attaques hybrides, où l'information et la donnée elle-même sont instrumentalisées, pour déstabiliser des sociétés entières.

Les échanges permanents de données personnelles se développent. Leur traitement se complexifie en raison de la multiplication des intervenants et de leur statut, ainsi que de l'accroissement des risques liés à la diversité des cadres juridiques applicable, qui contraint à l'élaboration de mesures spécifiques. Traditionnellement en Europe, les dispositions de protection de la vie privée dont relève la protection des données personnelle résultent des articles 1, 8.1 et 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme, l'article 18 de la Convention d'Europol, l'article 1 de la Convention sur la protection des données à caractère personnel. Ces droits sont garantis sous le contrôle d'une autorité indépendante par les articles 1, 7, 8 et 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

Européenne, qui consacre le droit à la protection des données à caractère personnel comme un droit fondamental " nouveau ", distinct du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, formulé dans l'art.7. Ce nouveau droit fondamental est inscrit dans la constitution de 14 pays européens (Espagne, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Grèce, et quasiment toutes les nouvelles adhésions à l'Union). Ces textes prennent leur source dans l'art.17 du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques et l'art. 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cette dernière fait partie du corpus de la constitution française<sup>18</sup>.

Plus particulièrement, concernant les dispositions pour répondre à ces préoccupations de la protection des données personnelles, l'Union Européenne dispose d'un arsenal juridique de lutte contre toute dérive. Les mesures générales de protection des données sont contenues dans l'art.

8 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que :

*« 1 .Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.*

*2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.*

*3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. »*

Quant aux dispositifs de protection des données, ils sont issus de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, référence STCE n°108 du 28/01/1981, entrée en vigueur le 01/10/1985.

La Convention 108 du Conseil de l'Europe<sup>3</sup>a inspiré les principes directeurs adoptés pour la matière par l'assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 45/95 du 14 décembre 1990.

---

<sup>3</sup> Traité n°108 du Conseil de l'Europe, appelé : "Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel". Entrée en vigueur

01/10/1985 après 5 Ratifications. Cette Convention est le premier instrument international contraignant qui a

pour objet de protéger les personnes contre l'usage abusif du traitement automatisé des données à caractère personnel, et qui régit les flux transfrontaliers des données. (...)La Convention impose également des restrictions aux flux transfrontaliers de données dans les États où n'existe aucune protection équivalente.<http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>

Elle se veut ouverte à la ratification des pays qui ne l'ont pas fait et leurs apporter son appui technique

Ils servent de référence à Hong-Kong en Asie, au Burkina-Faso, au Sénégal, au Maroc avec un certain particularisme en Chine, en Inde et dans les états américains. L'Europe se voit de la sorte tenue de concevoir un modèle universel de protection des données à caractère personnel.

Cette Convention 108 a été relayée par la Convention de Budapest sur le cyber crime du 23 novembre 2001, signée par la France (L. n° 2005-493 du 19 mai 2005), qui consacre la notion de perquisition « informatique », offrant ainsi aux enquêteurs un accès transfrontalier aux données informatiques (art. 19). Toutefois, le transfert des fichiers n'est pas autorisé (art. 32). Son Protocole additionnel, signé à Strasbourg le 28 janv. 2003, concerne l'incrimination des actes de nature raciste et xénophobe diffusés par le biais de systèmes informatiques. Cette Convention fixe les contours généraux des infractions, et a vocation à être générale, ouverte à tout État, auquel elle peut apporter son appui technique. Désormais en Afrique, les États membres de la CEDEAO et ceux

de l'UA ont adopté, respectivement, la Convention de l'Union africaine sur la Cybersécurité et la protection des données personnelles<sup>4</sup>, l'Acte additionnel A/SA.1/01/10 du 16 février 2010 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace CEDEAO<sup>5</sup>, qui ne sont que des accords

---

<sup>4</sup> Adoptée le 27 juin 2014 à Malabo (République de la Guinée Equatoriale) à l'occasion de la 23ème session ordinaire de la Conférence de l'Union Africaine. Cette Convention vise « à la fois à définir les objectifs et les grandes orientations de la société de l'information en Afrique et à renforcer les législations actuelles des Etats membres et des Communautés Economiques Régionales (CER) en matière de Technologies de l'Information et de la Communication.

<sup>5</sup>.Adopté le 16 février 2010 à Abuja (Nigéria) par la Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernements sur recommandation de la soixante troisième Session Ordinaire du Conseil des Ministres de la Communauté, tenue du 20 au 21 novembre 2009 à Abuja et

types de la Convention de Budapest. Idem pour l'Accord de coopération dans la lutte contre les infractions liées à l'information informatique de 2001 de la Communauté des États indépendants, la Convention arabe sur la lutte contre les infractions portant sur les technologies de l'information de 2010, l'Accord de l'Organisation de coopération de Shanghai sur une coopération dans le domaine de la sécurité de l'information internationale de 2010. Ces instruments internationaux et régionaux visent à orienter, à coordonner les efforts et à harmoniser la législation ainsi que la Convention de Budapest sur le cybercrime du 23 novembre 2001, de la directive sur le commerce électronique (2000/31/EC), de la directive 2013/40/UE relative aux attaques contre les systèmes

---

après avis du Parlement de la Communauté. Il s'agit du premier texte spécifique en Afrique consacré à la protection des données à caractère personnel.

d'information<sup>6</sup>. Ces actions vont de pair avec les activités du programme mondial cyber sécurité (IMPACT<sup>7</sup>) de l'UIT<sup>8</sup> (GCA), qui forme un cadre de coopération internationale, dans l'objectif d'élaborer des solutions stratégiques pour accroître la confiance et la sécurité dans une société d'information, sans cesse plus inter connectée.

---

<sup>6</sup> XIX CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT PÉNAL

(Rio de Janeiro, 31 août - 6 septembre 2014)\* , Thème : Société de l'information et Droit Pénal, Section I : Droit

pénal général,  
<http://www.penal.org/fr/r%C3%A9solutions-du-dernier-congr%C3%A8s>.

<sup>7</sup> IMPACT (International Multilateral Partnership Against Cyber Threats) dont le siège mondial a été inauguré

le 20 mars 2009 à Cyberjaya, dans la banlieue de Kuala Lumpur (Malaisie).

<sup>8</sup> L'Union internationale de télécommunication regroupe 191 membres.

Madame Célia Zolynski décrypte les principales innovations du RGPD<sup>9</sup>, qu'elle présente comme une conciliation entre la protection et la circulation des données. Le RGPD entre en vigueur le 25 mai 2018 et les entreprises doivent adapter leurs pratiques. Désormais, il n'est plus seulement question de déclarer les systèmes de traitement automatisé de données. La déclaration disparaît au profit d'un suivi de conformité et les règles s'appliquent à toute espèce de traitement de données à caractère personnel<sup>10</sup>. Par ailleurs, le

---

<sup>9</sup> Le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de

ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données [RGPD]) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

<sup>10</sup>Sous la direction de Grégoire Loiseau et d'Arnaud Martinon, Les données numériques au travail : entre protection des salariés et droit de contrôle des employeurs, Dossier, Les cahiers sociaux, n°306 – AVRIL 2018, p.

*RGPD*<sup>11</sup> n'impacte pas uniquement les entreprises mettant en œuvre des traitements de données personnelles situées sur le territoire de l'Union européenne : les entreprises situées hors Union européenne, offrant des biens ou des services à des personnes dans l'Union européenne, ou mettant en œuvre des traitements relatifs au suivi du comportement des personnes ayant lieu au sein de l'Union européenne sont, également, concernées par les dispositions du *RGPD*<sup>12</sup>. Certaines entreprises nord-américaines préparent ainsi la conformité de leurs traitements de données personnelles au *RGPD*, tandis que les législateurs de pays tels que le Brésil s'apprêtent à l'adoption de lois

---

220.(222-223). Date de parution : 01/04/2018, Id : CSB122x5.

<sup>11</sup> Julie Schwartz, Le point sur le RGPD : nouvelles obligations, nouveaux enjeux ; Les Cahiers Sociaux - n°306 - page 228, Date de parution : 01/04/2018, Id : CSB122z4, Réf : Cah. soc. avril 2018, n° 122z4, p. 228.

<sup>12</sup> Art. 3 du RGPD.

nationales de protection des données personnelles, reprenant des principes majeurs du *RGPD*. Cette directive complète les principales mesures de la loi française pour une République numérique, notamment “[...] la circulation des données et du savoir ; œuvrer pour la protection des droits dans la société numérique et garantir l'accès au numérique pour tous, ou encore, l'introduction de mesures de protection des données à caractère personnel après décès”<sup>13</sup>. La mise en œuvre de ces dispositifs repose sur la création d'une autorité indépendante (la Commission Nationale Informatique et Libertés ou CNIL), dotée d'un pouvoir de sanction, et qui suit les activités des responsables chargés du traitement<sup>14</sup> des données personnelles dans les entreprises d'une taille dépassant un certain seuil.

---

<sup>13</sup> Voir : FLASH DEFRÉNOIS, Les principales mesures de la loi pour une République numérique, n°42, 24/10/2016.

<sup>14</sup> Article 4.7) du règlement (UE )2016/679

Le 21 janvier 2019, la formation restreinte de la CNIL FRANCE a prononcé une sanction de 50 millions d'euros à l'encontre de la société GOOGLE LLC, en application du RGPD, pour manque de transparence, information insatisfaisante et absence de consentement valable pour la personnalisation de la publicité. Les résultats des activités de ces autorités (en France<sup>34</sup>, au Burkina-Faso<sup>35</sup>, en Tunisie<sup>36</sup>, au Sénégal<sup>37</sup>, au Maroc<sup>38</sup>, au Bénin<sup>39</sup> et au Ghana,<sup>40</sup> pour ne citer que celles-ci) servent d'exemple, dans le sens d'une meilleure prise en charge de la problématique des données personnelles.

Toutefois des problèmes subsistent, ainsi qu'en témoigne le Président de la CNIL France, Mr Alex Türk : *« Une règle essentielle, fixée par la directive européenne de 1995, précise que les 27 pays de l'Union européenne ne peuvent pas transférer les données personnelles au-delà des frontières, vers un pays qui ne garantit pas un niveau de protection adéquat équivalent à celui qui est appliqué dans le pays expéditeur »*. Or, dans le monde

d'aujourd'hui, personne n'a l'air de s'en rendre compte, ceux qui appliquent réellement le principe de protection des données sont une minorité. Les pays qui ne disposent pas des instruments permettant de garantir un niveau de protection adéquat, c'est-à-dire une commission indépendante comme la Cnil et une loi de référence, sont très nombreux et très importants (la Chine, l'Inde, le Japon, la Russie, les États-Unis, pratiquement toute l'Amérique latine, presque toute l'Asie et l'Afrique). Les autres pays font figure d'exception (le Burkina Faso, le Maroc, l'Argentine, Hong-Kong, le Canada, la Suisse, la Nouvelle - Zélande, l'Australie, l'Union européenne, en tout, une quarantaine de pays.

On a essayé de mettre en place des techniques pour gérer cette situation. Le Safe Harbor fonctionne dans le sens Europe/États-Unis et vice versa, mais non pour d'autres pays. Il s'agit d'une technique assez limitée qui se développe mal actuellement. Il existe une deuxième méthode avec des « règles contractuelles ». Des contrats sont passés, au coup par coup, pour

garantir le respect du principe de protection des données. Enfin, les « BCR » (Binding Corporate Rules) sont des mécanismes qui permettent de faire assurer à l'intérieur de grands groupes de dimension internationale le respect des protections, pour tout ce qui concerne les échanges transfrontaliers, à l'intérieur des filiales et entre filiales ». <sup>41</sup>

La question de l'anonymat est régulièrement débattue par le législateur. Le G29<sup>42</sup> ou groupe de travail sur la protection des données est un organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée. Cet organe a publié un avis sur les principales techniques d'anonymisation, afin d'expliquer comment les mettre en œuvre. Les solutions d'anonymisation des données sont aujourd'hui essentielles pour de nombreux acteurs qui souhaitent valoriser les informations qu'ils détiennent. Cependant, il apparaît souvent difficile de savoir comment "anonymiser" correctement des données. Cet organe rappelle que la directive ne s'applique pas aux données anonymes mais que les données

"pseudonymisées" ne sont pas des données anonymes<sup>15</sup>. Cet organe a été remplacé par le Comité Européen de la Protection des Données (CEPD), dès l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données, le 25 mai 2018. Signalons que d'autres autorités sont chargées de la protection des données. Une liste est établie par groupes d'états et par pays.

L'adhésion des pays non membres du Conseil de l'Europe à la Convention 108 est une opportunité pour eux, car elle leur permettrait de bénéficier de l'assistance technique, de garantir la sécurité et les libertés publiques dues à leurs citoyens.

---

<sup>15</sup>Dans Hermès, « Bilan et perspectives de la Cnil » Entretien, Alex Türk, Michel Arnaud, Danielle Bahu-Leyser, Louise Merzeau et Anne Poly La Revue 2009/1 (n° 53), pages 153 à 159.

## LEGISLATION

*Directive n°02/19-UEAC-639-CM-33 harmonisant la protection des consommateurs au sein de la CEMAC*

<b>COMMUNAUTE ECONOMIQUE ET MONETAIRE DE L'AFRIQUE CENTRALE</b> ----- <b>UNION ECONOMIQUE DE L'AFRIQUE CENTRALE</b> -----	<b>DIRECTIVE N° 02 /19-UEAC-639-CM-33</b> <b>Harmonisant la protection des consommateurs au sein de la CEMAC.</b>
--	--

### LE CONSEIL DES MINISTRES

**VU** le Traité révisé de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale du 30 janvier 2009,

**VU** la Convention régissant l'Union Économique de l'Afrique Centrale du 30 janvier 2009,

**CONSIDÉRANT** l'importance de la protection du consommateur pour le bien-être des populations des États membres,

**CONSIDÉRANT** que la reconnaissance des droits fondamentaux du consommateur et la garantie octroyée à celui-ci d'un degré élevé de protection confirme l'attachement des États membres au respect des principes de démocratie, des droits de l'Homme, de l'État de droit, de la bonne gouvernance, du dialogue social et des questions de genre,

**CONSIDÉRANT** que la garantie octroyée au consommateur d'un degré élevé de protection et la confiance du consommateur à l'égard des offres faites sur le marché sont des conditions essentielles du développement économique et commercial,

**CONSIDÉRANT** que l'harmonisation des cadres juridiques de la protection du consommateur est de nature à faciliter la libre circulation des biens et services et éviter les distorsions de concurrence au sein de la CEMAC,

**CONSIDÉRANT** la Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies du 22 décembre 2015 sur les Principes directeurs pour la protection du consommateur,

**SUR** proposition de la Commission de la CEMAC,

**Après** avis du Comité Inter-Etats,

**En sa séance du :** 22 MARS 2019

**ADOPTE**

**LA DIRECTIVE DONT LA TENEUR SUIT**

**Titre I.**  
**Objectif et définitions.**

**Article 1. Objectif**

La présente directive fixe le cadre général de la protection du consommateur dans les États membres en veillant à assurer au consommateur un niveau élevé de protection et de qualité de vie.

**Article 2. Définitions**

Dans le cadre de la présente directive, les termes et expressions suivants s'entendent comme suit :

**CEMAC** : Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale.

**États membres** : Les États membres de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC),

**Ministre** : le Ministre ou le Secrétaire d'État qui a la protection du consommateur dans ses attributions.

**Consommateur** : Toute personne physique qui acquiert ou utilise pour la satisfaction de ses besoins non professionnels des produits, biens ou services qui sont destinés à son usage personnel ou familial ou à l'usage d'une collectivité. Concernant les personnes morales, le juge leur étendra la définition du consommateur au cas par cas, en considération de leur faiblesse économique et de leur vulnérabilité effective.

**Opérateur économique** : La personne physique ou morale, publique ou privée, qui place ou met à disposition du consommateur sur le marché un produit, un bien ou un service dans l'exercice d'une activité habituelle ou organisée. La personne morale délégataire de la gestion d'un service économique d'intérêt général est soumise aux obligations imposées aux opérateurs économiques par la présente directive.

**Producteur** : Le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante, son représentant et toute personne qui agit à titre professionnel et

- (i) Qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif ;

- (ii) Qui importe un produit dans le territoire national en vue d'une vente, d'une location avec ou sans promesse de vente, ou de toute autre forme de distribution.

**Bien** : tout meuble ou immeuble, corporel ou incorporel.

**Produit** : tout bien meuble corporel placé ou mis à disposition sur le marché dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale, à titre onéreux ou gratuit, à l'état neuf ou d'occasion, consommable ou non, ayant fait ou non l'objet d'une transformation ou d'un reconditionnement, même s'il est incorporé dans un autre meuble ou dans un immeuble. Sont compris, notamment, les produits de l'artisanat, les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche, l'électricité ainsi que les procédés ou systèmes technologiques.

**Service** : toute activité matérielle ou intellectuelle effectuée pour autrui, d'une manière indépendante, dont l'objet principal n'est pas la cession d'un bien.

**Mettre à disposition sur le marché** : mise à disposition d'un bien ou d'un service sur le territoire national, à titre onéreux ou à titre gratuit, en vue de sa distribution, de sa transformation, de son reconditionnement ou de son utilisation.

**Placer sur le marché** : première mise à disposition du bien ou du service sur le territoire national.

**Produits vendus en vrac** : les produits qui ne sont mesurés ou pesés qu'en présence du consommateur ou par celui-ci.

**Services homogènes** : des services dont les caractéristiques ou les modalités sont identiques ou similaires indépendamment du moment, du lieu de l'exécution ou de la personne à qui ils sont destinés. Sont notamment des services homogènes la coupe de cheveux, le titre de transport et le remplacement des pneus (à caractère principalement matériel) ainsi que la consultation juridique ou médicale, les activités de conseil et la formation et prestation de cours (à caractère principalement intellectuel).

**Message publicitaire** : toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'un opérateur économique.

**Publicitaire** : une personne qui fait ou fait faire la préparation, la publication ou la diffusion d'un message publicitaire.

**Carte prépayée** : une carte ou tout instrument d'échange, tel un chèque-cadeau ou une carte-cadeau, permettant au consommateur de se procurer un produit ou un service disponible chez un ou plusieurs opérateurs économiques moyennant un paiement effectué à l'avance.

**Données à caractère personnel** : toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale.

**Traitement des données à caractère personnel** : toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère

personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données à caractère personnel.

**Conditions contractuelles générales** : les conditions contractuelles écrites préétablies par l'opérateur économique ou une fédération professionnelle et destinées à être proposées à tout consommateur. Sont assimilées aux conditions contractuelles générales les conditions des règlements qui régissent la fourniture de biens ou la prestation de services.

**Surveillance du marché** : ensemble des actions, investigations, procédures et mesures prises par les autorités publiques pour veiller au respect par les opérateurs économiques des obligations qui leur incombent en vertu de la présente directive.

**Litige de consommation** : toute action intentée par ou contre un consommateur individuel ou une association de consommateurs et dans laquelle l'autre partie est un opérateur économique.

## TITRE II. DROITS FONDAMENTAUX DU CONSOMMATEUR ET PRINCIPES DIRECTEURS

### Article 3. Droits fondamentaux du consommateur

Le consommateur se voit reconnaître les droits fondamentaux suivants :

- (i) le droit à l'éducation, portant en particulier sur les conséquences économiques, sociales et environnementales des choix qu'il fait,
- (ii) le droit à l'information requise pour lui permettre de faire un choix éclairé selon ses souhaits et ses besoins,
- (iii) le droit d'accéder aux biens et services essentiels,
- (iv) le droit à des modes de consommation durables,
- (v) le droit à un environnement sain,
- (vi) le droit à la protection contre les risques pour sa santé et sa sécurité,
- (vii) le droit à la qualité des biens et des services placés sur le marché,
- (viii) le droit à la protection et à la promotion de ses intérêts économiques,
- (ix) le droit à la protection de sa vie privée et de ses données personnelles,
- (x) le droit à des recours appropriés et à des modes effectifs de règlement des litiges de consommation,
- (xi) le droit à la représentation des intérêts collectifs qu'il partage avec les autres consommateurs,
- (xii) le droit de constituer des associations ou des organismes de défense des consommateurs,
- (xiii) le droit de participer aux processus de prise de décisions le concernant.

### Article 4. Principes directeurs

La réalisation de l'objectif général poursuivi par la présente directive et la mise en œuvre des dispositions de celle-ci, se font dans le respect des principes suivants :

- (i) la reconnaissance de la vulnérabilité du consommateur,
- (ii) la loyauté des pratiques commerciales,
- (iii) l'équité dans les contrats et les voies de recours,
- (iv) la prévention des atteintes aux intérêts des consommateurs,
- (v) la précaution en cas d'incertitude scientifique sur les dangers et les risques liés à un bien ou un service ;
- (vi) la proportionnalité des mesures de surveillance du marché et des sanctions appliquées;
- (vii) l'impartialité et la transparence des institutions en charge de la mise en œuvre de la législation applicable au consommateur ;
- (viii) l'absence de discrimination dans l'application des dispositions en vigueur.

#### **Article 5. Principe d'intégration**

Lors de la formulation et de la mise en œuvre de politiques publiques, autres que celle relative à la protection du consommateur, les pouvoirs publics sont tenus de prendre en considération les intérêts des consommateurs.

#### **Article 6. Règle d'interprétation en faveur du consommateur**

En cas de doute ou de dualité de sens possibles, les dispositions de la présente directive doivent s'interpréter en faveur du consommateur.

### TITRE III CHAMP D'APPLICATION

#### **Article 7. Champ d'application**

- (1) La présente directive s'applique à toutes les transactions entre un consommateur et un opérateur économique relatives à la fourniture, la distribution, la vente, l'échange et l'usage de biens ou de services.
- (2) Les transactions visées à l'alinéa premier concernent notamment les secteurs de la santé, la pharmacie, y compris la pharmacopée traditionnelle, l'alimentation, les appareils ménagers, les voitures, l'eau, l'énergie, l'habitat, l'éducation, les services financiers et bancaires, les assurances, le transport, le tourisme et les télécommunications et les services de communication électronique.

#### **Article 8. Complémentarité**

Chacune des dispositions de la directive et des textes pris en application de celle-ci s'applique pour autant qu'il n'existe pas, dans le cadre de dispositions législatives ou réglementaires particulières à certains biens ou services, de dispositions spécifiques ayant le même objet.

**Article 9. Loi applicable**

La présente directive s'applique lorsque :

- (i) l'opérateur économique ou le consommateur réside dans l'un des États membres;
- (ii) ou la communication relative à un bien ou un service ou l'offre ou l'acceptation d'un contrat est faite dans l'un des États membres ou y est envoyée;
- (iii) ou la pratique commerciale est exercée ou reçue dans l'un des États membres.

**Article 10. Jurisdiction compétente**

Si le consommateur a son domicile ou sa résidence dans l'un des États membres, le juge de ce domicile ou de cette résidence a compétence pour recevoir une action résultant d'un litige de consommation ; la renonciation du consommateur à cette compétence ne peut lui être opposée.

**Article 11. Caractère impératif**

Le consommateur ne peut renoncer ou être amené à renoncer à la protection que lui assurent les dispositions de la présente directive et des textes pris en application de celle-ci.

**TITRE IV**  
**ÉDUCATION ET INFORMATION DU CONSOMMATEUR**

**Chapitre 1. Éducation du consommateur**

**Article 12. Programmes d'éducation**

- (1) Les autorités des États membres sont tenues d'élaborer ou d'inciter à élaborer des programmes d'éducation, de sensibilisation et d'information portant sur des aspects importants de la protection du consommateur, les lois applicables et les services, associations ou organismes chargés de la protection, de la défense et de la représentation des consommateurs.
- (2) Les programmes visés à l'alinéa premier porteront notamment sur les matières suivantes :
  - (i) La santé, l'hygiène, la nutrition, la prévention des maladies d'origine alimentaire ;
  - (ii) La composition des produits alimentaires, des médicaments, des produits chimiques, des produits cosmétiques et des produits d'entretien ;
  - (iii) Les risques liés aux produits et aux services ;
  - (iv) L'étiquetage des produits ;
  - (v) Les modes de règlement des litiges de consommation ;
  - (vi) Les droits et obligations du consommateur dans le cadre du commerce électronique ;

- (vii) La gestion du budget familial et des crédits en cours ;
- (viii) L'utilisation efficace de l'énergie, de l'eau et des services de transport et de télécommunications ;
- (ix) La protection de l'environnement et l'impact environnemental des choix et comportements des consommateurs ;
- (x) Les modes de production et de consommation durables.

**Article 13. Inscription dans les programmes d'études scolaires et universitaires**

Les autorités des États membres sont tenues de prendre les mesures visant à inscrire la protection du consommateur dans les matières enseignées au cours des études scolaires et universitaires.

**Article 14. Programmes destinés aux consommateurs ruraux et consommateurs analphabètes**

Dans la définition et la mise en œuvre des programmes d'éducation, de sensibilisation et d'information du consommateur, les autorités des pays signataires veilleront à privilégier des actions et des canaux de vulgarisation susceptibles d'atteindre les consommateurs ruraux et les consommateurs analphabètes.

**Article 15. Programmes de formation.**

Les autorités des États membres sont tenues d'organiser ou de promouvoir des programmes de formation s'adressant en particulier aux éducateurs, aux enseignants, aux avocats, aux magistrats, aux professionnels des médias et aux membres des associations de consommateurs.

**Chapitre 2. Information du consommateur**

**Section 1. Obligation générale d'informer le consommateur**

**Article 16. Obligation générale**

- (1) L'opérateur économique est tenu de donner au consommateur l'information utile portant sur tout élément que le consommateur a intérêt à connaître.
- (2) L'information s'apprécie notamment en fonction de la difficulté pour le consommateur de se renseigner, de la vulnérabilité du consommateur et de la légitime confiance que celui-ci peut avoir en l'opérateur économique.

**Article 17. Obligation d'un écrit**

L'information doit être fournie par écrit ou par tout moyen approprié à son contenu.

**Article 18. Qualité de l'information**

L'information doit être claire, lisible, compréhensible, exacte, suffisante, adéquate et préalable à l'acquisition ou à l'utilisation du bien ou du service.

**Article 19. Langue officielle**

Toute information fournie au consommateur, quel qu'en soit le support et la forme, y compris la publicité, doit être au moins dans la ou les langues officielles du pays où le bien ou le service est mis à la disposition du consommateur.

**Article 20. Charge de la preuve**

La preuve de l'exécution de l'obligation d'informer incombe à l'opérateur économique.

**Article 21. Objets de l'obligation générale d'informer.**

Les éléments que le consommateur a intérêt à connaître, au sens de l'article 16, concernent au moins les éléments suivants :

- (i) la quantité des produits et des services,
- (ii) le pays d'origine du produit placé ou mis à la disposition du consommateur sur le marché.
- (iii) l'identité et les coordonnées de l'opérateur économique qui a placé ou mis le produit ou le service à disposition sur le marché,
- (iv) l'identité et les coordonnées de l'opérateur économique auquel le consommateur peut s'adresser, s'il le souhaite, pour des compléments d'information ou en cas de litige,
- (v) les caractéristiques essentielles du bien ou du service,
- (vi) la garantie légale et les éventuelles garanties commerciales associées au produit ou au service,
- (vii) les conditions d'acquisition ou d'utilisation du bien ou du service ;
- (viii) les dangers ou les risques liés à l'utilisation du bien ou du service et les moyens de s'en prémunir,
- (ix) l'impact environnemental du bien ou du service.

**Section 2. Indication du prix des biens et des services.**

**Article 22. Indication des prix**

- (1) Tout opérateur économique qui offre en vente un bien ou un service au consommateur doit en indiquer le prix de manière apparente, lisible, non équivoque.
- (2) En cas d'impossibilité résultant de la nature ou de la composition du bien, l'indication doit figurer sur l'emballage de celui-ci ou, à défaut d'emballage, sur un écriteau placé à proximité.
- (3) Si en outre le bien est exposé à la vente, son prix doit être indiqué de manière apparente.

- (4) Tout bien exposé est présumé être offert en vente, sauf lorsqu'en raison des circonstances, le consommateur doit considérer que le bien n'est pas offert en vente.

**Article 23. Produits vendus en vrac.**

Pour les produits vendus en vrac, le prix doit être indiqué de manière lisible, non équivoque, par unité légale de mesure et au moyen d'un écriteau placé à proximité du produit.

**Article 24. Prix global**

Le prix indiqué doit correspondre au prix global à payer par le consommateur, incluant toutes les taxes ainsi que le prix de tous les produits et services à payer obligatoirement en supplément par le consommateur ou en son nom.

**Article 25. Unité monétaire.**

Le prix doit être indiqué au moins dans l'unité monétaire du pays où le bien ou le service est mis à la disposition du consommateur.

**Article 26. Prix multiples.**

- (1) Il est interdit d'indiquer des prix différents au sein d'un même établissement pour un même produit ou un service homogène ou pour des produits ou des services identiques.
- (2) En cas de méconnaissance de cette obligation et sans préjudice de l'application d'autres sanctions, le prix à payer par le consommateur est le prix le plus bas.

**Article 27. Devis**

- (1) L'opérateur économique à qui il est demandé un service doit, avant la prestation du service demandé, établir un devis écrit.
- (2) Le devis doit mentionner :
  - (i) Le nom et l'adresse de l'opérateur économique ;
  - (ii) Le détail et la nature des prestations à effectuer et des fournitures éventuelles ;
  - (iii) Le prix établi au forfait ou par référence à des paramètres directement liés à la nature du service ;
  - (iv) La durée de validité du devis.
- (3) Avant l'établissement du devis, le consommateur doit être informé du prix du devis, si celui-ci n'est pas gratuit.

**Article 28. Services homogènes.**

Des règles particulières peuvent être établies concernant l'indication des prix des services homogènes à caractère principalement matériel ou principalement intellectuel.

**Section 3. Communication des conditions contractuelles générales**

**Article 29. Communication préalable**

L'opérateur économique est tenu de donner au consommateur la possibilité de prendre connaissance, au moment où le consommateur en fait la demande, des conditions contractuelles générales, s'il en a.

**Section 4. L'information fournie par les associations de consommateurs**

**Article 30. Sources neutres d'information**

Les autorités des États membres veilleront à encourager la diffusion, par les associations et organismes en charge de la défense des consommateurs, d'informations sur les biens et services mis à la disposition du consommateur sur le marché, notamment au moyen de tests comparatifs.

**Article 31. Droit de réponse**

La critique objective et indépendante de biens ou services, mis à la disposition du consommateur sur le marché par une association ou un organisme en charge de la défense des consommateurs, ne donne ouverture au droit de réponse, que dans la seule mesure où, la réponse vise la rectification d'un élément de fait erroné.

**TITRE V**

**PRATIQUES COMMERCIALES ET PRATIQUES DE COMMERCIALISATION  
A CARACTERE PROMOTIONNEL.**

**Chapitre 1. Pratiques commerciales déloyales**

**Article 32. Obligation générale de loyauté envers le consommateur**

- (1) Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.
- (2) Une pratique commerciale est déloyale si :
  - (i) Elle est contraire aux exigences de la diligence et de la compétence dont l'opérateur économique est censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, eu égard aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi ;  
ou
  - (ii) Elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement du consommateur qu'elle touche ou auquel elle s'adresse ; ou
  - (iii) Elle porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts d'un ou de

plusieurs consommateurs ou à l'intérêt collectif des consommateurs.

## **Chapitre 2. Pratiques commerciales illicites**

### **Article 33. Manquement à une disposition légale.**

Est interdite toute pratique commerciale qui favorise un acte ou une pratique qui constitue un manquement à une disposition légale.

### **Article 34. Obsolescence programmée**

- (1) Il est interdit de programmer l'obsolescence d'un produit qui est mis à disposition du consommateur sur le marché.
- (2) L'obsolescence programmée se définit par l'ensemble des techniques par lesquelles l'opérateur économique qui met un produit à disposition du consommateur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie du produit pour en augmenter le taux de remplacement.

## **Chapitre 3. Pratiques commerciales fausses ou trompeuses**

### **Article 35. Informations fausses ou trompeuses**

Est interdite toute pratique commerciale qui contient des informations fausses ou qui, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur, même si les informations présentées sont actuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects ci-après :

- (i) L'existence, l'identité ou la nature du bien ou du service ;
- (ii) les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses propriétés, ses avantages, les risques qu'il présente, sa composition, ses accessoires, le mode et la date de fabrication, sa livraison, ses possibilités d'utilisation, son utilisation, sa quantité, sa qualité, ses spécifications, son origine, sa performance, sa durabilité, le service après-vente, sa réparabilité, sa recyclabilité ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur le produit ;
- (iii) Les caractéristiques principales du service, telles que sa disponibilité, ses propriétés, ses avantages, les risques qu'il présente, ses accessoires, sa durée, les conditions de sa prestation et celles de son usage, ou les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation ;
- (iv) L'étendue des engagements de l'opérateur économique, ainsi que toute affirmation ou tout symbole faisant croire que l'opérateur économique ou le bien ou le service bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect ;
- (v) Le prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix ;
- (vi) La nécessité d'un service accessoire, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;

- (vii) La nature, les qualités et les droits de l'opérateur économique ou de son représentant, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les récompenses et distinctions qu'il a reçues ;
- (viii) Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution du contrat et de traitement des réclamations ;
- (ix) Les droits du consommateur, en particulier ceux tirés de l'application des garanties légales et commerciales associées à la vente du produit ou au service.

**Article 36. Publicité comparative**

Est interdit tout message publicitaire qui comporte des comparaisons trompeuses ou dénigrantes, ou impliquant sans nécessité, la possibilité d'identifier un ou plusieurs autres opérateurs économiques.

**Article 37. Tromperie par omission**

Est interdit tout message publicitaire qui omet une information portant sur un ou plusieurs éléments mentionnés à l'article 36 et qui, de ce fait, induit ou est susceptible d'induire le consommateur en erreur.

**Article 38. Charge de la preuve**

- (1) La preuve de l'exactitude des informations contenues dans la pratique commerciale incombe au publicitaire.
- (2) Dans l'hypothèse de l'article 37, il incombe au publicitaire de prouver que les informations omises n'ont pu induire ou n'étaient pas susceptibles d'induire le consommateur en erreur.

**Article 39. Publicité clandestine.**

Est interdit tout message publicitaire qui, par son effet global, y compris sa présentation, ne peut être nettement distingué comme tel, à moins qu'il ne comporte de manière non équivoque et adaptée au support utilisé la mention « publicité » ou « message publicitaire ».

**Chapitre 4. Pratiques commerciales abusives**

**Article 40. Pratiques commerciales abusives interdites**

Est interdite toute pratique commerciale qui :

- (i) est susceptible de jeter le discrédit notamment sur la renommée ou le nom d'autre personne, sur son entreprise, sa vie privée, ses origines, sa famille, sa nationalité ou sur les biens ou services qu'elle met à disposition du consommateur sur le marché ainsi que sur les informations qu'elle fournit à propos de ses biens ou services;

- (ii) comporte des éléments susceptibles de créer la confusion avec un autre opérateur économique, ses biens, ses services ou son activité;
- (iii) fait abusivement état d'actions philanthropiques, humanitaires ou de nature à éveiller la générosité;
- (iv) abuse des sentiments de peur, de superstition ou suscite indûment de tels sentiments;
- (v) dans une publicité, incite explicitement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter les produits ou services faisant l'objet de la publicité;
- (vi) contient des éléments susceptibles de provoquer ou de favoriser des actes de violence ou des comportements dangereux;
- (vii) suscite ou encourage la discrimination fondée sur la race, le sexe, la nationalité, la culture, la religion ou l'appartenance ethnique, idéologique ou politique;
- (viii) éveille l'espoir chez le consommateur ou lui offre la certitude de pouvoir gagner ou d'avoir gagné un bien, un service ou un avantage quelconque, par l'effet du hasard, à l'exception des pratiques commerciales destinées à promouvoir la vente de titres de participation aux loteries et concours légalement autorisés;
- (ix) exploite abusivement la passion du jeu;
- (x) s'opère par voie de communication téléphonique, de télécopie ou de courrier électronique sans le consentement préalable du consommateur;
- (xi) porte sur un bien ou un service pour lequel l'opérateur économique n'est pas en mesure de répondre à la demande normalement prévisible, compte tenu de l'ampleur de la campagne promotionnelle;
- (xii) abuse de la confiance, de la crédulité, de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur ou de la situation d'urgence dans laquelle celui-ci se trouve;
- (xiii) recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée,
- (xiv) donne au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu,
- (xv) menace le consommateur d'action, alors que cette action n'est pas légalement possible.

**Chapitre 5. Autres pratiques de commercialisation à caractère promotionnel**

**Section 1. Réductions de prix et rabais**

**Article 41. Annonces de réduction de prix**

- (1) Toute annonce de réduction de prix faite au consommateur doit indiquer :
  - (i) les biens et les services ou les catégories de produits et services concernés;
  - (ii) les conditions éventuelles auxquelles sont consentis les avantages annoncés;
  - (iii) la période pendant laquelle les biens et services sont offerts à prix réduit.
- (2) La réduction de prix ne peut être annoncée que selon les modalités suivantes :
  - (i) soit le nouveau prix à côté du prix antérieur surchargé d'une barre;

- (ii) soit les mentions « nouveau prix », « ancien prix » à côté des montants correspondants;
- (iii) soit la mention d'un pourcentage de réduction et le nouveau prix figurant à côté du prix antérieur surchargé d'une barre;
- (iv) soit la mention d'un pourcentage uniforme de réduction consentie sur les prix affichés des biens et services ou des catégories de produits et de services concernés par cette mention.

**Article 42. Prix de référence**

- (1) Toute annonce de réduction de prix faite au consommateur doit faire référence au prix pratiqué antérieurement d'une manière habituelle pour des biens ou services identiques et dans un même établissement. À l'exception du prix des produits susceptibles de détérioration rapide, le prix de référence est celui pratiqué pendant une période continue d'un mois au moins avant la date à partir de laquelle le prix réduit est applicable.
- (2) Toute référence à d'autres prix que ceux réellement pratiqués au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup> est interdite.

**Article 43. Prix d'appel**

- (1) Il est interdit de proposer l'achat de biens ou de services à un prix indiqué, et ensuite :
  - (i) Refuser de présenter aux consommateurs le bien ou le service ayant fait l'objet du message publicitaire, ou
  - (ii) Refuser de prendre des commandes concernant ce bien ou ce service ou de le livrer ou le prêter dans un délai raisonnable, ou
  - (iii) En présenter un échantillon ou un service défectueux, dans le but de faire la promotion d'un produit ou service différent.
- (2) L'opérateur économique qui annonce qu'un bien ou un service ne sera disponible que pendant une période limitée ou qu'il ne sera disponible que sous des conditions particulières pendant une période limitée doit constituer un stock suffisant ou organiser son activité de manière à pouvoir répondre à la demande normale que son annonce risque de créer.
- (3) L'opérateur économique qui est dans l'impossibilité de livrer le bien au cours de la période durant laquelle était annoncée la réduction de prix, ou qui est dans l'impossibilité de prêter le service concerné durant cette période, est tenu de délivrer au consommateur un bon d'achat.

Ce bon d'achat donne droit, au cours de la période durant laquelle était annoncée la réduction de prix et dans le mois qui suit celle-ci, à l'acquisition du bien ou du service concerné dans les termes de l'annonce promotionnelle, le prix étant en outre diminué de la moitié de la valeur de la réduction.

- (4) A défaut de livrer le bien ou de prêter le service concerné au cours de la période visée à l'alinéa 2, l'opérateur économique est tenu de remettre au consommateur un bon d'une valeur équivalente à celle fixée à l'alinéa 2, valable sur tout bien ou service offert par l'opérateur économique et d'une durée de validité d'au moins six (6) mois.

**Article 44. Bien ou service « gratuit »**

Il est interdit de décrire un bien ou un service comme étant « gratuit », « à titre gracieux », « sans frais » ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés au fait de prendre possession du bien ou d'user du service.

**Article 45. Soldes et rabais**

- (1) Il est interdit de créer, dans l'espace de vente ou la vitrine, une confusion entre les produits ou les services en solde et ceux à prix régulier.
- (2) Les produits ou services en solde doivent être clairement identifiés et le rabais consenti indiqué de manière lisible et non équivoque sur le produit, une étiquette attachée à celui-ci ou un écriteau situé à proximité immédiate.

**Article 46. Mesures d'application**

Les États membres précisent la portée et les conditions d'application des annonces de réduction de prix des produits et des services offerts au consommateur.

**Article 47. Refus de vente**

Il est interdit de refuser, sauf motif légitime, à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, dès lors que la demande du consommateur ne présente aucun caractère anormal.

**Section 2. Offres conjointes et ventes liées**

**Article 48. Offres conjointes et ventes liées de biens**

- (1) Il est interdit de subordonner la vente d'un bien à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre bien, même identique.
- (2) Est cependant autorisée l'offre gratuite :
- (i) De produits ou services accessoires spécialement adaptés au bien ou service principal et livrés ou prestés avec celui-ci ;
  - (ii) D'emballages ou de récipients utilisés pour la protection et le conditionnement des biens, compte tenu de la nature et de la valeur de ces biens.
- (3) Est également autorisée l'offre conjointe pour un prix global de biens ou de services identiques, à condition :

- (i) Que chaque bien et chaque service puisse être acquis séparément à son prix habituel dans le même établissement ;
- (ii) Que le consommateur soit clairement informé de cette faculté, ainsi que du prix de vente séparé de chaque bien et de chaque service.

**Article 49. Offres conjointes ou prestations liées de services.**

Il est interdit de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service, même identique, ou à l'achat d'un bien.

**Section 3. Cartes prépayées**

**Article 50. Information préalable.**

- (1) Avant de conclure un contrat de vente d'une carte prépayée, l'opérateur économique doit informer le consommateur des conditions d'utilisation de la carte, de sa durée de validité et de la manière dont le solde pourra en être vérifié.
- (2) Si aucune durée de validité de la carte n'est clairement mentionnée sur la carte elle-même, celle-ci est d'une durée illimitée.

**Article 51. Frais**

Aucuns frais ne peuvent être réclamés du consommateur pour la délivrance ou l'utilisation de la carte prépayée.

**Article 52. Contrepartie**

Lorsque le produit ou le service visé par la carte prépayée n'est plus offert par l'opérateur économique, celui-ci doit fournir au consommateur une contrepartie équivalente au prix de ce produit ou de ce service, au moment de la vente de la carte.

**Article 53. Remboursement**

L'opérateur économique partie à un contrat de vente d'une carte prépayée doit, lorsque le consommateur en fait la demande, rembourser celui-ci du montant équivalant, au solde de la carte lorsque ce solde est inférieur à un montant, ou à un pourcentage déterminé par une mesure prise en application de la présente disposition.

**Section 4 Concours et loteries.**

**Article 54. Concours illicites**

Seuls les concours, loteries, jeux et courses autorisés par les lois nationales des États membres peuvent être proposés au consommateur.

**Article 55. Condition de participation illicite**

La participation à un concours ou une loterie ne peut être subordonnée à l'acquisition ou à l'utilisation de plusieurs biens ou services quelconques.

**Chapitre 6. Méthodes de distribution**

**Section 1. Ventes en chaîne**

**Article 56. Interdiction des ventes en chaîne et pratiques assimilées**

Sont interdits :

- (i) La vente pratiquée par le procédé dit « de la boule de neige » ou tous autres procédés analogues consistant en particulier à offrir des produits au consommateur, en lui faisant espérer l'obtention de ces produits à titre gratuit, ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle et en subordonnant les ventes au placement de bons ou de tickets à des tiers ou à la collecte d'adhésions ou inscriptions.
- (ii) Le fait de proposer à une personne de collecter des adhésions ou de s'inscrire sur une liste en exigeant d'elle le versement d'une contrepartie quelconque et en lui faisant espérer des gains financiers, résultant d'une progression du nombre de personnes recrutées ou inscrites plutôt que de la vente, de la fourniture ou de la consommation de produits ou services.
- (iii) Dans le cas de réseaux de vente constitués par recrutement en chaîne d'adhérents ou d'affiliés (procédé dit de la vente pyramidale), il est interdit d'obtenir d'un adhérent ou affilié du réseau le versement d'une somme correspondant à un droit d'entrée ou à l'acquisition de matériels ou de services à vocation pédagogique, de formation, de démonstration ou de vente ou tout autre matériel ou service analogue, lorsque ce versement conduit à un paiement ou à l'attribution d'un avantage bénéficiant à un ou plusieurs adhérents ou affiliés du réseau.

En outre, il est interdit, dans ces mêmes réseaux, d'obtenir d'un adhérent ou affilié l'acquisition d'un stock de produits destinés à la revente, sans garantie de reprise du stock aux conditions de l'achat, déduction faite éventuellement d'une somme n'excédant pas 10 p.100 (100%) du prix correspondant. Cette garantie de reprise peut toutefois être limitée à une période d'un an après l'achat.

**Section 2. Livraisons ou prestations non sollicitées**

**Article 57. Achats forcés**

- (1) Il est interdit à tout opérateur économique de faire parvenir au consommateur, sans demande expresse et préalable de sa part, un produit en l'invitant à l'acquiescer moyennant le paiement d'un prix ou, à défaut, à le renvoyer à son expéditeur, même sans frais.

- (2) Il est interdit à tout opérateur économique de fournir un service par elle-même ou par un tiers, sans demande préalable et expresse du consommateur, moyennant le paiement d'un prix.
- (3) Le destinataire n'est pas tenu de payer le service fourni ou le produit envoyé, ni de restituer ce dernier.
- (4) Ni une présomption d'acceptation tacite, ni un paiement, ni l'inaction, ni le fait de laisser écouler le temps ne tiennent lieu, à eux seuls, de demande de produits ou de services.
- (5) Les produits ou les services que le consommateur reçoit sur une base continue ou périodique sont réputés, non sollicités à compter du moment où ils subissent un changement important, à moins que l'opérateur économique, qui le fournit puisse établir que le consommateur y a consenti.

### **Section 3. Ventes à la résidence du consommateur**

#### **Article 58. Interdiction**

- (1) Est interdite toute vente ou offre en vente de biens ou de services mettant en présence l'opérateur économique et le consommateur au lieu de résidence du consommateur.
- (2) Sont assimilés à la résidence du consommateur :
  - (i) Une résidence secondaire, un établissement de soins, une maison de repos ou le lieu de travail pour autant que le bien ou le service n'y soit pas vendu ou presté habituellement ;
  - (ii) La résidence d'un autre consommateur.

#### **Article 59. Exceptions**

Ne sont pas soumises à l'interdiction de l'article 58 :

- (i) Les ventes ou offres en vente portant sur un bien ou un service pour lesquels le consommateur a, à sa seule initiative et sans sollicitation aucune de la part de l'opérateur économique, demandé de manière expresse et préalable, que ce dernier lui rende visite, en vue de l'acquisition de ce bien ou de ce service, la charge de la preuve de cette demande incombant à l'opérateur économique ;
- (ii) Les ventes ou offres en vente de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres produits ménagers de consommation courante, fournis par des livreurs effectuant des tournées fréquentes et régulières ;
- (iii) Les ventes ou offres en vente à caractère philanthropique autorisées.

**Section 4. Foires, salons, excursions**

**Article 60. Faculté de renonciation.**

Toute vente de produits ou de services conclue à l'occasion d'une foire, d'un salon ou d'une excursion n'est parfaite qu'après un délai de dix (10) jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du contrat.

**Article 61. Mentions obligatoires.**

(1) Le contrat visé à l'article 60 doit être établi en double exemplaire et contenir au moins les mentions suivantes :

- (i) Le nom et l'adresse du consommateur ;
- (ii) Le nom ou la raison sociale de l'opérateur économique ;
- (iii) La date et le lieu de conclusion du contrat ;
- (iv) La désignation précise du produit ou du service, ainsi que ses caractéristiques principales ;
- (v) Le prix à payer ;
- (vi) Le délai de livraison du produit ou de prestation du service.

(2) Le contrat doit en outre contenir la clause suivante : « Dans les sept (7) jours ouvrables à dater du lendemain de la signature du contrat, le consommateur a la faculté de renoncer au contrat, en notifiant son renoncement à l'opérateur économique par un moyen laissant trace ».

**Article 62. Reprise et restitution du produit.**

(1) Lorsque la vente porte sur un produit, le contrat doit indiquer en outre les modalités de reprise ou de restitution du produit qui a été livré, en cas d'exercice de la faculté de renonciation.

(2) Le produit est repris ou restitué aux frais de l'opérateur économique.

(3) À défaut pour le consommateur d'avoir restitué le produit dans les quinze (15) jours ouvrables à dater de la renonciation, celle-ci est sans effet.

(4) À défaut de reprise du produit par l'opérateur économique dans le délai de trente jours ouvrables à dater de la renonciation, le consommateur en devient le propriétaire.

**Article 63. Exceptions**

Les articles 60 à 62 ne sont pas applicables :

- (i) Aux ventes de produits ou de services dont le prix total est inférieur à un montant déterminé par mesure d'application de la présente directive ;
- (ii) Aux ventes de biens ou de services consommés sur place ;

- (iii) Aux ventes de service dont la prestation est immédiate.

**Section 5. Contrats conclus à distance et commerce électronique**

**Article 64. Champ d'application**

- (1) Un contrat conclu à distance est un contrat conclu au moyen d'une technique de communication à distance.
- (2) Pour l'application de la présente section, on entend par technique de communication à distance, tout moyen qui, sans la présence physique et simultanée de l'opérateur économique et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties.

Constituent notamment une technique de communication à distance :

- (i) l'imprimé non adressé
- (ii) l'imprimé adressé
- (iii) la lettre standardisée
- (iv) la publicité presse avec bon de commande
- (v) le catalogue
- (vi) le téléphone avec intervention humaine
- (vii) le téléphone sans intervention humaine (automate d'appel, audio texte)
- (viii) la radio
- (ix) le visiophone (téléphone avec image)
- (x) le vidéo texte (micro-ordinateur, écran de télévision) avec clavier ou écran tactile
- (xi) l'internet
- (xii) le courrier électronique
- (xiii) le télécopieur
- (xiv) la télévision (télé-achat, télévente)

**Article 65. Offre préalable**

- (1) Avant la conclusion du contrat, l'opérateur économique communique au consommateur une offre de conclure le contrat par écrit, ou sous toute autre forme permettant au consommateur de la conserver et de l'imprimer sur support papier.
- (2) L'opérateur économique est réputé faire une offre de conclure le contrat, dès lors que sa proposition comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé, qu'il y ait ou non indication de sa volonté d'être lié, en cas d'acceptation et même en présence d'une indication contraire.
- (3) Lors de cette offre, le consommateur doit être informé, de manière claire et non équivoque au moins sur les éléments suivants :

- (i) Le nom ou la raison sociale et l'adresse postale de l'opérateur économique ;

- (iii) Les références détaillées du service auquel le consommateur peut s'adresser pour demande d'information ou de suivi ou pour formuler une plainte ;
- (iiii) Le prix à payer ;
- (iv) La désignation précise du produit ou du service ainsi que ses caractéristiques principales ;
- (v) La durée exacte de la validité de l'offre ;
- (vi) Les modalités de paiement ;
- (vii) Le délai de livraison du produit ou de prestation du service ;
- (viii) Le libellé de l'article 71 qui accorde au consommateur le droit de renoncer au contrat ;
- (ix) Les modalités de reprise ou de restitution du produit ;
- (x) La procédure de formulation et de traitement des plaintes.

Cette information indique que le produit est en tout état de cause repris ou restitué aux frais de l'opérateur économique.

Elle indique également qu'aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé ou accepté avant l'écoulement d'un délai de dix (10) jours ouvrables à dater du lendemain de la livraison du produit.

#### **Article 66. Acceptation ou refus**

Avant la conclusion du contrat, l'opérateur économique doit donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser l'offre de conclure ou d'en corriger les erreurs.

#### **Article 67. Adresse du contrat**

Le contrat conclu à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur.

#### **Article 68. Contrat écrit**

- (1) L'opérateur économique ne peut prouver le contrat à distance que par un écrit.
- (2) Cet écrit indique :

- (i) Le nom et l'adresse du consommateur
- (ii) La date du contrat
- (iii) Les renseignements énumérés à l'alinéa 3 de l'article 66 tels qu'ils ont été communiqués avant la conclusion du contrat.

#### **Article 69. Exemple du contrat**

L'opérateur économique doit transmettre au consommateur un exemplaire du contrat dans les quinze (15) jours ouvrables, suivant la date de sa conclusion, de façon à garantir que le consommateur puisse aisément le conserver et l'imprimer sur support papier.

**Article 70. Omission**

En cas d'omission de l'une ou plusieurs des informations indiquées à l'alinéa 3 de l'article 65, ou à défaut de remise d'un exemplaire du contrat dans le délai prescrit à l'article 69, le produit est réputé être livré au consommateur sans demande préalable de sa part et ce dernier n'est pas tenu de payer le prix du produit livré ni de le restituer.

**Article 71. Droit de renonciation**

Le contrat conclu à distance n'est parfait qu'après un délai de dix (10) jours ouvrables à dater du lendemain de la livraison du produit.

Avant la livraison du produit et pendant ce délai, le consommateur a le droit de notifier à l'opérateur économique qu'il renonce au contrat.

Pour les produits faisant l'objet de livraisons successives, ce délai commence à courir à partir de la première livraison.

**Article 72. Interdiction de paiement**

Aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé ou accepté avant l'écoulement d'un délai de dix (10) jours ouvrables à dater du lendemain de la livraison du produit.

**Article 73. Défaut de restitution ou de reprise**

A défaut pour le consommateur d'avoir restitué le produit dans les quinze (15) jours ouvrables à dater de la renonciation, celle-ci est sans effet.

A défaut pour l'opérateur économique d'avoir repris le produit dans le délai de trente (30) jours ouvrables à dater de la renonciation, le consommateur en devient propriétaire.

**Chapitre 7. Fiabilité des instruments de poids et de mesures**

**Article 74. Obligation de conformité**

Lorsqu'il a recours à des instruments de poids et de mesures, l'opérateur économique est tenu de n'utiliser que des instruments autorisés par la législation nationale sur la métrologie légale et conformes aux prescriptions de celle-ci.

**CHAPITRE 8. TRAITEMENT DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL**

**Article 75. Droit à la protection de la vie privée**

Lors de la collecte et du traitement de données à caractère personnel le concernant, le

consommateur a droit à la protection de ses libertés et droits fondamentaux, notamment à la protection de sa vie privée.

**Article 76. Mesures d'harmonisation**

- (1) Les Etats membres veillent à la mise en œuvre des mesures transposant la directive n° 07/08-UEAC-133-CM-18 du 19 décembre 2008 fixant le cadre juridique de la protection des droits des utilisateurs des réseaux et services de communications électroniques au sein de la CEMAC.
- (2) La CEMAC adopte par une directive ou un règlement les mesures complémentaires visant à harmoniser les dispositions applicables à la protection du consommateur contre l'utilisation abusive des données à caractère personnel.

**Article 77. Conditions du traitement des données à caractère personnel.**

L'acte communautaire d'harmonisation prévu à l'article 76 .

- (i) fixe les conditions générales de licéité des traitements de données à caractère personnel ;
- (ii) prévoit au bénéfice du consommateur le droit de s'opposer au traitement ou à la communication à un tiers des données à caractère personnel le concernant ;
- (iii) permet au consommateur d'avoir accès aux données à caractère personnel le concernant et d'en obtenir, au besoin, la rectification, l'effacement ou la destruction;
- (iv) impose les mesures garantissant la confidentialité et la sécurité des traitements autorisés.

**TITRE VI**  
**CONTRATS DE CONSOMMATION**

**Chapitre 1 Champ d'application**

**Article 78. Champ d'application.**

Le présent titre s'applique aux contrats conclus entre opérateurs économiques et consommateurs.

Sont assimilés aux contrats, les règlements contenant les conditions de fourniture de biens ou de prestation de services.

**Chapitre 2. Formation et interprétation des contrats**

**Article 79. Écrit.**

- (1) Lorsque la livraison du bien ou la fourniture du service est différée, l'opérateur économique doit, au jour de la conclusion du contrat, établir un écrit en deux exemplaires, signés par

les parties, sous réserve des modalités particulières de conclusion des contrats à distance.

(2) Cet écrit doit, sous peine de nullité, mentionner au moins :

- (i) L'identification du bien ou du service qui est l'objet du contrat et ses caractéristiques principales ;
- (ii) Les nom et adresse du consommateur ;
- (iii) Les nom, raison sociale, adresse postale, téléphone et courriel de l'opérateur économique ;
- (iv) Le délai et les modalités de livraison ou de prestation ;
- (v) Le prix et ses modalités de paiement ;
- (vi) Le montant de l'acompte éventuellement versé ;
- (vii) Les conditions de résiliation du contrat en cas de non-livraison ou de non-prestation dans le délai ou selon les modalités inscrites au contrat.

(3) L'indication du prix visée à l'alinéa 2, v se fait selon les prescriptions des articles 22 à 28.

#### **Article 80. Communication des conditions contractuelles**

Au plus tard au moment de la conclusion du contrat, l'opérateur économique qui utilise des conditions contractuelles générales, doit en remettre un exemplaire au consommateur.

#### **Article 81. Message publicitaire et contrat.**

- (1) Les éléments de fait contenus dans un message publicitaire, lient le publicitaire et font partie intégrante du contrat.
- (2) Par éléments de fait, il faut entendre tout élément mesurable et vérifiable relatif notamment à l'identité, la quantité, la composition, le prix, l'origine, la date de fabrication ou de péremption, les conditions de fourniture ou de prestation, de livraison, de garantie, de disponibilité du produit ou du service annoncé.

#### **Article 82. Intelligibilité des conditions contractuelles**

Les conditions contractuelles, générales ou particulières, sont rédigées et présentées de telle façon que le consommateur puisse en prendre aisément connaissance et en comprendre le sens et la portée. À défaut, elles sont réputées non écrites.

#### **Article 83. Primauté des conditions contractuelles particulières.**

Les conditions contractuelles particulières priment sur les conditions contractuelles générales.

#### **Article 84. Interprétation en faveur du consommateur**

En cas de confusion sur le sens à donner aux conditions contractuelles ou de contradictions entre plusieurs conditions contractuelles, celles-ci s'interprètent en faveur du consommateur.

**Chapitre 3. Les clauses abusives**

**Article 85. Principe d'interdiction**

Les clauses abusives dans les contrats de consommation sont interdites et réputées non écrites.

**Article 86. Définition**

Est abusive, toute clause qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses du contrat, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties, au préjudice du consommateur.

**Article 87. Critères d'appréciation**

Pour apprécier le caractère abusif d'une clause ou du contrat, il est tenu compte de critères objectifs, tels que l'ampleur de la disproportion entre les prestations respectives des parties, et subjectifs, tels que les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et l'inexpérience ou la vulnérabilité particulière du consommateur.

**Article 88. Liste de clauses interdites**

- (I) Sont, en tout état de cause, abusives les clauses ou combinaisons de clauses qui ont pour objet ou pour effet :
- (i) De prévoir lors de la signature du contrat un engagement immédiat et définitif du consommateur alors que l'opérateur économique contracte sous une condition qui dépend de sa seule volonté ;
  - (ii) D'augmenter le prix dans une période de trois mois suivant la conclusion du contrat ou de permettre de procéder à une augmentation de prix au-delà de ce délai sans accorder au consommateur la faculté de renoncer au contrat ;
  - (iii) De faire varier le prix à la hausse dans une période de trois mois suivant la conclusion du contrat ou de permettre de faire varier le prix à la hausse au-delà de ce délai sans prévoir de formule analogue à la baisse ;
  - (iv) De ne pas accorder au consommateur, lorsque le prix n'est pas déterminé ou déterminable à la conclusion du contrat, la faculté de renoncer à celui-ci ;
  - (v) De réserver à l'opérateur économique le droit de modifier unilatéralement les droits et obligations des parties ou les caractéristiques du bien à livrer ou du service à prester. Toutefois il peut être prévu que l'opérateur économique peut apporter des modifications suivantes :
    - a) Des modifications liées à l'évolution technique, à condition qu'il n'en résulte ni augmentation de prix ni diminution de qualité et que le contrat réserve au consommateur la possibilité de mentionner les caractéristiques qu'il n'entend pas voir modifiées ;
    - b) Des modifications motivées par la sauvegarde de l'intérêt général.
  - (vi) De présumer que le consommateur a connaissance d'un fait alors que manifestement il n'en est rien.

- (vii) D'engager le consommateur pour une durée indéterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation.
- (viii) De vider de sa substance l'obligation de l'opérateur économique.
- (ix) De prévoir une date ou un délai insuffisamment déterminé pour la livraison du bien ou la prestation du service ou de stipuler que la date ou le délai de livraison du bien ou de la prestation du service sont donnés à titre indicatif.
- (x) D'accorder à l'opérateur économique le droit de déterminer unilatéralement si le bien livré ou le service presté bénéficie de la garantie légale prévue à l'article 91 de la présente directive.
- (xi) De supprimer ou limiter l'application de la garantie légale prévue aux articles 91 à 97 de la présente directive.
- (xii) De supprimer ou limiter la responsabilité de l'opérateur économique du fait de sa faute ou de celle de ses préposés en cas de décès ou de lésion corporelle.
- (xiii) De supprimer ou limiter la responsabilité de l'opérateur économique fondée sur les articles 103 à 123 de la présente directive.
- (xiv) D'obliger le consommateur à exécuter ses obligations ou de lui interdire de demander la résolution du contrat alors que l'opérateur économique est en défaut d'exécuter ses obligations.
- (xv) De prévoir la résolution de plein droit du contrat en cas d'inexécution par le consommateur, sauf si celle-ci porte sur une obligation essentielle.
- (xvi) D'autoriser l'opérateur économique à suspendre de plein droit l'exécution de ses obligations en matière de distribution d'énergie électrique, d'eau et de gaz, d'usage du téléphone et d'accès à internet tant que le consommateur n'aura pas exécuté les siennes.
- (xvii) D'augmenter automatiquement ou d'un montant forfaitaire la créance de l'opérateur économique à défaut d'exécution par le consommateur.
- (xviii) D'interdire au consommateur de compenser une dette envers l'opérateur économique avec une créance qu'il a sur elle.
- (xix) De faire renoncer le consommateur au droit de demander la nullité de tout ou partie du contrat.
- (xx) D'autoriser l'opérateur économique, en cas d'annulation ou de résiliation du contrat à ses torts, à conserver les sommes déjà versées par le consommateur.
- (xxi) D'imposer au consommateur la charge d'une preuve que la loi ou la présente directive font peser sur l'opérateur économique.
- (xxii) De limiter les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser contre l'opérateur économique ou d'élargir ceux que l'opérateur économique peut utiliser.
- (xxiii) De réduire les délais légaux de prescription et de déchéance dans lesquels le consommateur est tenu d'exercer un droit.
- (xxiv) De priver le consommateur du droit d'agir en justice, notamment en mettant à sa charge des frais ou en lui imposant des formalités que la loi ou la présente directive ne prévoient pas ou mettent à charge de l'opérateur économique.

- (xxv) D'imposer au consommateur de soumettre un litige de consommation à un mode informel ou non-judiciaire de règlement, tel qu'une conciliation, une médiation ou un arbitrage.
- (xxvi) De faire renoncer le consommateur aux recours qui peuvent être formés contre une décision judiciaire ou une sentence arbitrale.
- (xxvii) De priver le consommateur, notamment par élection de domicile, de la protection que lui confèrent les dispositions nationales, qui transposent la présente directive dans les États membres.

(2) La liste de clauses abusives reprise à l'alinéa 1<sup>er</sup> est indicative et non exhaustive.

**Article 89. Renouvellement d'un contrat d'abonnement à durée déterminée.**

Dans les contrats d'abonnement d'une durée déterminée, l'opérateur économique doit rappeler par écrit au consommateur :

- (i) en cas de non tacite reconduction du contrat, le terme de celui-ci un mois ou moins avant le terme prévu pour l'échéance dudit contrat;
- (ii) en cas de tacite reconduction, le délai durant lequel le consommateur peut exercer sa faculté de ne pas renouveler le contrat, un mois au moins avant le début dudit délai.

**Chapitre 4. Contrats particuliers**

**Article 90. Mesures d'harmonisation**

La CEMAC peut adopter des directives ou règlements harmonisant, dans le respect des dispositions de la présente directive, les dispositions applicables à des contrats particuliers et notamment aux contrats suivants :

- (i) Le crédit au consommateur et le surendettement du consommateur, y compris dans le secteur immobilier ;
- (ii) Les contrats ayant pour objet des opérations bancaires et financières ;
- (iii) Le contrat de réparation d'un produit de consommation ;
- (iv) Le contrat de voyage à forfait ;
- (v) Le contrat de transport aérien, terrestre, maritime et ferroviaire ;
- (vi) Le contrat de services à exécution successive (par exemple, l'abonnement à un studio de santé, à des formations, à un journal), y compris les services fournis à distance (par exemple, l'accès à l'internet, la téléphonie mobile, l'offre de films sur demande, l'offre de cours par correspondance) ;
- (vii) Le contrat relatif à la fourniture d'énergie ;
- (viii) Le contrat relatif à la distribution d'eau potable.

**Chapitre 5. Garanties liées à la vente d'un produit au consommateur**

**Section 1. Garantie légale de conformité à l'attente légitime du consommateur**

**Article 91. Obligation de garantie**

- (1) L'opérateur économique qui met un produit à la disposition du consommateur sur le marché est tenu de garantir que ce produit ou service est conforme à l'attente légitime du consommateur.
- (2) L'attente légitime du consommateur porte notamment sur la qualité, la sécurité, la quantité, l'identité, la nature, la composition, l'origine, la disponibilité, le mode et la date de fabrication, la durabilité, la réparabilité, la recyclabilité, les propriétés, les performances, les utilisations possibles et les modes d'utilisation du produit.
- (3) Dans l'appréciation de l'attente légitime du consommateur, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment des dispositions du contrat, de la nature, de la destination, de l'usage normal et des usages spéciaux éventuels ainsi que des modalités d'utilisation du produit, des lois et règlements qui le concernent, de l'information fournie par l'opérateur économique et de toute autre communication faite par lui à son propos, notamment dans le cadre d'un message publicitaire.

**Article 92. Présomption d'existence du défaut.**

- (1) La garantie prévue à l'article 91 n'est due que si le défaut de conformité existe au moment où le produit est mis à la disposition du consommateur sur le marché.
- (2) Le défaut de conformité qui apparaît moins d'un an après que le produit ait été mis à disposition du consommateur est présumé, sauf preuve contraire, avoir existé au moment de la mise à disposition du produit.
- (3) Pour les produits vendus d'occasion, le délai prévu à l'alinéa 2 est fixé à trois mois.
- (4) L'opérateur économique peut renverser cette présomption si celle-ci n'est pas compatible avec la nature du produit ou le défaut de conformité invoqué.

**Article 93. Connaissance du défaut par le consommateur**

Le consommateur ne peut alléguer un défaut de conformité qu'il connaissait ou devait connaître au moment de l'acquisition, de la réception ou de l'utilisation du produit.

**Article 94. Période couverte par la garantie**

- (1) La garantie prévue à l'article 91 prend fin à l'expiration de la plus courte des deux périodes suivantes :
  - (i) La durée normale de vie du produit ;
  - (ii) Pour les produits neufs, deux ans et pour les produits d'occasion six mois

après que le produit ait été mis à disposition du consommateur.

- (2) Les États membres peuvent par voie réglementaire déterminer des délais spécifiques pour certaines catégories de produits.
- (3) Lorsqu'en application de l'article 95 un produit est mis en réparation, toute période d'immobilisation du produit d'au moins quinze jours à compter de la date de prise en charge par l'opérateur économique s'ajoute à la durée de la garantie qui restait à courir à compter de la même date.
- (4) Les pièces utilisées pour la réparation du produit sont elles-mêmes soumises à l'obligation de conformité du produit.

#### **Article 95. Recours du consommateur**

- (1) Le consommateur qui acquiert, reçoit ou utilise un produit non conforme peut exiger de l'opérateur économique qui a mis le produit à sa disposition :
  - (i) Soit le remboursement ou une diminution du prix qu'il a payé, selon l'importance, pour le consommateur, du défaut de conformité ;
  - (ii) Soit la réparation du produit, à moins que l'opérateur économique n'offre de le remplacer ;
  - (iii) Soit le remboursement du prix qu'il a payé ou le remplacement du produit si celui-ci ne peut être réparé ou ne peut l'être dans les quinze jours ou a déjà été mis en réparation pour un même défaut ou en raison d'un ou de plusieurs défauts pendant un total d'au moins trente jours dans une période de douze mois.
- (2) En plus des recours prévus à l'alinéa 1<sup>er</sup>, le consommateur est en droit d'exiger la réparation de l'intégralité de tous les dommages causés par le défaut de conformité du produit.
- (3) Le remboursement du prix du produit se fait contre restitution et, le cas échéant, sous déduction d'une indemnité pour les moins-values résultant de l'utilisation du produit par le consommateur.
- (4) Si l'opérateur économique qui a mis le produit à disposition du consommateur ne peut être identifié ou atteint par le recours du consommateur, celui-ci a le droit d'exercer les recours qu'il tire du présent article à l'encontre de tout opérateur économique ayant distribué le produit, de l'importateur ou du producteur.
- (5) Lorsque la réparation est faite par un autre opérateur économique que celui qui a mis le produit à disposition du consommateur ou par un sous-traitant de cet opérateur économique, l'opérateur économique qui a mis le produit à disposition du consommateur a les mêmes obligations que s'il avait lui-même effectué la réparation.
- (6) Le sous-acquéreur du produit bénéficie de la garantie de conformité octroyée à l'acquéreur.

**Article 96. Frais liés à l'exécution de la garantie**

L'exécution de la garantie de conformité prévue à l'article 91 se fait sans frais ou démarches quelconques imposés au consommateur, autres que la dénonciation du défaut.

**Article 97. Information du consommateur**

L'opérateur économique qui met un produit à la disposition du consommateur est tenu de reproduire dans ses conditions contractuelles générales, s'il en a, de manière distincte et apparente, le texte intégral des articles 91 à 96.

**Section 2. Garanties conventionnelles**

**Article 98. Garantie supplémentaire**

Sans préjudice de l'article 88 (1) (xi), l'opérateur économique qui propose au consommateur une garantie conventionnelle ne peut le faire qu'en utilisant les termes «garantie supplémentaire», dans toute communication y relative.

**Article 99. Information du consommateur**

- (1) L'opérateur économique qui propose au consommateur une garantie conventionnelle est tenu d'énumérer, de manière claire, précise et apparente, les avantages supplémentaires qui sont offerts ainsi que les conditions de leur obtention.
- (2) L'information prescrite à l'alinéa 1<sup>er</sup> doit être reproduite dans les conditions contractuelles générales, s'il y en a, au même emplacement que les mentions visées à l'article 97.

**Article 100. Extension de la durée de la garantie conventionnelle**

Lorsque l'opérateur économique offre ou est tenu de réparer un produit en exécution de son obligation de garantie conventionnelle, toute période d'immobilisation du produit d'au moins quinze jours à compter de la date de prise en charge par l'opérateur économique s'ajoute à la durée de la garantie qui restait à courir à compter de la même date.

**Section 3. Service après-vente**

**Article 101. Pièces de rechange et services de réparation**

Si un produit qui est mis à la disposition du consommateur est de nature à nécessiter un travail d'entretien, les pièces de rechange et les services de réparation doivent être disponibles pendant une durée raisonnable à compter de la cessation de la fabrication du produit.

**Article 102. Information du consommateur**

- (1) Le producteur ou l'importateur de produits informe le distributeur de la période pendant laquelle ou de la date jusqu'à laquelle les pièces détachées indispensables à l'utilisation des produits sont disponibles sur le marché. Cette information est délivrée obligatoirement au consommateur par le vendeur de manière lisible avant la conclusion du contrat et confirmée par écrit lors de l'achat du produit.
- (2) Dès lors qu'il a indiqué la période ou la date mentionnée au premier alinéa, le fabricant ou l'importateur fournit obligatoirement, dans un délai de deux mois, aux distributeurs ou aux réparateurs, agréés ou non, qui le demandent les pièces détachées indispensables à l'utilisation des produits vendus.

## TITRE VII

### SECURITE DES PRODUITS ET DES SERVICES

#### **Chapitre 1. Sécurité des produits et des services**

##### **Section 1. Obligation générale de sécurité**

###### **Article 103. Interdiction générale**

Il est interdit de placer ou de mettre à disposition sur le marché des produits ou des services dangereux.

###### **Article 104. Définition**

- (1) Est dangereux le produit ou le service qui, dans des conditions d'utilisation normales ou raisonnablement prévisibles, présente un risque non compatible avec l'utilisation du produit ou du service et considéré comme non acceptable dans le respect d'un niveau élevé de protection de la santé et de la sécurité des personnes, des animaux domestiques, des biens ou de l'environnement.
- (2) Dans l'évaluation du caractère dangereux d'un produit, il est notamment tenu compte :
  - (i) des caractéristiques du produit, dont sa composition, son emballage, ses conditions d'assemblage, d'installation, d'utilisation et d'entretien;
  - (ii) de l'effet du produit sur d'autres produits si l'on peut raisonnablement prévoir l'utilisation du premier avec les seconds;
  - (iii) de la présentation du produit, de son étiquetage, des avertissements et des instructions éventuelles concernant son utilisation et son élimination ainsi que de toute autre indication ou information relative au produit;
  - (iv) des catégories de consommateurs se trouvant dans des conditions de risque au regard de l'utilisation du produit.

(3) Dans l'évaluation du caractère dangereux d'un service, il est notamment tenu compte :

- (i) des caractéristiques du service, dont sa nature et ses conditions d'utilisation;
- (ii) de l'effet du service sur le voisinage ;
- (iii) de la présentation du service, des avertissements et des instructions éventuelles concernant son utilisation ainsi que de toute autre indication ou information relative au service;
- (iv) des catégories de consommateurs se trouvant dans des conditions de risque au regard de l'utilisation du service.

(4) La possibilité d'atteindre un niveau supérieur de sécurité ou de se procurer d'autres produits ou services présentant un risque moindre ne constitue pas une raison suffisante pour considérer un produit ou un service comme dangereux.

#### **Article 105. Évaluation de la sécurité**

La sécurité d'un produit ou d'un service est évaluée en prenant en compte notamment les éléments suivants :

- (i) la conformité du produit ou du service aux exigences de sécurité fixées par voie législative ou réglementaire et auxquelles le produit ou le service doit répondre pour pouvoir être placé sur le marché;
- (ii) lorsqu'elles existent, les normes internationales, régionales ou nationales pertinentes ;
- (iii) lorsqu'ils existent, les guides de bonnes pratiques en matière de sécurité des produits ou des services en vigueur dans le secteur concerné;
- (iv) l'état des connaissances et de la technique ;
- (v) la sécurité à laquelle les consommateurs peuvent légitimement s'attendre.

#### **Article 106. Règles générales spécifiques**

La CEMAC peut fixer, pour les produits ou catégories de produits ou les services qu'elle désigne, des exigences de sécurité relatives notamment :

- (i) à la composition, aux conditions de production, d'assemblage, d'installation, d'emploi, d'entretien, de réemploi du produit ainsi qu'à sa dénomination, sa présentation, son conditionnement, son emballage, son étiquetage et son marquage;
- (ii) aux conditions de prestation, d'usage et de présentation du service;
- (iii) à la nature, la forme et la présentation de l'information devant accompagner le produit ou le service et destinée à réduire les risques présentés par leur utilisation, tels des avertissements ou des précautions d'emploi ;
- (iv) aux conditions d'hygiène que doivent observer les lieux de production et de distribution du produit ou de prestation du service, ainsi que les personnes qui y travaillent ;
- (v) à la traçabilité du produit ;
- (vi) à l'évaluation de la conformité du produit aux exigences de sécurité qui lui sont applicables.

#### **Article 107. Réglementations techniques particulières**

Pour certains produits ou catégories de produits, la CEMAC peut édicter une réglementation technique particulière qui comprend notamment les exigences essentielles de sécurité, les spécifications techniques, dont la référence aux normes, applicables, les procédures à suivre pour évaluer la conformité du produit aux exigences de sécurité qui lui sont applicables, la documentation technique à rassembler et à conserver pour établir la preuve de la sécurité du produit, et les règles éventuelles de marquage obligatoire du produit.

## **Section 2. Obligations complémentaires**

### **Article 108. Évaluation des risques**

L'obligation de sécurité prévue à l'article 103 emporte pour le producteur ou l'importateur de produits ou le prestataire de services l'obligation d'évaluer les risques présentés par un produit ou un service avant que ceux-ci ne soient placés sur le marché.

### **Article 109. Information du consommateur**

L'obligation de sécurité prévue à l'article 103 emporte pour le producteur ou l'importateur de produits ou le prestataire de services l'obligation de fournir au consommateur les informations utiles qui lui permettent d'évaluer les risques inhérents à un produit ou à un service pendant sa durée d'utilisation normale ou raisonnablement prévisible et de s'en prémunir, lorsque ces risques ne sont pas immédiatement perceptibles par l'utilisateur sans avertissement adéquat.

### **Article 110. Obligation de prendre des mesures**

L'obligation de sécurité prévue à l'article 103 emporte pour le producteur ou l'importateur de produits ou le prestataire de services l'obligation d'adopter des mesures pour se tenir informé des risques que le produit ou le service peut présenter, et d'engager les actions nécessaires pour maîtriser ces risques, y compris le retrait du marché, la mise en garde adéquate et efficace des consommateurs, le rappel auprès des consommateurs des produits déjà mis à disposition du consommateur sur le marché ou la suspension du service.

Ces mesures comprennent, par exemple :

- (i) la réalisation de tests sur les produits commercialisés;
- (ii) l'indication sur le produit ou son emballage de l'identité et de l'adresse du producteur, de son représentant ou de l'importateur, ainsi que de la manière de les contacter pour signaler un problème ou soumettre une plainte;
- (iii) l'indication sur le produit ou son emballage de la référence du produit ou du lot de produits auquel il appartient;
- (iv) l'examen des réclamations reçues des utilisateurs et, le cas échéant, la tenue d'un registre des réclamations;
- (v) l'information des distributeurs sur le suivi de ces produits.

### **Article 111. Obligation de notifier**

- (1) Lorsque le producteur ou l'importateur de produits ou le prestataire de services vient à savoir ou doit savoir, notamment au terme d'une évaluation des risques ou sur la base des informations en sa possession, qu'un produit ou un service qu'il a placé sur le marché

ne répond pas aux exigences de sécurité, il notifie immédiatement l'administration compétente et communique au moins les informations suivantes :

- (i) les données permettant une identification exacte du produit ou du lot de produits ou du service en cause ;
- (ii) une description complète du risque;
- (iii) toutes les informations disponibles permettant de tracer le produit ;
- (iv) une description des opérations et des mesures prises ou prévues pour réduire ou éliminer le risque pour les consommateurs.

- (2) Le producteur, l'importateur ou le prestataire de services ne peut s'exonérer de son obligation en soutenant n'avoir pas eu connaissance des risques qu'il ne pouvait raisonnablement ignorer.

#### **Article 112. Obligation de coopérer**

Les producteurs ou importateurs de produits ou les prestataires de services sont tenus de collaborer avec l'administration compétente, à la requête de cette dernière, pour les actions engagées afin de prévenir, réduire ou éliminer les risques que présentent des produits ou services qu'ils placent ou ont placés sur le marché.

#### **Article 113. Obligations des distributeurs**

- (1) Les distributeurs sont tenus d'agir diligemment pour contribuer au respect des obligations de sécurité applicables, en particulier en ne mettant pas à la disposition du consommateur des produits dont ils savent ou auraient dû estimer, sur la base des informations en leur possession et en tant que professionnels, qu'ils ne satisfont pas à ces obligations.
- (2) En outre, dans les limites de leurs activités respectives, ils participent au suivi de la sécurité des produits placés sur le marché, en particulier par la transmission des informations concernant les risques des produits, par la tenue et la fourniture des documents nécessaires pour tracer l'origine des produits, ainsi que par la collaboration aux actions engagées par les producteurs ou les importateurs et l'administration compétente afin de prévenir, réduire ou éliminer les risques.

#### **Article 114. Traçabilité**

- (1) Les opérateurs économiques désignent aux autorités de surveillance du marché, à la demande de celles-ci:
- (i) tout opérateur économique qui leur a fourni le produit;
  - (ii) tout opérateur économique auquel ils ont fourni le produit.
- (2) Pour certains produits, catégories ou groupes de produits qui sont susceptibles, du fait de leurs caractéristiques ou des conditions de distribution ou d'usage, de présenter un risque grave pour la santé et la sécurité des personnes, des animaux domestiques, des

biens ou de l'environnement, les opérateurs économiques peuvent être requis de mettre en place un système de traçabilité ou d'adopter un système de traçabilité existant.

Le système de traçabilité prévoit la collecte et la conservation de données par des moyens électroniques permettant l'identification du produit et celle des opérateurs économiques intervenant dans sa chaîne d'approvisionnement. Il prévoit aussi l'apposition d'un dispositif de stockage de données sur le produit, sur son emballage ou sur les documents qui l'accompagnent et qui permet la consultation de ces données.

## **Chapitre 2. Responsabilité du fait d'un produit dangereux**

### **Article 115. Personne responsable**

(1) Le producteur est responsable du dommage causé par un produit dangereux qu'il a placé sur le marché.

(2) Si ni le producteur du produit ni l'importateur ne peuvent être identifiés, chaque distributeur en est considéré comme producteur, à moins qu'il n'indique à la victime ou à qui de droit, dans un délai raisonnable, l'identité du producteur ou de celui qui lui a fourni le produit.

(3) Il en est de même dans le cas d'un produit importé, si ce produit n'indique pas l'identité de l'importateur, même si le nom du producteur est indiqué.

### **Article 116. Éléments à prouver**

Pour avoir droit à réparation, la victime est tenue d'apporter la preuve du dommage qui lui a été causé par le produit dangereux.

### **Article 117. Respect des normes**

Le producteur peut être responsable du défaut alors même que le produit a été fabriqué dans le respect des règles de l'art ou de normes existantes ou qu'il a fait l'objet d'une autorisation administrative.

### **Article 118. Moyens de défense**

Le producteur n'est pas responsable en application du présent chapitre s'il prouve :

- (i) qu'il n'a pas placé le produit sur le marché, ou
- (ii) que la cause du dommage n'existait pas au moment où le produit a été placé sur le marché ou que cette cause est née postérieurement, ou
- (iii) que le produit n'a été ni fabriqué en vue de sa mise à disposition sur le marché, ni fabriqué ou distribué dans le cadre de son activité commerciale, ou

### **Article 119. Partie composante**

Le fabricant d'une partie composante du produit n'est pas responsable en application du présent chapitre s'il prouve que le caractère dangereux du produit est dû à la conception, par le producteur, du produit dans lequel la partie composante a été incorporée ou aux instructions données par le producteur.

**Article 120. Dommages couverts**

La personne responsable est tenue de réparer l'intégralité des dommages causés à la victime.

**Article 121. Faute de la victime**

La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par le caractère dangereux du produit et la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable.

**Article 122. Faute d'un tiers**

La responsabilité du producteur envers la victime n'est pas réduite par le fait d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage.

**Article 123. Complémentarité des régimes de responsabilité**

Les dispositions du présent chapitre ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit commun de la responsabilité contractuelle, délictuelle ou d'un régime particulier de responsabilité en vigueur pour des produits ou des services spécifiques.

**TITRE VIII**

**CADRE INSTITUTIONNEL**

**Chapitre 1 : Instance communautaire en charge de la politique de protection du consommateur**

**Article 124. Instance de référence**

- (1) Le Président de la Commission de la CEMAC indique aux États membres, l'instance communautaire de référence pour les questions relatives à la politique de protection du consommateur.
- (2) L'instance désignée en vertu de l'alinéa 1<sup>er</sup> supervise et coordonne la mise en œuvre de l'ensemble des dispositions de la présente directive et reçoit les actes nationaux y afférents.

**Chapitre 2. Institution publique en charge de la politique de protection du consommateur**

**Article 125. Responsabilité première des autorités publiques**

La protection, la promotion et la défense des intérêts des consommateurs est un intérêt collectif qui relève prioritairement de la responsabilité des autorités publiques.

**Article 126. Institution publique responsable**

- (1) Les États membres désignent l'institution publique responsable de la définition, de la supervision, de la coordination et de la mise en œuvre de la politique nationale de protection du consommateur en veillant à garantir l'autonomie des compétences de cette institution.
- (2) L'institution visée à l'alinéa 1<sup>er</sup> peut consister notamment en :
  - (i) un ministère ou un secrétariat d'État spécifiquement chargé de la protection du consommateur ;
  - (ii) un département, une division ou une instance administrative spécifiquement et exclusivement chargée de la protection du consommateur ;
  - (iii) un Institut, un Office ou une Autorité de la Protection du Consommateur relevant d'un ministère ou rattaché aux services du Premier ministre ;
  - (iv) une institution de statut public et indépendante.

**Article 127. Missions principales**

L'institution responsable désignée en vertu de l'article 126 a pour missions principales :

- (i) de contribuer à la définition d'une politique assurant au consommateur un niveau élevé de protection ;

- (ii) de proposer des mesures visant à assurer l'intégration de la politique de protection du consommateur dans les autres politiques publiques ;
- (iii) d'assurer la coopération et la coordination avec les autres institutions publiques dont les compétences couvrent, directement ou indirectement, la protection du consommateur ;
- (iv) de superviser la mise en œuvre de la politique de protection du consommateur ;
- (v) de veiller au respect des dispositions légales et réglementaires applicables à l'égard du consommateur ;
- (vi) de mettre en place les outils permettant d'identifier les besoins et les attentes des consommateurs, tels que des systèmes de collecte de données et d'échange d'informations ;
- (vii) de participer, en qualité de point de contact national, au système régional d'information sur les produits dangereux mis en place en vertu de l'article 155 de la présente directive;
- (viii) de prendre toutes les mesures utiles en vue de l'éducation, l'information et la sensibilisation des consommateurs, en particulier les catégories de consommateurs plus vulnérables, tels que les consommateurs analphabètes, les habitants des zones rurales, les personnes âgées, les enfants et les personnes à mobilité réduite ;
- (ix) de promouvoir la recherche sur les questions juridiques, sociologiques, économiques, politiques et scientifiques relevant de la protection du consommateur ;
- (x) de négocier ou de participer à la négociation d'accords collectifs ou de codes de bonne conduite visés à l'article 168 de la présente directive;
- (xi) d'assurer le secrétariat du Conseil National de la Consommation établi en vertu de l'article 131 de la présente directive ;
- (xii) d'aider à l'établissement et au développement d'associations de consommateurs et de soutenir leurs activités par un financement octroyé selon une procédure d'appels d'offres;
- (xiii) de coopérer avec les institutions provinciales, municipales et locales pour le développement et la mise en œuvre de la politique de protection du consommateur aux niveaux provincial, municipal et local ;
- (xiv) de coopérer avec les institutions chargées de la politique de protection du consommateur aux niveaux régional et international.

**Article 128. Ressources**

L'institution responsable visée à l'article 126 doit se voir accorder les ressources humaines, techniques et financières nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

**Chapitre 3. Associations de consommateurs**

**Article 129. Contributions des acteurs de la société civile**

- (1) Les associations et autres groupements de la société civile doivent être encouragés par les autorités publiques à concourir à la définition et la mise en œuvre d'une politique assurant au consommateur un niveau élevé de protection.
- (2) La contribution visée à l'alinéa 1<sup>er</sup> peut notamment consister dans les activités suivantes :
  - (i) l'information, l'éducation et la sensibilisation des consommateurs ;
  - (ii) le conseil et l'assistance juridique ;
  - (iii) l'examen des pratiques commerciales en cours sur le marché ;
  - (iv) l'analyse des dispositions des contrats offerts au consommateur ;
  - (v) la réalisation d'analyses comparatives ou de tests comparatifs portant sur les produits et les services mis à la disposition sur le marché ;
  - (vi) la réalisation d'études et de recherches relatives au comportement du consommateur, ses besoins et ses attentes ;
  - (vii) l'examen des dispositions législatives et réglementaires applicables dans le domaine de la protection du consommateur et la formulation de recommandations en vue de leur amélioration ;
  - (viii) l'examen des moyens institutionnels mis en place dans le domaine de la protection du consommateur et la formulation de recommandations en vue de leur amélioration ;
  - (ix) la collecte et le traitement des plaintes émanant des consommateurs ;
  - (x) la représentation et la défense des intérêts individuels et collectifs des consommateurs en vue du règlement des litiges de consommation ;
  - (xi) la représentation des intérêts des consommateurs auprès des autorités publiques dont les compétences concernent, directement ou indirectement, la protection du consommateur ainsi qu'auprès des opérateurs économiques et des associations qui les représentent.

**Article 130. Associations agréées de consommateurs**

- (1) Pour être agréée, une association de consommateurs doit avoir la protection du consommateur pour objet social explicite, mais pas nécessairement exclusif, et répondre à des conditions visant à assurer son indépendance, sa représentativité et sa compétence professionnelle.
- (2) Chaque État membre fixe, en concertation avec le Conseil National de la Consommation, les critères et la procédure d'agrément des associations de consommateurs.
- (3) Seules les associations agréées de consommateurs sont en droit de concourir aux procédures d'appel d'offres initiées par les autorités publiques dans le but d'aider au financement de leurs activités.

- (4) Seules les associations agréées de consommateurs sont en droit de représenter les consommateurs dans le cadre des procédures de règlement des litiges de consommation et auprès des institutions prenant des décisions qui les concernent.

#### **Chapitre 4. Conseil National de la Consommation**

##### **Article 131. Statut et missions**

- (1) Dans chaque État membre, il est institué un Conseil National de la Consommation qui agit en tant organe de concertation et de consultation.
- (2) Le Conseil National de la Consommation est placé auprès du Ministère qui a la protection du consommateur dans ses attributions, qui en assure le secrétariat.
- (3) Le Conseil National de la Consommation a pour mission de permettre la concertation entre les représentants des consommateurs, des opérateurs économiques et des diverses institutions publiques dont les compétences concernent, directement ou indirectement, la protection du consommateur.

##### **Article 132. Composition**

- (1) Le Conseil National de la Consommation est composé pour moitié des représentants des associations agréées de consommateurs et, pour l'autre moitié, des représentants des opérateurs économiques et des institutions publiques dont les compétences concernent, directement ou indirectement, la protection du consommateur ainsi que de personnalités choisies en raison de leur compétence en matière de protection du consommateur, dans le respect de la parité.
- (2) Le Conseil National de la Consommation peut inviter à ses réunions d'autres personnes contribuant à la mise en œuvre et au développement de la politique de protection du consommateur.
- (3) Le Conseil National de la Consommation est présidé par une personnalité nommée en raison de ses compétences en matière de protection du consommateur.

##### **Article 133. Réunions**

Le Conseil National de la Consommation se réunit au moins 4 fois par année.

##### **Article 134. Avis d'initiative et consultation obligatoire**

- (1) Le Conseil National de la Consommation émet, sur demande ou d'initiative, des avis sur toutes questions relatives à la protection du consommateur.
- (2) Il doit être consulté pour avis avant l'adoption de projets ou propositions de lois et règlements susceptibles d'avoir une incidence sur la protection du consommateur ainsi que sur les conditions d'application de ces textes.

##### **Article 135. Rapport d'activité**

- (1) Le Conseil National de la Consommation établit et publie, avant le 31 mars de chaque année, un rapport de son activité.
- (2) Le rapport annuel contient notamment le texte intégral de tous les avis rendus par le Conseil pendant l'année.

**Chapitre 5. Commission des clauses abusives.**

**Article 136. Statut**

Dans chaque État membre, il est institué au sein du Conseil National de la Consommation une Commission des clauses abusives.

**Article 137. Compétence générale**

La Commission des clauses abusives connaît des questions liées à la formation, la présentation, le contenu et l'équilibre des conditions contractuelles générales.

**Article 138. Saisine**

La Commission des clauses abusives peut être saisie soit par le Ministre, soit par un consommateur ou une association agréée de consommateurs, soit par un opérateur économique ou un groupement professionnel ou interprofessionnel intéressé.

**Article 139. Pouvoirs d'avis et de recommandations**

- (1) La Commission des clauses abusives émet, sur demande ou d'initiative, des avis sur toutes questions relatives aux conditions contractuelles générales
- (2) Elle doit être consultée pour avis avant l'adoption de projets ou propositions de lois et règlements susceptibles d'avoir une incidence sur les conditions contractuelles générales ainsi que sur les conditions d'application de ces textes.
- (3) La Commission des clauses abusives, à la majorité de ses membres, recommande :
  - (i) La suppression ou la modification des clauses qui lui paraissent rédigées et présentées de telle façon que le consommateur ne puisse en prendre aisément connaissance ou en comprendre le sens et la portée ou dont le sens prête à confusion.
  - (ii) La suppression ou la modification des clauses qui lui paraissent créer un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au préjudice du consommateur.
  - (iii) L'insertion des mentions ou des clauses qui lui paraissent nécessaires pour l'information du consommateur ou dont l'absence lui paraît créer un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au préjudice du consommateur.

- (iv) Une rédaction et une présentation des clauses qui soient de nature à permettre au consommateur d'en comprendre le sens et la portée.

**Article 140. Pouvoirs de proposition**

La Commission des clauses abusives, à la majorité de ses membres, propose au Ministre les modifications législatives et réglementaires qui lui paraissent souhaitables.

**Article 141. Composition**

- (1) La Commission des clauses abusives est composée d'un représentant de la magistrature et d'un nombre égal de représentants des associations agréées de consommateurs parmi celles siégeant au Conseil National de la Consommation, de représentants des opérateurs économiques parmi ceux siégeant au Conseil National de la Consommation.
- (2) Le Conseil National de la Consommation peut inviter aux réunions de la Commission des clauses abusives des personnalités choisies en raison de leur compétence en droit de la consommation ou de leurs connaissances du domaine à l'ordre du jour.

**Article 142. Rapport d'activité**

- (1) La Commission des clauses abusives établit et publie, avant le 31 mars de chaque année, un rapport de son activité.
- (2) Le rapport annuel contient notamment le texte intégral des avis, des recommandations et des propositions formulées par la Commission pendant l'année en application des pouvoirs qui lui sont reconnus par les articles 139 et 140 de la présente directive.

**Article 143. Communication des décisions judiciaires**

Toute décision rendue par les tribunaux sur une action fondée sur les articles 78 à 102 de la présente directive est, dans le mois de son prononcé, communiquée au Conseil National de la Consommation, qui la met à la disposition de la Commission des clauses abusives.

**Article 144. Demandes d'avis**

Les opérateurs économiques, les groupements professionnels ou interprofessionnels et les associations agréées de consommateurs peuvent demander l'avis de la Commission des clauses abusives sur des projets de conditions contractuelles générales.

**Chapitre 6. Commission de la sécurité des consommateurs**

**Article 145. Statut**

Dans chaque État membre, il est institué au sein du Conseil National de la Consommation une

Commission de la sécurité des consommateurs.

**Article 146. Compétence générale**

La Commission de la sécurité des consommateurs connaît des questions relatives à la sécurité des produits et des services mis à la disposition du consommateur sur le marché.

**Article 147. Saisine**

- (1) La Commission de la sécurité des consommateurs peut être saisie par toute personne physique ou morale.
- (2) La Commission de la sécurité des consommateurs peut également se saisir d'office.
- (3) Les autorités judiciaires peuvent, en tout état de la procédure, demander l'avis de la Commission de la sécurité des consommateurs. Cet avis ne peut être rendu public par la Commission qu'après que la décision judiciaire a été prononcée,

**Article 148. Missions et pouvoirs d'avis et de recommandations**

La Commission de la sécurité des consommateurs :

- (i) effectue les recherches et rassemble la documentation et les données utiles en vue d'une meilleure connaissance des risques présentés par les produits et les services placés ou mis à disposition sur le marché ;
- (ii) émet, sur demande ou d'initiative, des avis sur toutes questions relatives à la sécurité des produits et des services placés ou mis à disposition sur le marché ;
- (iii) doit être consultée pour avis avant l'adoption de projets ou propositions de lois et règlements susceptibles d'avoir une incidence sur la sécurité des produits et des services placés ou mis à disposition sur le marché ainsi que sur les conditions d'application de ces textes ;
- (iv) peut, après en avoir informé le Ministre et, sauf impossibilité, après avoir entendu soit le producteur ou son représentant ou l'importateur soit le prestataire de service concerné, porter à la connaissance des consommateurs les informations qu'elle estime nécessaires pour assurer un niveau élevé de protection de la santé et de la sécurité des personnes, des animaux domestiques, des biens ou de l'environnement ;
- (v) peut prendre l'initiative de campagnes de sensibilisation sur les questions relatives à la sécurité des produits et des services ou y participer.

**Article 149. Pouvoirs de proposition**

La Commission de la sécurité des consommateurs peut, à la majorité de ses membres, proposer au Ministre les modifications législatives et réglementaires qui lui paraissent souhaitables.

**Article 150. Composition**

- (1) La Commission de la sécurité des consommateurs est composée d'un nombre égal de représentants des associations agréées de consommateurs parmi celles siégeant au Conseil National de la Consommation et de représentants des opérateurs économiques parmi ceux siégeant au Conseil National de la Consommation.
- (2) Le Conseil national de la Consommation peut inviter aux réunions de la Commission de la sécurité des consommateurs des personnalités choisies en raison de leurs compétences, juridiques ou techniques, en matière de sécurité des produits et des services.

**Article 151. Rapport d'activité**

- (1) La Commission de la sécurité des consommateurs établit et publie, avant le 31 mars de chaque année, un rapport de son activité.
- (2) Le rapport annuel contient notamment le texte intégral des avis et des propositions formulées par la Commission pendant l'année.

**Article 152. Communication des décisions judiciaires**

Toute décision rendue par les tribunaux sur une action fondée sur les articles 103 à 123 de la présente directive est, dans le mois de son prononcé, communiquée au Conseil national de la Consommation, qui la met à la disposition de la Commission de la sécurité des consommateurs.

**TITRE IX**  
**MISE EN ŒUVRE ET SANCTIONS**

**Chapitre 1. Mesures relatives à la surveillance du marché**

**Article 153. Obligations des États membres**

- (1) Les États membres veillent à ce que les opérateurs économiques respectent les obligations qui leur incombent en application de la présente directive.
- (2) Les États membres instituent ou nomment les autorités compétentes pour assurer une surveillance effective et efficace du marché et veillent à ce que ces autorités possèdent les pouvoirs et les ressources nécessaires à cet effet.
- (3) Les États membres définissent les règles relatives à la recherche et la constatation des manquements aux dispositions nationales adoptées en application de la présente directive.
- (4) Les États membres définissent les missions, les pouvoirs et les modalités de coopération des autorités compétentes.

- (5) Les États membres désignent l'autorité chargée de la coordination des activités liées à la surveillance du marché en vue de l'application de la présente directive et en informent la CEMAC.

**Article 154. Coopération administrative et judiciaire**

- (1) La CEMAC favorise la coopération administrative et judiciaire entre les autorités des États membres compétentes pour assurer le respect des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive.
- (2) Cette coopération a pour objectif, en particulier, de faciliter :
- (i) l'échange d'informations sur les pratiques commerciales, les méthodes de vente et les clauses contractuelles tenues pour déloyales ou abusives;
  - (ii) l'échange d'information sur les produits dangereux et les mesures, obligatoires ou volontaires, adoptées en vue de prévenir, réduire ou éliminer les risques d'accidents liés à l'usage de produits de consommation;
  - (iii) la collaboration en matière de traçage, de retrait et de rappel de produits dangereux;
  - (iv) l'établissement et l'exécution de projets communs de surveillance du marché;
  - (v) la réalisation d'études sur les attentes et les besoins des consommateurs, les enjeux nouveaux de la politique de protection du consommateur, le droit comparé et international de la protection du consommateur;
  - (vi) l'échange d'expertise et de meilleures pratiques;
  - (vii) la collecte de données et l'échange d'informations sur les plaintes des consommateurs;
  - (viii) le règlement des litiges de consommation transfrontières;
  - (ix) la collaboration à des activités de formation.

**Article 155. Système commun d'échange d'informations sur les produits dangereux.**

- (1) La CEMAC institue un système fonctionnant en réseau entre les autorités compétentes des États membres en vue de réaliser un échange rapide d'informations en présence d'un risque grave présenté par un produit ou un service placé ou mis à la disposition sur le marché
- (2) Les États membres sont tenus de participer au système commun d'échange d'informations sur les produits dangereux, notamment en désignant, au sein de chacun des États membres, un point de contact chargé de la collecte et de la communication des informations de son pays ainsi que de la réception et de la transmission des informations en provenance des autres pays membres du réseau.
- (3) La CEMAC établit et met à jour régulièrement les lignes directrices concernant le fonctionnement et la gestion du système commun d'échange d'informations visé à l'alinéa 1.

Ces lignes directrices établissent notamment :

- (i) Les objectifs et le champ d'application du système ;
- (ii) Les critères de notification et les éléments à notifier ;
- (iii) Le contenu des informations à notifier ;
- (iv) Les modalités d'examen et de traitement des informations transmises par les points de contact nationaux ;
- (v) Les modalités de transmission et de traitement des informations à travers le réseau ;
- (vi) Les réactions aux informations reçues et mesures de suivi requises des points de contact nationaux ;
- (vii) Les conditions de confidentialité de certaines informations transmises ;
- (viii) Les conditions d'exploitation des informations recueillies par le réseau, leur accès et leur publication.

## **Chapitre 2. Procédures de règlement des litiges de consommation**

### **Article 156. Règlement judiciaire des litiges individuels**

- (1) Les États membres sont tenus de prendre les mesures destinées à faciliter l'accès des consommateurs individuels devant les tribunaux chargés du règlement des litiges de consommation.
- (2) Les mesures visées à l'alinéa 1 peuvent consister notamment en :
  - (i) L'établissement de tribunaux ou de chambres spéciales des tribunaux existants chargés exclusivement du règlement des litiges de consommation ;
  - (ii) La définition de règles de procédures simplifiées pour le règlement des litiges dont l'enjeu financier se situe en-dessous d'un montant maximum ;
  - (iii) La gratuité des frais de justice en cas d'actions judiciaires intentées par un consommateur ou une association agréée de consommateurs ;
  - (iv) L'imposition de conditions à la représentation du consommateur par avocat.

### **Article 157. Modes non judiciaires de règlement des litiges de consommation**

- (1) La CEMAC encourage les États membres ou les opérateurs économiques à mettre en place des structures ou des procédures proposant au consommateur un mode non judiciaire de règlement des litiges de consommation individuels, basé sur la conciliation, la médiation ou l'arbitrage.
- (2) En application de l'alinéa 1<sup>er</sup>, la CEMAC définit les critères et les conditions selon lesquels un mode non judiciaire de règlement des litiges est autorisé à connaître des litiges de consommation individuels.

Ces critères d'admissibilité portent notamment sur :

- (i) la nature du règlement proposé ;
- (ii) les conditions d'accès ;
- (iii) les règles de procédure prévues, dont la transparence et la garantie du respect des droits de la défense ;
- (iv) la composition de l'organe chargé du règlement du litige et de la prise de décision ;
- (v) l'effet de la décision prononcée.

#### **Article 158. Actions collectives**

- (1) L'autorité chargée de la coordination des activités liées à la surveillance du marché en vue de l'application de la présente directive et les associations agréées de consommateurs ont qualité à agir devant les tribunaux compétents en vue :
  - (i) de faire prononcer par le juge agissant dans le cadre d'une procédure basée sur l'urgence une injonction visant à prévenir, faire cesser ou modifier un manquement à une disposition nationale adoptée en application des dispositions de la présente directive ;
  - (ii) d'obtenir réparation pour les dommages causés à plusieurs consommateurs, identifiables ou non, qui subissent un préjudice ayant une origine commune dans un manquement à une disposition nationale adoptée en application des dispositions de la présente directive ;
  - (iii) d'obtenir réparation du dommage causé à l'intérêt collectif des consommateurs ;
- (2) L'autorité chargée de la coordination des activités liées à la surveillance du marché en vue de l'application de la présente directive et les associations agréées de consommateurs sont autorisées à se joindre à toute action publique visant à l'application des sanctions pénales prévues en cas d'infractions aux dispositions nationales adoptées en application des dispositions de la présente directive.

### **Chapitre 3. Sanctions**

#### **Article 159. Obligations des États membres**

- (1) Les États membres fixent les règles concernant les sanctions civiles, administratives et pénales applicables aux manquements et infractions aux dispositions nationales adoptées en application de la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour veiller à leur application.
- (2) Les sanctions prévues sont efficaces, proportionnées et dissuasives.
- (3) Les États membres notifient les sanctions prévues à la CEMAC.

#### **Article 160. Sanctions civiles**

Les États membres prévoient :

- (i) que tout manquement aux dispositions nationales adoptées en application de la présente directive oblige l'opérateur économique responsable à réparer le dommage causé au consommateur ;
- (ii) que dans les cas où la nullité du contrat peut être prononcée, celle-ci ne puisse être ni demandée ni opposée par l'opérateur économique.

#### **Article 161. Sanctions administratives**

Les États membres définissent un ensemble de sanctions administratives applicables en cas de manquement aux dispositions nationales adoptées en application de la présente directive, parmi lesquelles un avis, un avertissement, l'imposition d'une amende administrative, l'ordre de cesser un manquement, le retrait, le rappel ou la mise en conformité d'un produit dangereux, l'ordre d'informer le consommateur ou le public, et le retrait d'une autorisation, d'un permis ou d'une licence.

#### **Article 162. Sanctions pénales**

Les États membres définissent un ensemble de sanctions pénales applicables aux violations les plus graves des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive, parmi lesquelles des amendes, des peines d'emprisonnement, la confiscation des bénéfices illicites réalisés à l'occasion de la violation et la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement commercial.

### **Chapitre 4. Service d'aide juridique au consommateur**

#### **Article 163. Création**

Dans chaque État membre il est créé, auprès de l'institution publique en charge de la protection du consommateur, un Service d'aide juridique au consommateur, doté de la personnalité civile.

#### **Article 164. Missions**

Le Service a pour missions :

- (i) d'informer le consommateur sur ses droits et ses obligations et les recours éventuels dont il dispose ;
- (ii) de conseiller le consommateur dans le choix des procédures de règlement des litiges ;
- (iii) de renseigner le consommateur sur l'existence de recours collectifs intentés en vertu de l'article 158 de la présente directive et les moyens de s'y joindre ;

- (iv) de prendre toute initiative destinée à promouvoir l'accès des consommateurs et des associations agréées de consommateurs au droit et à la justice, notamment en faisant l'avance des frais et des dépens requis par le recours en justice ;
- (v) de soutenir financièrement les recherches et les actions menées par des personnes qualifiées en droit de la consommation dans le but de promouvoir l'accès des consommateurs au droit et à la justice.

#### **Article 165. Administration**

Le Service d'aide juridique au consommateur est administré par un conseil d'administration composé de représentants des associations agréées de consommateurs, de personnes qualifiées en droit de la protection du consommateur, de magistrats et d'un représentant de l'institution publique en charge de la politique de protection du consommateur.

#### **Article 166. Financement**

Les ressources du Service d'aide juridique au consommateur sont constituées par :

- (i) L'indemnité prévue à l'article 158 (1) (iii);
- (ii) Tout ou partie des amendes, administratives ou pénales, ou transactions ou confiscations prononcées en cas de manquement à une disposition nationale adoptée en application des dispositions de la présente directive ;
- (iii) Les subventions et toutes autres ressources acceptées par son conseil d'administration.

### TITRE X DISPOSITIONS FINALES

#### **Article 167. Mesures d'application**

La CEMAC adopte les mesures destinées à la bonne application des dispositions de la présente directive.

#### **Article 168. Codes de bonne conduite et accords collectifs**

Les autorités des États membres sont encouragées à promouvoir la formulation et l'application par les opérateurs économiques, en coopération étroite avec les associations agréées de consommateurs, de codes de bonne conduite ou d'accords volontaires collectifs ayant notamment pour objet l'éducation et l'information du consommateur, les pratiques commerciales, y compris les messages publicitaires, les autres pratiques de commercialisation à caractère promotionnel, les méthodes de vente et de distribution, la protection des données personnelles, les contrats de consommation, les garanties légales et commerciales associées à la vente de produits destinés au consommateur, la sécurité des produits et des services mis à la disposition du consommateur et l'accès de consommateurs à la justice.

**Article 169. Mise en œuvre**

- (1) Les États membres mettent en œuvre toutes les dispositions législatives et réglementaires appropriées en vue de l'application effective de la présente directive un an après son entrée en vigueur.
- (2) La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres maintiennent ou adoptent des mesures accordant au consommateur un degré plus élevé de protection, sous réserve d'en informer la CEMAC.
- (3) Les États membres communiquent à la CEMAC les actes, y compris les projets, afférents à la transposition de la présente directive.

**Article 170. Rapport d'information**

Les États membres communiquent chaque année à la CEMAC les informations nécessaires pour lui permettre d'établir un rapport sur l'application de la présente directive.

**Article 171. Interprétation**

Tout différend entre deux ou plusieurs États membres relevant de l'interprétation de la présente directive que ces États n'auraient pas pu régler par voie de négociation ou par un autre mode de règlement pourra être porté, à la requête de l'un d'eux, devant la Cour de Justice communautaire.

**Article 172. Révision**

- (1) Dans un délai de 5 ans après l'entrée en vigueur de la présente directive, la CEMAC procédera à une évaluation de la présente directive et proposera, si nécessaire, les amendements destinés à garantir un niveau élevé de protection du consommateur.
- (2) Tout État membre ou la CEMAC peut demander la révision de la présente directive. La CEMAC communique la demande de révision à tous les États membres et convoque une commission de révision dans un délai de quatre mois à dater de la notification adressée par elle aux États membres.

**Article 173. Entrée en vigueur.**

La présente directive qui entre en vigueur à compter du lendemain de sa notification aux États membres, sera publiée au Bulletin Officiel de la Communauté.



Ndjamena, le 08 AVR 2019

LE PRESIDENT

*[Signature]*  
Dr. Issa DOUBRAGNE

## DOCTRINE

### *RETOUR SUR LA NATURE DU DROIT DE L'OHADA*

*Pr. Serge Patrick LEVOA AWONA  
Agrégé des Facultés de Droit  
Université de Ngaoundéré (Cameroun)*

Dans un Cours que lui-même qualifia de « cours d'humeur » et même de « mauvaise humeur », le Professeur Alain PELLET dénonçait l'attitude de la doctrine communautariste européenne qui, à des fins purement idéologiques, avait entrepris de « désinternationaliser » le droit communautaire, en soutenant notamment que, malgré ses origines internationales, le droit communautaire avait en quelque sorte échappé à son créateur et n'avait plus rien à voir avec le droit international<sup>1</sup>. L'histoire serait-elle en train de se répéter au sujet des rapports entre le droit de l'OHADA et le droit communautaire ? On est tenté de répondre par l'affirmative.

Le droit communautaire se présente à la fois comme une philosophie

---

<sup>1</sup> A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected courses of the academy of european law*, 1994, vol.2, European university institute, MartinusNijhoffPublishers, p.201 et s.

voire une idéologie et comme une technique juridique. Sur le plan des idées, contrairement au droit international ordinaire qui reste, en dépit de quelques tempéraments et évolutions<sup>2</sup>, fondé sur l'égalité et la souveraineté des Etats<sup>3</sup>, le droit communautaire, pour sa part, est fondé sur l'idée de souveraineté partagée, de mise en commun des souverainetés, ou encore de limitations de souverainetés<sup>4</sup> en vue d'atteindre des objectifs économiques, politiques ou même juridiques, au bénéfice pas seulement des Etats, mais surtout des populations<sup>5</sup>. Comme conséquence sur le plan de la

---

<sup>2</sup> V. par exemple, A. A. CANÇADO TRINDADE, « Quelques réflexions sur l'humanité comme sujet du droit international », *in* Unité et diversité du droit international, *Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, MartinusNijhoffPublishers, 2014, p. 157 et s.

<sup>3</sup> P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2012, p.2 et s. ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2012, p.22 et s.

<sup>4</sup> A. PECHEUL, *Droit communautaire général*, Paris, éd. ellipses, 2002, p.25 et s. ; R. DEHOUSSE, « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », *Pouvoirs*, n°96, Les Cours européennes Luxembourg et Strasbourg, 2001, p.19 et s.

<sup>5</sup> A. MIRON, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre La défense, 2014, p.16-19.

technique juridique, le droit communautaire se singularise par un ensemble de caractères généraux<sup>6</sup> qui ont en commun d'être limitatifs de la volonté des Etats et d'affirmer la place prépondérante de l'individu comme sujet de droit<sup>7</sup>. Il s'agit notamment de l'applicabilité immédiate, de la primauté, de l'effet direct et plus globalement de la constitution du droit communautaire sous la forme d'un ordre juridique autonome.

Créée le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice), l'OHADA, dont l'objectif est d'unifier et de moderniser le droit des affaires de ses pays membres, pouvait difficilement se rallier à la philosophie souverainiste, individualiste et égalitaire du droit international classique. C'est ce qui justifie la place prépondérante qu'occupent dans cette organisation les techniques juridiques usitées en droit communautaire et les abandons substantiels de souveraineté au profit d'institutions communes. On en veut

comme preuve l'article 10 du Traité de l'OHADA qui, s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>8</sup>, met en évidence la règle de la primauté et de l'applicabilité immédiate des Actes uniformes. A cela, il faut ajouter l'effet direct dont sont largement dotées les normes du droit OHADA, l'institution d'une juridiction de cassation commune qui se substitue aux cours suprêmes nationales dans le contentieux du droit de l'OHADA, l'attribution à l'OHADA du pouvoir de légiférer dans le domaine du droit des affaires et l'interdiction corrélatrice faite aux Etats d'y adopter des législations nationales contraires ou identiques aux actes uniformes, etc.

Malgré les emprunts facilement identifiables du droit OHADA au droit communautaire, une partie importante de la doctrine<sup>9</sup> s'est très vite employée à

---

<sup>6</sup> A. SOMA, « Les caractères généraux du droit communautaire », Revue CAMES/SJP, n°001/2017, p.1-10.

<sup>7</sup> C. BLUMANN et L. DUBOUIS, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Lexisnexis, 5<sup>e</sup> éd., 2013, p.65 et s.

---

<sup>8</sup> CJCE, 15 juil. 1964, aff. C-6/64, Costa c/ ENEL, Rec. 1141.

<sup>9</sup> S. DOUMBE-BILLE, « A propos de la nature de l'OHADA », Mélanges offerts à Madjid Benchikh, Paris, Pédone, 2011, p.423 et s. ; P.-G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », Revue de l'ERSUMA, n° spécial, 2011, p.9 et s. ; H. M. MONEBOULOU MINKADA, « Les composantes de l'OHADA à l'épreuve de la systématisme en droit », Revue de l'ERSUMA, n°7, déc. 2017, p.24 et s.

démontrer le caractère profondément original de ce droit, ce qui exclut à son sujet le qualificatif de droit communautaire. Evoquant deux principaux arguments, cette doctrine propose de qualifier le droit OHADA comme un « droit uniforme »<sup>10</sup>, un « droit harmonisé »<sup>11</sup> ou encore un « droit commun »<sup>12</sup>. D'une part, au sujet de la nature juridique de l'institution OHADA, si les organismes de production du droit communautaire s'analysent volontiers comme des communautés économiques ou même politiques, l'OHADA, en revanche, est « une organisation interétatique conçue exclusivement

comme un outil technique. »<sup>13</sup> Sous cet angle, si l'OHADA se rapproche des organisations telles la CIMA ou l'OAPI, elle se distingue cependant des organisations communautaires comme la CEMAC, l'UEMOA, l'Union africaine, l'Union européenne, la CEDEAO, etc.<sup>14</sup> D'autre part, au niveau des objectifs, là encore, l'OHADA comporte bien une originalité incompatible avec la qualification du droit de cette organisation comme un droit communautaire. Dans les organisations où les droits en vigueur sont qualifiés de droit communautaire, les objectifs sont prioritairement d'ordre économique et consistent à la création d'un marché commun, d'une monnaie unique et à sa gestion, à l'élaboration de politiques communes dans des secteurs d'activités déterminés, etc. Tel est le cas de la CEMAC, de l'UEMOA, et même de l'Union européenne. Si, au détour de la réalisation de ces objectifs économiques, on aboutit à une harmonisation ou même à une unification législative, celle-ci reste un

---

<sup>10</sup> V. par exemple, M. BORIS et autres, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2004.

<sup>11</sup> C'est la qualification qui a été premièrement envisagée, compte tenu de la dénomination du Traité de l'OHADA. Cette qualification sera cependant rapidement écartée au profit de celle de droit uniforme, au motif qu'au moyen des actes uniformes, il est plus question d'uniformisation que d'harmonisation. V. : J. PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA Un droit très important et original », *JCP Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, 2004, p.2 ; P.-G. POUGOUE et Y.-R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2008, p.51.

<sup>12</sup> S. DOUMBE-BILLE, *ibid.*, p.433-434.

---

<sup>13</sup> P.-G. POUGOUE, « Notion de droit OHADA », *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy, 2011, p.1209.

<sup>14</sup> P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », *ibid.*, pp.1327-1328.

moyen et ne constitue pas le but de l'organisation. En revanche, dans l'OHADA, l'objectif est d'ordre législatif ou normatif et consiste en l'unification et à la modernisation du droit des affaires de ses pays membres<sup>15</sup>. L'objectif de l'OHADA, qui est normalement juridique, ne devient économique que par voie de conséquence, parce que le droit à unifier c'est le droit des affaires.

Si, de toute évidence, l'originalité du droit de l'OHADA et même de l'OHADA pourrait difficilement être contestée, il n'en va pas de même des conséquences qu'il faudrait en tirer. Est-ce que, sous prétexte de l'originalité de l'OHADA, le droit qui est secrété par cette organisation devrait se réclamer d'une catégorie à part alors même qu'il remplit les conditions pour être qualifié de droit communautaire ?

La réponse à cette question est négative. Les raisons idéologiques ne devraient pas primer sur la technique juridique. L'originalité profonde (du reste indéniable) du droit de l'OHADA

n'empêche nullement sa qualification comme droit communautaire. Il ne s'agit donc pas là de deux situations ontologiquement antinomiques. Il convient, par conséquent, après avoir mis en évidence ce qui confère au droit de l'OHADA la nature de droit communautaire (I), de préciser ensuite quelles en sont les conséquences (II).

### **I- LA NATURE COMMUNAUTAIRE DU DROIT DE L'OHADA**

La nature renvoie à l'ensemble des caractères, des propriétés qui définissent un être, une chose concrète ou abstraite<sup>16</sup>. Evoquer la nature communautaire du droit de l'OHADA revient, par conséquent, à mettre en évidence l'ensemble des caractères et propriétés qui permettent de considérer, techniquement, le droit de l'OHADA comme un droit communautaire (A). Mais, avant d'y arriver, il convient au préalable de montrer la relativité des arguments de la contestation de la nature communautaire du droit de l'OHADA (B).

---

<sup>15</sup> K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », Petites affiches, n°205, 13 oct. 2004, p.4 et s.

---

<sup>16</sup> Le Robert illustré 2012, p.1295

**A- LA RELATIVITE DES ARGUMENTS DE LA CONTESTATION DE LA NATURE COMMUNAUTAIRE DU DROIT DE L'OHADA**

Pour contester la nature communautaire du droit de l'OHADA, deux arguments, qui pourraient être relativisés, sont souvent avancés. Il s'agit de l'argument fondé sur la nature de l'OHADA (1) et de celui fondé sur les objectifs de l'OHADA (2).

**1- La relativité de l'argument fondé sur la nature de l'OHADA**

La contestation de la nature communautaire du droit de l'OHADA sur le fondement de la nature de l'institution OHADA est discutable.

Tout d'abord, il semble que le qualificatif « d'outil technique » qui, pour le moment, est réservé dans la doctrine à l'OHADA ne soit pas incompatible avec la nature communautaire du droit de cette organisation. Dire de l'OHADA qu'elle est un outil technique signifie tout simplement qu'elle est un instrument relevant de la technique juridique et mis au service d'une cause, en l'occurrence, l'unification du droit des affaires de ses pays membres. Toute organisation internationale au service d'une cause,

qu'elle soit politique, économique ou juridique pourrait donc être qualifiée d'outil technique. De ce point de vue, au même titre que l'OHADA, la CEMAC ou même l'UEMOA, volontiers considérées comme des organisations communautaires, sont aussi des outils techniques.

Ensuite, il n'est pas tout à fait exact d'affirmer que l'OHADA ne forme pas une communauté. Le Vocabulaire juridique définit la communauté, de manière générique, comme un « *ensemble de personnes ou d'Etats ayant des intérêts communs* »<sup>17</sup>. Au regard de cette définition, l'intérêt commun servant de base à la formation d'une communauté entre Etats n'est pas seulement d'ordre économique ou politique ; tout type d'intérêt, dès lors qu'il est partagé par plusieurs Etats, pourrait servir de fondement à la formation entre eux d'une communauté. Au même titre que la recherche d'une union économique, la création d'une monnaie unique ou encore l'harmonisation des politiques économiques, la recherche d'une

---

<sup>17</sup> G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 10<sup>e</sup> éd., 2014, p.207.

unification législative pourrait aussi servir de ferment à la formation d'une communauté. L'OHADA, comme les autres organisations d'intégration à vocation économique ou même politique, pourrait donc très bien revendiquer être une communauté, ce qui en ferait par suite une organisation communautaire.

Enfin, en ce qui concerne la nature interétatique de l'institution OHADA, cette affirmation peut également être discutée. Ce n'est pas parce qu'une organisation aurait indiscutablement la nature communautaire qu'elle ne comporte pas en son sein les mécanismes propres aux organisations de coopération. Dans la CEMAC, par exemple, la composition de la Cour de justice communautaire en fait un organe interétatique dans lequel chaque membre est plus considéré comme le représentant de son Etat d'origine. En effet, cette juridiction étant composée de 6 membres, soit 5 juges et un avocat général<sup>18</sup>, il en découle que les propositions de nomination aux fonctions de membres faites par les différents Etats valent en

réalité nomination<sup>19</sup>. Comme par ailleurs le mandat des membres de cette juridiction est de 6 ans renouvelable une fois<sup>20</sup>, il s'ensuit que ceux-ci se sentent plus liés par leur Etat d'origine que par la Communauté. Au même titre que d'autres organisations communautaires, l'OHADA comporte donc en son sein des mécanismes de fonctionnement qui relèvent des logiques de la coopération et de l'interétatisme. Tel est le cas de la règle de l'unanimité énoncée à l'article 8 du Traité en ce qui concerne l'adoption des actes uniformes. Tel est encore le cas du Conseil des ministres qui forme véritablement un organe interétatique, car constitué des représentants des Etats membres<sup>21</sup>. Toutefois, et c'est en cela que l'OHADA mérite la qualification d'organisation communautaire, ce qui domine dans cette organisation, ce sont bien les limitations substantielles de souveraineté au profit des organes communautaires. D'une part, en matière législative, ce sont les actes uniformes qui

---

<sup>18</sup> Art.4 de la Convention régissant la Cour de justice communautaire du 30 janvier 2009.

---

<sup>19</sup> Dans la mesure où la CEMAC compte 6 Etats membres.

<sup>20</sup> Art.4, *ibid.*

<sup>21</sup> S. DOUMBE-BILLE, « A propos de la nature de l'OHADA », p.428-429.

forment l'essentiel de la législation dans le domaine du droit des affaires, ce qui par voie de conséquence entraîne une limitation de la compétence des parlements nationaux. D'autre part, dans le domaine judiciaire, au regard à la fois du mode de désignation de ses juges<sup>22</sup>, du caractère non renouvelable de leur mandat<sup>23</sup> et de la durée de celui-ci<sup>24</sup>, la CCJA constitue un véritable organe d'intégration dont notamment les membres ne sauraient être considérés comme les représentants de leurs Etats. Au niveau fonctionnel, la CCJA est une juridiction de cassation commune à l'ensemble des pays de l'OHADA ; son existence induit donc la mise à l'écart des juridictions nationales de cassation dans les litiges relatifs à l'application du droit de l'OHADA. Il s'agit là d'un abandon de souveraineté qui va largement au-delà de ce qu'autorise la technique du renvoi préjudiciel en vigueur dans les organisations pourtant considérées

comme organisations d'intégration telles la CEMAC, l'UEMOA et l'Union européenne. La technique du recours en cassation telle qu'adoptée par l'OHADA entraîne, en effet, une double substitution au profit de la CCJA : d'abord, celle des juridictions nationales de cassation en cas de recours en cassation dans les litiges relatifs à l'application du droit de l'OHADA ; ensuite, celle des juridictions nationales du fond lorsque, après cassation, la CCJA évoque et statue sur le fond<sup>25</sup>. En revanche, dans la technique du renvoi préjudiciel, les juridictions nationales conservent leur pouvoir de dire le droit et de trancher les litiges relatifs à l'application du droit communautaire, même si ce pouvoir est exercé en coopération avec la cour de justice communautaire qui peut être saisie en cas

---

<sup>22</sup> Aux termes de l'article 32 du Traité, les membres de la CCJA « sont élus au scrutin par le Conseil des ministres sur une liste de personnes présentée à cet effet par les Etats parties. »

<sup>23</sup> Art.31, al.2, du Traité de l'OHADA.

<sup>24</sup> Sept ans. Art.31, al.2, Traité OHADA.

---

<sup>25</sup> N. DIOUF, « Le recours en cassation dans les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes de l'OHADA », L'OHADA Un passé, un présent et un avenir, Compte-rendu des travaux du colloque organisé par le Conseil National des Barreaux, le Barreau de Lyon et l'Organisation internationale de la Francophonie les 24 et 25 avril 2014 à Lyon (France), p.101 et s.

de difficulté d'interprétation sur le sens ou la validité d'une norme communautaire<sup>26</sup>.

## **2- La relativité de l'argument fondé sur les objectifs de l'OHADA**

Pour une partie de la doctrine, l'objectif de l'OHADA, qui est l'unification du droit des affaires de ses pays membres, est incompatible avec la nature ou le caractère communautaire du droit qu'elle secrète. Car, la « *qualification d'une règle ne devrait pas découler de ses effets mais plutôt de son objet et de son but* ». <sup>27</sup> Seul mérite alors le qualificatif de communautaire le droit issu d'organisations dont le but est la création d'un marché commun.

Le rejet de la qualification du droit OHADA comme droit communautaire sur le fondement des objectifs de l'OHADA est critiquable.

En premier lieu, même si l'objectif de l'OHADA n'est pas la création d'un marché commun, on ne peut aller jusqu'à soutenir que les préoccupations d'ordre

économique sont totalement absentes des visées de l'OHADA. Dans le préambule du Traité constitutif de l'OHADA, plusieurs considérations de nature économique sont mentionnées comme ayant servi de fondement à la création de cette organisation. Il s'agit notamment de garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement, de faciliter l'activité des entreprises, de l'établissement d'un courant de confiance en faveur des économies des pays membres de l'OHADA en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique, de l'engagement en faveur de l'institution d'une communauté économique africaine, etc. Or, faut-il le rappeler, en droit international, même si le préambule du traité n'a pas force obligatoire, il constitue cependant un élément utile dans l'interprétation de celui-ci<sup>28</sup>. Bien plus, même si, pour le moment, l'objectif de l'instauration d'un marché commun n'apparaît pas comme objectif direct de l'OHADA, elle en

---

<sup>26</sup> P. KAMTOH, Introduction au système institutionnel de la CEMAC, éd. Afrédit, 2014, p.159 et s.

<sup>27</sup> E. VIGNON, « Peut-on qualifier le droit de l'OHADA de droit communautaire ? », Ohada.com, Ohadata D-10-51, p.3.

---

<sup>28</sup> B. GUEYE, S. N. TALL, M. KAMTO, « Commentaire du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2018, p.22.

constitue cependant l'objectif indirect, lointain ou final, dans la mesure où comme l'affirme avec insistance une partie importante de la doctrine, l'uniformisation du droit des affaires vise à préparer l'avènement « *d'un grand marché dépassant les limites étroites des frontières nationales* »<sup>29</sup>.

En deuxième lieu, on peut regretter que l'argument tiré des objectifs de l'OHADA (comme le précédent qui lui était tiré de la nature de l'institution OHADA) soit fondé sur une analyse de l'institution OHADA et non sur une analyse profonde du droit de l'OHADA lui-même. Pourquoi, en définitive, toujours convoquer l'institution OHADA pour en tirer les conséquences sur la nature de son droit ? N'y a-t-il pas d'arguments pertinents tirés du droit de l'OHADA lui-même, et notamment de ses caractères, qui pourraient contredire sa nature communautaire ? Car, ne l'oublions pas, même si elles pourraient être liées, la question de la nature du droit de l'OHADA (ici au cause) et celle de la nature de

l'OHADA demeurent cependant bien distinctes.

En troisième lieu, bien qu'il soit indéniable que la mise en place d'un marché commun comme objectif d'une organisation d'intégration appelle, pour sa réalisation, un droit de type communautaire et pourrait difficilement s'accommoder des règles classiques du droit international, il reste cependant que, à lui tout seul, l'objectif de la création d'un marché commun ne suffit pas à conclure de manière péremptoire sur la nature communautaire du droit secrété par l'institution d'intégration. Théoriquement, il est parfaitement envisageable qu'une organisation, après avoir affiché l'objectif de création d'un marché commun, choisisse ensuite au niveau des moyens juridiques pour y parvenir, d'avoir recours aux techniques classiques du droit international ordinaire. En guise d'exemple, dans une étude remarquable faite au sujet de la CEMAC, le Professeur Narcisse MOUELLE KOMBI mettait en évidence la situation paradoxale de cette organisation qui, malgré son affichage comme organisation d'intégration, avec notamment pour principal objectif la mise en place d'un marché commun,

---

<sup>29</sup> J. DAVID, Avant-propos de l'ouvrage de P.-G. POUGOUE et Y.-R. KALIEU ELONGO, op. cit., p.18.

fonctionne dans la réalité en faisant une place prépondérante aux mécanismes de coopération et de l'interétatisme<sup>30</sup>.

### **B- LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA NATURE COMMUNAUTAIRE DU DROIT DE L'OHADA**

En disposant que, « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure », l'article 10 du Traité de l'OHADA énumère deux caractères qui font du droit OHADA un droit communautaire. Il s'agit de l'applicabilité immédiate (1) et de la primauté (2), auxquels il faut ajouter l'effet direct (3).

#### **1- L'applicabilité immédiate du droit de l'OHADA**

L'applicabilité immédiate du droit de l'OHADA signifie que ce droit intègre de plein droit l'ordre juridique des Etats membres, sans qu'il soit besoin de respecter au préalable une procédure

spéciale d'introduction et de réception au plan interne.

Au regard de l'article 10 du Traité de l'OHADA, l'applicabilité immédiate du droit de l'OHADA bénéficie d'abord aux actes uniformes. Il en découle que les actes uniformes produisent effet dans l'ordre juridique des Etats membres dès leur entrée en vigueur. Ils n'ont nullement besoin, pour qu'il en soit ainsi, que des mesures nationales de publication, de transposition ou de réception soient prises. L'applicabilité immédiate des actes uniformes suppose bien évidemment que ces textes ont respecté, au regard du droit OHADA, les formalités qui conditionnent leur entrée dans le droit positif. L'applicabilité immédiate des actes uniformes signifie donc plus exactement que, lorsque les formalités qui, du point de vue du droit de l'OHADA, conditionnent leur entrée en vigueur ont été respectées, les actes uniformes intègrent de plein droit l'ordre juridique des Etats, sans qu'il y ait besoin d'accomplir d'autres formalités au plan interne, qu'il s'agisse de mesures de ratification ou de transformation des actes uniformes en

---

<sup>30</sup> N. MOUELLE KOMBI, « L'intégration régionale en Afrique Centrale Entre interétatisme et supranationalisme », in H. B. HAMMOUDA, B. BEKOLO EBE et TOUNA MAMA (dir.), L'intégration régionale en Afrique Centrale Bilan et perspectives, Paris, éd. Karthala, 2003, p.200-229.

normes de droit interne<sup>31</sup>. Dès lors, on peut parfaitement comprendre pourquoi l'article 9 du Traité de l'OHADA précise que la publication des actes uniformes au Journal officiel des Etats parties ou par tout autre moyen approprié n'a aucune incidence sur l'entrée en vigueur de ces textes.

Malgré le silence de l'article 10 du Traité de l'OHADA, l'applicabilité immédiate bénéficie ensuite aux règlements et aux décisions. En conséquence, et à l'image des actes uniformes, les règlements et décisions intègrent directement l'ordre juridique des Etats et y deviennent obligatoires et applicables, sans besoin de passer par une procédure quelconque de réception au plan interne.

En dépit du silence de l'article 10 du Traité de l'OHADA, doivent enfin être d'applicabilité immédiate, les accords conclus entre l'OHADA et d'autres organisations internationales ou entre l'OHADA et des Etats tiers. De tels accords

intègreraient par conséquent directement l'ordre juridique des Etats à partir de leur insertion dans l'ordre juridique OHADA. C'est la solution actuellement retenue par la Cour de justice de l'Union européenne qui affirme que, dès leur conclusion, les accords de la Communauté font partie intégrante de l'ordre juridique communautaire à partir de leur entrée en vigueur<sup>32</sup>. Or, comme le droit communautaire intègre de plein droit les ordres juridiques nationaux, les accords de la Communauté, une fois qu'ils intègrent l'ordre juridique communautaire, font partie du droit applicable sur le territoire de chacun des Etats parties<sup>33</sup>.

L'applicabilité immédiate constitue un trait caractéristique du droit communautaire qui permet notamment de le distinguer du droit international ordinaire. Dans ce dernier droit, la pénétration des règles d'ordre externe dans l'ordre juridique interne est plus ou moins simplifiée selon que l'Etat adhère à la conception moniste ou à la conception

---

<sup>31</sup> P. DIEDHIOU, « L'article 10 du Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ? », Revue de droit uniforme (Unidroit), n°2007-2, ohada.com, Ohadata D-08-05, p.12.

---

<sup>32</sup> CJCE, 30 avril 1974, Haegeman, aff. 181/73, Rec., p.449.

<sup>33</sup>S.-P. LEVOA AWONA, « Réflexions sur l'article 10 du Traité de l'OHADA », Juridis périodique, n°84, 2010, p.158-159.

dualiste des rapports entre droit interne et droit international. En revanche, les rapports entre le droit communautaire et le droit interne sont fondées sur la conception moniste, ce qui permet au droit communautaire, sans intervention de l'ordre juridique interne, de pénétrer directement l'ordre juridique des Etats membres<sup>34</sup>. Comme l'indiquait la Cour de justice de l'Union européenne dans le célèbre arrêt Costa, « *le Traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres (...) et qui s'imposent à leurs juridictions* ».

## **2- La primauté du droit de l'OHADA**

Tous les droits dits communautaires consacrent la règle de la primauté. Il en est ainsi parce que comme le relève à juste titre la doctrine communautariste, la primauté du droit communautaire sur l'ensemble des droits nationaux relève « *d'une véritable nécessité fonctionnelle* »<sup>35</sup> ou encore

d'une « exigence existentielle »<sup>36</sup>. En effet, au-delà des fondements législatifs ou même jurisprudentiels qu'on pourrait avancer, la primauté du droit communautaire est fondée sur la nécessité de permettre aux organisations dites communautaires d'atteindre leurs objectifs. Le marché commun serait-il encore réalisable si la législation communautaire peut être modifiée ou abrogée par les législations nationales ? Dans l'OHADA, l'objectif d'uniformisation du droit des affaires des pays membres aurait-il encore un sens si, au niveau des législations nationales, le droit de l'OHADA peut être modifié ou contrarié par les parlements ou les exécutifs nationaux ? Compte tenu des buts des organisations d'intégration, le droit qu'elles secrètent ne peut donc être imaginé autrement que supérieur aux droits nationaux.

Même si elle est aussi connue du droit international ordinaire, la primauté

---

<sup>34</sup> R. KOVAR, « Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », in Trente ans de droit communautaire, Bruxelles-Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, p.140.

<sup>35</sup> J.-P. PUISSOCHET, « La Cour de justice des communautés européennes et les Constitutions des Etats membres », in La Constitution face à

---

l'Europe, Paris, La documentation française, Coll. Droit et démocratie, 2000, p.77.

<sup>36</sup> P. PESTACORE, L'ordre juridique des Communautés européennes Etude des normes du droit communautaire, Presses universitaires de Liège, 1975, p.227.

revêt, en droit communautaire, une signification particulière.

La primauté du droit international sur le droit interne est une primauté atténuée dans la mesure où le droit international « *pose sa primauté dans la sphère internationale mais ne comporte aucune exigence quant à sa primauté dans la sphère interne* »<sup>37</sup>. En d'autres termes, le droit international se contente de poser sa primauté sans indiquer, au plan interne, les exigences qui découlent de cette primauté. De cette primauté atténuée, il découle deux conséquences. D'une part, en cas d'incompatibilité ou de contrariété entre une norme interne et une norme internationale, le juge ou l'arbitre international déclare la première inopposable au plan international sans l'annuler<sup>38</sup>. D'autre part, cette inopposabilité n'implique nullement l'invalidation de la norme interne. Le droit international admet par conséquent l'existence, au plan interne, de normes qui lui sont contraires ou incompatibles.

---

<sup>37</sup> A. BERRAMDANE, La hiérarchie des droits. Droits interne et droit européen et international, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p.34.

<sup>38</sup> CIJ, 6 avril 1955, affaire Nottebohm.

En revanche, la primauté du droit communautaire est une primauté renforcée, car ce droit affirme sa primauté et l'impose au droit interne. C'est ainsi que dans l'OHADA, la plupart des actes uniformes comportent des dispositions dites abrogatoires qui prévoient justement l'abrogation des législations nationales contraires ou identiques et interdisent, pour l'avenir, l'adoption de législations identiques ou contraires à leurs stipulations<sup>39</sup>. De sorte que, tout au moins théoriquement, il est impossible d'envisager au plan interne, la coexistence des actes uniformes avec des législations nationales qui leur soient contraires.

En droit OHADA, parce qu'elle trouve son fondement dans l'article 10 du Traité, la primauté bénéficie premièrement et sans conteste aux actes uniformes. C'est ce que confirme la CCJA dans un important avis rendu en 2001 et dans lequel cette juridiction affirme que l'article 10 institue la suprématie des

---

<sup>39</sup> V. par exemple, l'art. 112 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, l'art.396 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, l'art.336 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, etc.

actes uniformes sur les dispositions de droit interne antérieures et postérieures<sup>40</sup>. Compte tenu de l'objectif de l'OHADA qui est l'uniformisation du droit des affaires de ses pays membres, la primauté du droit de l'OHADA devrait ensuite, sans difficulté, être étendue à l'ensemble de ce droit : Traités, règlements, décisions.

La primauté du droit de l'OHADA s'applique à l'ensemble du droit interne. Sont ainsi soumises à la primauté du droit de l'OHADA, non seulement les normes législatives et réglementaires, mais aussi les normes constitutionnelles. A titre de droit comparé, la Cour de justice de l'UEMOA affirme clairement que la primauté des normes communautaires « s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales, administratives, législatives, juridictionnelles ou même constitutionnelles, parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux... »<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Avis n°001/2001/EP, Ohadata D-04-12, p.19 et s., obs. J. ISSA-SAYEGH.

<sup>41</sup> Avis n°001/2003 du 18 mars 2003.

### **3- L'effet direct du droit de l'OHADA**

L'effet direct constitue le troisième caractère qui permet de conclure sur la nature communautaire du droit de l'OHADA. Consacré en droit de l'Union européenne par l'arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963<sup>42</sup>, le principe de l'effet direct désigne l'aptitude du droit communautaire à créer directement des droits ou des obligations dans le chef des particuliers, soit dans leurs relations réciproques (auquel cas on parle d'effet direct horizontal), soit dans leurs relations avec les Etats membres (auquel cas on parle d'effet direct vertical)<sup>43</sup>.

En réalité, même si elle forme un caractère inhérent au droit communautaire, l'effet direct n'est cependant pas inconnu du droit international. La CPIJ, par exemple, affirme que : « l'on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes puisse être l'adoption par les parties, de règles déterminées, créant

---

<sup>42</sup> CJCE, aff. 26/62, Rec. 1.

<sup>43</sup> C. BLUMAN et L. DUBOUIS, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Lexisnexis, 5<sup>e</sup> éd., 2013, n°692.

*des droits et des obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux».*<sup>44</sup> Toutefois, contrairement au droit international où l'effet direct s'analyse comme une exception, les traités ordinaires étant présumés n'engendrer des droits et des obligations qu'à l'égard des Etats parties, en droit communautaire, c'est l'ensemble de ce droit « *qui possède virtuellement une aptitude à produire des effets affectant le patrimoine juridique des sujets de droit* »<sup>45</sup>.

L'article 10 du Traité et la CCJA dans son avis du 30 avril 2001 ne mentionnent pas l'effet direct des actes uniformes ou des autres normes de droit OHADA. Il est néanmoins indéniable que, compte tenu des objectifs et du domaine matériel de l'OHADA, le droit de cette organisation est doté de l'effet direct. En effet, l'objectif de l'OHADA étant l'unification du droit des affaires de ses

---

<sup>44</sup> Avis du 3 février 1928, Compétence des tribunaux de Dantzig.

<sup>45</sup> D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », SFDI, Colloque de Bordeaux sur le thème Droit international et droit communautaire Perspectives actuelles, Paris, Pédone, 2000, p.238.

Etats membres, il en découle que le droit de l'OHADA s'adresse prioritairement aux particuliers, dans leurs relations réciproques et dans leurs relations avec l'Etat.

L'effet direct du droit communautaire a pour corollaire son invocabilité, « *c'est-à-dire la possibilité pour les justiciables de se prévaloir des droits issus du droit communautaire devant les juridictions nationales, et de l'obligation corrélative pour ces dernières de protéger ces droits* ».<sup>46</sup>

## **II- LES CONSEQUENCES DE LA NATURE COMMUNAUTAIRE DU DROIT DE L'OHADA**

Comme dans d'autres législations communautaires, la nature communautaire du droit OHADA entraîne deux conséquences. D'une part, la controverse sur l'appartenance ou non du droit OHADA au droit international ; d'autre part, l'existence d'un ordre juridique OHADA.

---

<sup>46</sup>Ibid.

## **A - LA CONTROVERSE SUR L'APPARTENANCE DU DROIT OHADA AU DROIT INTERNATIONAL**

Dans l'OHADA, ce n'est pas seulement l'appartenance du droit de cette organisation à la famille du droit communautaire qui est remise en cause. A l'image du droit de l'Union européenne, auquel les Communautaristes extrêmes réfutent la nature de droit international, une partie de la doctrine en droit OHADA rejette toute qualification du droit OHADA comme un droit international. S'inspirant de la distinction opérée par le Professeur Denys SIMON<sup>47</sup>, on pourrait donc dire qu'en l'état actuel, deux thèses s'affrontent : celle de la banalisation (1) et celle de la spécificité (2) du droit de l'OHADA.

### **1- La thèse de la banalisation du droit de l'OHADA**

Même si elle emprunte beaucoup aux techniques du droit communautaire, l'OHADA a, à la base de sa création, un traité, ce qui, amplement, justifie son ancrage dans le droit international et sa qualification d'ordre juridique de droit international.

---

<sup>47</sup> Ibid., p.211.

Du point de vue de l'*instrumentum* et plus généralement des règles de forme et de procédure, on ne saurait d'ailleurs soutenir que le Traité OHADA se distingue des autres traités du droit international. Au Traité OHADA s'applique notamment et sans difficulté particulière la définition qu'en donne l'article 2, paragraphe 1 (a), de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 : « *L'expression traité s'entend d'un accord conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes* ». Signé en marge de la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement des pays membres de la zone franc, le Traité OHADA a ensuite été ratifié par les Etats membres conformément à leurs procédures constitutionnelles<sup>48</sup>, ce qui a permis son entrée en vigueur le 18 septembre 1995. Gouvernement dépositaire du Traité, le gouvernement du Sénégal doit, à ce titre, l'enregistrer auprès du Secrétariat de l'Union africaine et auprès du Secrétariat des Nations unies conformément à l'article 102 de la Charte des Nations

---

<sup>48</sup> Art. 52 du Traité.

unies. Comme bien d'autres traités, le Traité de l'OHADA est ouvert à l'adhésion de nouveaux Etats membres. Ceux-ci peuvent être membres de l'Union africaine ou non<sup>49</sup>. S'agissant d'un traité dont le but est la création d'un espace juridique unifié, toute possibilité d'émettre des réserves au moment de la ratification ou de l'adhésion a été formellement exclue<sup>50</sup>. Enfin, même s'il est conclu pour une durée illimitée<sup>51</sup>, le Traité OHADA peut être amendé, révisé et même dénoncé.

Il est vrai, du point de vue du *negotium*, le Traité de l'OHADA ne manque pas d'originalité. Ce traité forme, selon les termes de la Cour de justice de l'Union européenne, la « *charte constitutionnelle d'une communauté de droit* »<sup>52</sup>. Il porte ensuite création d'une organisation internationale particulière au regard du droit international. En effet, si « *dans la plupart des cas, les organisations internationales restent pour l'essentiel des*

*structures de coopération au fonctionnement desquelles chaque Etat participe, sans renoncer pour autant à exercer ses compétences propres dans le même domaine* »<sup>53</sup>, l'OHADA, elle, forme une organisation dont l'objet spécifique et les méthodes induisent, de la part des pays membres, des renoncements à exercer des compétences propres dans l'énonciation et dans l'application du droit des affaires. Toutefois, bien qu'indéniable, l'originalité du Traité de l'OHADA au niveau du *negotium* suffit pas à remettre en cause l'appartenance du droit OHADA au droit international. Malgré son objet et sa spécificité, le traité à l'origine de l'OHADA est parfaitement rattachable au droit international public. Les « *fondements juridiques internationaux* »<sup>54</sup> du droit OHADA en font un droit qui demeure dans l'orbite du droit international, constitue une branche du droit international.

L'ancrage indiscutable du droit de l'OHADA dans le droit international doit cependant être bien compris. Certes, il signifie l'applicabilité à l'OHADA des règles

---

<sup>49</sup> Art. 53 du Traité.

<sup>50</sup> Art. 54 du Traité.

<sup>51</sup> Art. 62 du Traité.

<sup>52</sup> Avis 1/91, Rec. I. 6079, cité par A. PELLET, op. cit., p.207.

---

<sup>53</sup> P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, Droit international public, op. cit., p.169.

<sup>54</sup> A. PELLET, op. cit.

du droit international, mais il n'induit cependant pas une application totale du droit international public à l'OHADA. Malgré l'appartenance du droit OHADA au droit international, il n'y a pas identité des deux droits. Seules sont applicables à l'OHADA les règles du droit international qui épousent et se conforment à la philosophie et aux ambitions de cette organisation.

## **2- La thèse de la spécificité du droit de l'OHADA**

Un des auteurs qui conteste l'appartenance du droit OHADA au droit international public affirme : « *Sur le plan de la validité, le traité du droit international public est assujéti à trois conditions : ratification, publication et réciprocité dans l'application. Or le traité OHADA ne fait de la réciprocité dans l'application, une condition de validité.* »<sup>55</sup> Ensuite, contrairement au droit international public, dont l'objet est « *la régulation des rapports entre sujets du droit international orientée vers l'application des normes de droit*

*public* »<sup>56</sup>, le Traité OHADA, pour sa part, « *a pour objet, l'harmonisation du droit des affaires, un droit d'obédience privatiste* ». <sup>57</sup>

En droit international, la condition de réciprocité n'est évidemment pas discutable comme variable importante dans l'application des traités<sup>58</sup>. Mais, il ne s'agit cependant pas d'une condition absolue, invocable dans tous types de traités. Pour bon nombre de traités, le non-respect par un Etat à un traité de ses obligations n'autorise pas les autres à ne pas respecter les leurs. Tel est le cas en matière de droits de l'homme, en droit communautaire, en droit humanitaire<sup>59</sup>. L'inapplication de la règle de la réciprocité en droit OHADA n'induit donc pas une disqualification de ce droit comme droit international puisque, le droit international lui-même admet les

---

<sup>55</sup> H.M. MONEBOULOU MINKADA, « Les composantes de l'OHADA à l'épreuve de la systématité en Droit », op. cit., p.23.

---

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> M. VIRALLY, « La réciprocité dans le droit international », Rec. des cours de l'académie de droit international de la Haye, 1967, III, Leyde, A.W. Sijthaff, vol. 122, 1969.

<sup>59</sup> J. COMBACAU et S. SUR, Droit international public, op. cit., p.196.

exceptions ou limitations à la règle de la réciprocité.

En ce qui concerne l'effet direct des traités, c'est-à-dire leur aptitude à créer des droits et des obligations dans le patrimoine des particuliers et directement invocables devant les juridictions nationales et même internationales, il ne s'agit pas là d'une situation qui est ignorée du droit international public. Même si elles ne constituent pas le principe et sont aussi les moins nombreuses, les conventions de droit privé forment une réalité indéniable et font incontestablement partie du droit international public. Au demeurant, même si quantitativement, l'essentiel des droits et obligations générés par le Traité de l'OHADA, les actes uniformes, les règlements et les décisions sont faits pour le compte du patrimoine des particuliers, il n'en reste pas moins que ces mêmes textes génèrent aussi des droits et des obligations à l'égard des Etats membres en leur qualité de partie contractante, obligations et droits qui par ailleurs sont parfaitement rattachables aux normes de droit public. Tel est le cas de l'essentiel des dispositions du Traité, de certaines

dispositions des actes uniformes<sup>60</sup> ou des règlements<sup>61</sup>.

La spécificité du droit OHADA ne saurait donc signifier que ce droit ne soit d'aucune manière rattachable au droit international public. La différence qui existe entre le droit de l'OHADA et le droit international ordinaire est non pas une différence de nature mais une différence de degré. La plupart des mécanismes juridiques qui pourraient être invoqués à l'appui d'une thèse de la spécificité du droit OHADA par rapport au droit international public sont aussi connus par ce dernier. Il en est ainsi de l'applicabilité immédiate, de l'effet direct, de la primauté ou encore de l'exclusion de la règle de la réciprocité. Néanmoins, reprenant à son compte ces mécanismes

---

<sup>60</sup> V. par exemple, l'art. 29, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution : « *L'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires* ». « *L'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires* ».

<sup>61</sup> V. par exemple, l'art. 46-1 du Règlement de procédure de la CCJA : « *La formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le gouvernement de chacun des Etats parties désignera à cet effet et dont il donnera connaissance à la Cour* ».

classiques du droit international, le droit de l'OHADA en retient une déclinaison particulière, en déphasage avec les idées dominantes du droit international public. Il en est ainsi parce que, comme pour tout droit communautaire, dans l'OHADA, la souveraineté des Etats n'est pas une fin en soi mais un moyen mis au service d'une finalité qui lui est supérieure : l'unification du droit des affaires des pays membres.

## **B- L'EXISTENCE D'UN ORDRE JURIDIQUE OHADA**

Comme la plupart des législations communautaires, le droit de l'OHADA forme un ordre juridique dont le trait caractéristique majeur est l'autonomie. Avant d'étudier dans le détail l'autonomie de l'ordre juridique OHADA (2), il convient au préalable de préciser les composantes de cet ordre juridique (1).

### **1- Les composantes de l'ordre juridique OHADA**

Le Professeur Charles LEBEN définit l'ordre juridique comme *« l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement*

*d'une communauté humaine »*<sup>62</sup>. Grâce à une combinaison des théories institutionnelle et normativiste de l'ordre juridique, cette définition met en évidence deux principaux éléments qui conditionnent l'existence de l'ordre juridique : d'un côté, une communauté humaine et, de l'autre, un ensemble de règles juridiques structuré en système et régissant l'existence et le fonctionnement de ladite communauté.

A l'analyse de l'OHADA, les deux composantes qui sont nécessaires à la matérialisation d'un ordre juridique sont présentes<sup>63</sup>. D'une part, à la question de savoir si l'OHADA forme un ordre social organisé susceptible de donner naissance aux normes, la réponse est résolument positive. En effet, la communauté humaine à la base de l'ordre juridique *« peut regrouper directement les personnes, par exemple l'ordre juridique étatique, ou les regrouper de façon médiate seulement, comme la communauté des Etats de l'ordre juridique*

---

<sup>62</sup> « De quelques doctrines de l'ordre juridique », Droits, n°33, 2001, p.20.

<sup>63</sup> P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », op. cit., p.1328.

*internationale* »<sup>64</sup>. Il n'y a donc véritablement pas d'obstacle à considérer que l'OHADA forme une communauté humaine. D'autre part, l'OHADA forme un système organisé de règles de droit dont la force juridique, les modalités de création et d'application obéissent à une logique propre. C'est ainsi qu'au sommet de la hiérarchie des normes OHADA, on a le traité instituant cette organisation et qui joue le rôle d'une véritable charte constitutionnelle de laquelle découle tout le reste de l'ordonnement juridique. Après le traité, il y a les actes uniformes qui sont l'outil normatif par lequel, législativement, l'OHADA entend principalement réaliser ses ambitions. C'est ce qui justifie la force juridique particulière qui leur est expressément reconnue par l'article 10 du Traité. En plus du Traité et des actes uniformes, l'ordonnement juridique de l'OHADA est complété par les règlements et décisions. En ce qui concerne l'application du droit OHADA, il existe également une organisation juridictionnelle structurée et hiérarchisée dont la finalité est de garantir l'effectivité de ce droit. Au sommet de la

hiérarchie juridictionnelle OHADA, il y a la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) dont le rôle consiste à unifier l'interprétation et l'application du droit OHADA par les institutions et organes communautaires et les Etats membres<sup>65</sup>. Au premier degré de juridiction et en appel, l'interprétation et l'application du droit OHADA sont assurées par les juridictions nationales qui, par la technique du dédoublement fonctionnel, font office de juridictions communautaires du fond<sup>66</sup>.

## **2- L'autonomie de l'ordre juridique OHADA**

L'autonomie du droit communautaire signifie que ce droit « *constitue un système relativement complet, relativement clos, dans ses sources, dans son contenu et dans son contrôle juridictionnel et que ce droit se différencie des autres types de droit, qu'il s'agisse du droit international classique ou*

---

<sup>64</sup> C. LEBEN, *ibid.*

---

<sup>65</sup> S.-P. LEVOA AWONA, « Cour commune de justice et d'arbitrage », *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy, 2011, p.585-629.

<sup>66</sup> H. TCHANTCHOU, « L'obligation du juge national face au droit communautaire de l'OHADA », *L'obligation*, Etudes offertes au professeur Paul-Gérard Pougoué, Harmattan Cameroun, 2015, p.965 et s.

*des droits nationaux* »<sup>67</sup>. A l'analyse, les différentes composantes de l'ordre juridique OHADA mettent en exergue l'autonomie de cet ordre juridique non seulement vis-à-vis des ordres juridiques internes mais aussi par rapport à l'ordre juridique international. Ainsi, contrairement à la communauté humaine des différents Etats membres qui, justement, est étatique, celle de l'OHADA est trans-étatique, dans la mesure où elle regroupe plusieurs Etats. La communauté humaine de l'OHADA se distingue ensuite de celle du droit international ordinaire, car si en droit international la « communauté humaine » est surtout composée des Etats, en droit OHADA comme dans la plupart des législations communautaires, l'individu et les personnes privées en général occupent une place importante. En ce qui concerne le système juridique OHADA, l'objet spécifique de cette organisation induit des différences notables entre son traité fondateur et le droit international ordinaire. C'est ainsi que, contrairement aux traités internationaux ordinaires dans lesquels l'application de la règle de la

réciprocité est le principe, en droit OHADA, cette règle est exclue. Ensuite, contrairement aux traités internationaux ordinaires dont la primauté, en droit interne, s'inscrit dans le cadre des dispositions constitutionnelles relatives aux rapports entre le droit international et le droit interne<sup>68</sup>, la primauté du droit de l'OHADA tire son fondement de l'article 10 du Traité, ce qui en fait une primauté renforcée et qui s'impose à l'ensemble du droit interne.

Même si elle est réelle, l'autonomie de l'ordre juridique OHADA est cependant relative. Sur les plans législatif et juridictionnel, l'efficacité de l'ordre juridique OHADA est grandement tributaire des ordres juridiques nationaux des différents Etats membres. L'effectivité du droit de l'OHADA n'est possible que si ce droit est accepté et appliqué par les différents acteurs en charge du fonctionnement des ordres juridiques nationaux. En d'autres termes, en l'absence du concours des différents Etats

<sup>67</sup> J. MEGRET, « La spécificité du droit communautaire », RIDC, n°3, 1967, p.166.

<sup>68</sup> V. par exemple, l'art. 45 de la Constitution du Cameroun qui dispose : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

membres, le droit de l'OHADA serait un droit abstrait, impuissant, voué de ce fait à l'ineffectivité. A leur tour, les ordres juridiques nationaux sont dépendants de l'ordre juridique OHADA pour la réalisation d'objectifs importants mais qu'individuellement ils seraient incapables d'atteindre. Malgré les bienfaits d'une unification du droit des affaires, quel pays membre de l'OHADA pouvait à lui tout seul réaliser cet objectif ? L'interdépendance indéniable entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique OHADA incitent alors à privilégier une approche harmonieuse des rapports entre eux. Les caractères généraux du droit communautaire (effet direct, primauté, applicabilité immédiate), souvent analysés à tort comme contraires à la souveraineté des Etats<sup>69</sup>, sont en réalité l'expression de celle-ci. Ce sont les Etats membres de l'OHADA qui ont volontairement consenti à des limitations de souveraineté. Les caractères du droit

communautaire source de limitation de la souveraineté des Etats sont par conséquent exercés par ceux-ci de leur souveraineté. Si on prend l'exemple de la primauté du droit OHADA en vigueur sur l'ensemble du droit interne, y compris la Constitution, elle ne saurait constituer une atteinte à la souveraineté des Etats, dès lors qu'à la base, les Etats y ont formellement consenti en adhérant au Traité OHADA.

---

<sup>69</sup> Pour un exemple d'analyse de la primauté du droit communautaire comme contraire à la souveraineté des Etats, v. A. ONDOUA, Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France L'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne, Paris, L'Harmattan, 2001, p.159 et s.

**« L'HUMANISATION » DU LIEN  
CONTRACTUEL DANS LE PROJET OHADA DE  
DROIT DES OBLIGATIONS**

Dr Fabrice Roland BIKIE  
Chargé de cours  
FSJP/Université de Yaoundé II  
[bifaro13@yahoo.fr](mailto:bifaro13@yahoo.fr)

**RESUME**

*La matière contractuelle, au regard de la rapidité des évolutions économiques, sociales et politiques révèle les dangers d'une conception figée du lien contractuel qui ignorerait les influences internes et externes. De plus en plus, sous la pression de la doctrine et de la jurisprudence, la nécessité de réguler les relations sociales incite à la recherche d'un droit plus juste, altruiste et partant humanisé. Dans cette logique, une application humaine des règles juridiques fait émerger à côté du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, de nouveaux principes forts qui véhiculent l'idée d'humanisation. Le Projet OHADA de droit des obligations dans ce que l'on pourrait qualifier d'assouplissement du dogme volontariste, consacre en guise de principe, l'interchangeabilité des notions de bonne foi et d'équité. Seulement, une analyse pointilleuse dudit Projet, dévoile malgré cette option affirmée pour « l'humanisation » du lien contractuel, des résistances et même des contradictions qui traduisent une permanence inquiétante de l'individualisme juridique en droit des contrats.*

**Mots-clés :** Humanisation – Equité – Bonne foi – Justice – Solidarisme – Individualisme

**SUMMARY**

*Contractual matters, given the rapid pace of economic, social and political developments, reveal the dangers of a fixed conception of the contractual relationship that ignores internal and external influences. More and more, under the pressure of doctrine and jurisprudence, the need to regulate social relations encourages the search for a more just, altruistic and therefore humanized right. In this perspective, a human application of legal rules brings out, alongside the respect for public order and good morals, new strong principles that convey the idea of humanization. The OHADA project on the law of obligations in what could be described as a relaxation of voluntarist dogma, establishes as a principle the*

*interchangeability of the notions of good faith and equity. Only, a serious analysis of the project reveals despite the idea of "humanization" of the contractual relationship, resistance and even contradictions that reflect a disturbing permanence of legal individualism in contract law.*

**Key-words:** Humanization – Equity – Good faith – Justice – Solidarity – individualism

La tradition contractuelle traverse ces derniers temps une zone de turbulences qui ébranle ses fondements les plus solides. Le champ contractuel semble être devenu un foyer de tensions et même de contradictions au regard de l'opposition des arguments des doctrines idéologiques qui s'y affrontent. La théorie générale du contrat a principalement connu l'affrontement entre la conception individualiste fortement adossée sur le libéralisme économique et la conception solidariste qui prend en compte les variations des situations et les vulnérabilités diverses au nom d'une certaine moralisation<sup>1</sup> et bien plus, d'une humanisation du rapport contractuel. Le point d'achoppement étant le contenu et l'étendue de la force obligatoire des conventions. Si la philosophie individualiste a fortement influencé le contrat avec le dogme de l'autonomie de

<sup>1</sup> ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Thémis droit, PUF, 2013, pp. 434 et s.

la volonté<sup>2</sup>, les limites inhérentes à sa pertinence vont rapidement faire émerger une critique de l'individualisme juridique. En effet, face aux inégalités et injustices véhiculées par l'individualisme, une nouvelle philosophie ayant pour socle la différence naturelle des contractants qu'il faut rapidement corriger au besoin, avec l'interventionnisme voire le dirigisme étatique va s'imposer : le solidarisme. Désormais, au nom de la recherche de l'équilibre contractuel et partant d'une meilleure justice contractuelle, des principes forts vont quitter le nuage sinueux de la jurisprudence et de la doctrine pour s'insérer dans le droit écrit des contrats<sup>3</sup>. La prise en compte de ces évolutions a conduit récemment à la consécration textuelle de plusieurs changements<sup>4</sup> en droit des contrats à

travers l'adoption en France de l'ordonnance du 10 février 2016. Il en est ainsi de l'ordre public, de la loyauté, de la bonne foi et de l'équité. Ces principes ont pour grand mérite de canaliser les dérives de la liberté en encadrant le comportement des contractants dans l'usage des prérogatives contractuelles<sup>5</sup>. Dans le cadre de cette réflexion, nous nous attardons particulièrement sur l'évaluation des techniques et mécanismes d'humanisation des rapports de droit en matière contractuelle dans un texte spécifique notamment, le projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA.

Humaniser c'est rendre propice à l'épanouissement de l'être humain, à sa prospérité. « L'humanisation » apparaît donc comme cette approche fondée sur la promotion et la protection des droits de l'homme. Une

---

<sup>2</sup> MONTERO E. et DEMOULIN M., « La formation du contrat depuis le code civil : un régime en mouvement sous une lettre figée », <http://www.crid.be/pdf/public/4563.pdf>, consulté le 05 avril 2019, p. 3 ; MONEBOULOU MINKADA H. M., « La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle », *Revue de l'ERSUMA*, n°6, 2016, pp. 96 et s.

<sup>3</sup> LEFEBRE B., « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *Les Cahiers de droit*, 37(1), 1996, p. 23.

<sup>4</sup> Lire LIVRE BLANC « Les grandes lignes de la réforme du droit des contrats – ordonnance du 10

---

février 2016 », éd. FRANCIS LEFEBRE, juillet 2016, <https://boutique.efl.fr/livre-blanc-grandes-lignes-reforme-du-droit-des-contrats>, consulté le 05 mai 2019.

<sup>5</sup> IBARA R., *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai d'une théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, Thèse de doctorat en droit, Univ. De Poitiers, 2012, p.739.

réflexions sur « l'humanisation du contrat » revient à interroger la place de l'être humain au cœur des logiques contractuelles qui ont plutôt une essence capitaliste. En réalité, le contrat étant l'instrument moderne par excellence d'échange, il est évident qu'il ne saurait être instrumentalisé au détriment d'une partie puisque telle n'est pas sa vocation primordiale. Il faut donc y censurer l'arbitraire. Seulement, de par sa nature d'acte juridique « onéreux », le contrat dégage un certain impérialisme dont les affres ont conduit à la multiplication d'outils propres à l'humanisation des rapports. Parmi ces outils qui visent tantôt à compléter, tantôt à corriger le droit se trouvent en bonne place l'équité et la bonne foi.

L'équité, terme peu et mal défini, en raison de sa polysémie est susceptible de plusieurs acceptions qui loin de s'opposer se complètent. D'abord l'équité est synonyme d'égalité, de juste milieu de sorte que ce qui est recherché ici c'est que chaque partie reçoive selon la philosophie d'Aristote, « l'équivalent de ce qu'il

transmet »<sup>6</sup>. Plus loin, le même penseur, définit l'équité comme la rectification du droit qui comporte de par son universalité de nombreuses failles<sup>7</sup>. Ensuite, l'équité apparaît comme une méthode d'individualisation orientée vers la modération. L'équité agissant alors pour atténuer, assouplir, les rigueurs extrêmes du droit positif<sup>8</sup>. La bonne foi quant à elle, tout comme l'équité est un concept flou, une norme qui introduit dans le droit un élément moral<sup>9</sup>. Ce principe expansionniste, en ce sens qu'il traverse désormais de bout en bout le champ contractuel, consiste pour chacune des parties à ne pas surprendre la confiance qu'elle a suscitée en contractant<sup>10</sup>. Ainsi, au nom de la bonne foi, un contrôle des

---

<sup>6</sup> CHAZAL J. P., « Justice contractuelle », *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 7 et s.

<sup>7</sup> NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en droit civil », *RIDC*, Vol.16, n°2, 1964, pp. 289 et s.

<sup>8</sup> MAGDI SAMI ZAKI, « Définir l'équité », *Archives de philosophie de droit*, Dalloz, 1990, 35, p. 89.

<sup>9</sup> PHILIPPE D., « La bonne foi dans la formation du contrat en droit belge », dans *La bonne foi, travaux de l'association Henri Capitant, Journées Louisianaises*, tome XLIII, 1992, Paris, Litec, 1994, à la p. 61.

<sup>10</sup> MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations*, 3<sup>ème</sup> éd., Défrénois, 2007, pp. 385 et s.

pouvoirs des parties au contrat s'est développé de sorte à éviter les abus pour préserver un minimum de cohérence dans les dynamiques contractuelles.

De toute évidence, l'équité et la bonne foi sont deux principes intimement liés, qui servent à relier les principes juridiques aux notions fondamentales de justice<sup>11</sup>. Par conséquent, ils ont pour dénominateur commun de surveiller l'économie « concrète » du contrat<sup>12</sup>.

L'intérêt que nous portons à ce questionnement réside en ce que les termes de l'humanisation du rapport contractuel demeurent à ce jour controversés et même contestés aussi bien au niveau des textes nationaux respectifs qu'au niveau des textes internationaux sur le droit des contrats. En réalité, l'équité et la bonne foi, en affaiblissant toute croyance en la toute-puissance de la volonté, de sorte à préserver l'harmonie sociale procèdent de l'écroulement des dogmes issus de la

---

<sup>11</sup> CROTEAU N., « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *RDUS* 26, 1996, p. 406.

<sup>12</sup> ARSAC-RIBEYROLLES A., *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse de doctorat en droit, Univ. de Clermont I, 2005, pp. 12 et s.

théorie traditionnelle du droit des contrats selon lesquels, « la sécurité et la stabilité des conventions résident dans le respect absolu de la parole donnée ». Une relecture des principes d'intangibilité et de force obligatoire s'impose désormais dans le champ contractuel<sup>13</sup> car comme l'affirme GOUNOT, « en matière de contrat, il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice. La liberté n'est qu'un moyen en vue du juste ; elle ne repose que sur une présomption de justice »<sup>14</sup>.

*Alors, quel est le degré de prise en compte du concept « d'humanisation » dans le Projet OHADA de droit des obligations ici dénommé « Projet » ? Autrement dit, quels sont les contours de la pénétration de l'idée « d'humanisation » dans ledit Projet ?* L'objectif ici est d'apprécier et même d'évaluer l'intensité de la pression

---

<sup>13</sup> DARANKOUM E. S., « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 244.

<sup>14</sup> GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912.

des principes tels que l'équité et la bonne foi sur la force obligatoire dans ledit Projet.

Un double constat est perceptible. Le législateur OHADA du droit des obligations à la recherche d'une humanisation du contrat, admet une certaine flexibilité contractuelle bien que cette dernière soit vigoureusement écorchée par la prégnance de l'option pour une efficacité économique du contrat.

### **I - « L'HUMANISATION » AVEREE A TRAVERS LA PONDERATION DE LA RIGIDITE CONTRACTUELLE**

La théorie de l'autonomie de la volonté qui a présidée aux fondements de la théorie du contrat, qualifiée de dogme par de nombreux auteurs<sup>15</sup>, a été reprise dans le Projet OHADA des obligations assortie d'amoindrissements évidents. L'affirmation des principes humanisant (A) couplée d'une intervention prononcée du

---

<sup>15</sup> WEILL A. et TERRE F., *Droit civil – les obligations*, Dalloz 1986, pp. 57 et s.; CHARPENTIER ELISE M., *L'équilibre des prestations : une condition de la reconnaissance de la force obligatoire du contrat ?* Thèse de doctorat en droit, Université McGill, 2001, 389 p.; LEFEBRE B., « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *op.cit.*, p. 19.

juge dans le contrat (B) révèlent la percée de l'idéologie sociale dans la théorie du contrat.

### **A - LA BONIFICATION DES PRINCIPES HUMANISANT**

Soulignons que, équité et bonne foi vont de pair comme sources d'inspiration des finalités morales de la règle de droit. En réalité, l'équité impliquant de tenir compte de la bonne foi, cette dernière en devient un catalyseur<sup>16</sup>. Sur la question de la sécurité, de la liberté et de la justice contractuelles, le Projet OHADA des obligations, à la recherche d'une authenticité véritable a dû opérer des choix en considération des modèles proposés par différentes sources substantielles. L'on peut aisément s'en rendre compte en analysant la place reconnue aux principes de bonne foi et d'équité aussi bien dans les négociations (1) que tout au long de la vie du contrat (2).

---

<sup>16</sup> COLAS E., « La notion d'équité dans l'interprétation des contrats », *83 Rev. Notariat* 391, 1981, p. 398.

**1- Les négociations à l'aune de l'idée  
« d'humanisation »**

Si la bonne foi n'est pas synonyme d'équité, il faut rapidement préciser qu'elle constitue un mécanisme d'équité par les moyens de sa mise en œuvre<sup>17</sup>. Alors, traiter des aspects de l'équité qui impliquent la prise en compte de la bonne foi à la naissance du contrat revient à démontrer en quoi la bonne foi sert les intérêts de la justice contractuelle. Dans le Projet OHADA des obligations, la mise en œuvre de la bonne foi dans les négociations contractuelles sert l'équité aussi bien pour ce qui concerne la consécration d'une obligation de confidentialité des pourparlers que l'encadrement de la rupture de ces derniers.

L'obligation de confidentialité est posée à l'article 38 du Projet en ces termes : « celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité délictuelle ». Cette disposition vise à limiter les abus dans la phase précontractuelle qui consistent pour l'un

des futurs contractants à exploiter l'ouverture qu'offre les négociations pour « espionner » l'autre futur contractant en toute déloyauté. Techniquement, il est conseillé aux futurs partenaires dès le commencement du projet, de conclure un accord de confidentialité ou accords provisoires<sup>18</sup> pour sauvegarder des informations sensibles obtenues lors des pourparlers quelle qu'en soit l'issue.

S'agissant de l'encadrement des pourparlers, il faut souligner la réaffirmation du principe de leur liberté à l'article 37 du Projet dont la teneur suit : « L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi (...) ». Cette liberté réaffirmée dans ce texte est elle-même liée à la liberté de contracter, au libre jeu de la concurrence et au fonctionnement sain de l'économie de marché<sup>19</sup>. En principe, les pourparlers n'étant qu'une simple invitation à engager des négociations, l'option retenue dans le code civil a été de garantir la liberté pour les parties de

<sup>17</sup> LEFEBRE B., « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *op.cit.*, p. 25.

<sup>18</sup> DEMOGUE R., « Les contrats provisoires », *in Etudes Capitant*, 1939, pp. 159 et s.

<sup>19</sup> MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., *op.cit.*, pp. 241 et s.

poursuivre ou non avec de véritables négociations<sup>20</sup>. Seulement, les évolutions de la jurisprudence française<sup>21</sup> n'ont pas laissé indifférent le législateur OHADA qui instaure un régime de liberté surveillée dans la phase précontractuelle<sup>22</sup>.

La lecture combinée des articles 37 à 41 du Projet OHADA nous permet à côté de l'obligation de confidentialité que nous venons d'évoquer, de mettre en évidence un devoir de cohérence qui assure la police précontractuelle. C'est en réalité la violation de ce devoir de cohérence qui apparaît comme le fondement de la responsabilité. L'article 37 *in medio* dispose à cet effet que : « (...) L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité délictuelle que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la

---

<sup>20</sup> La période des pourparlers correspond à une phase de discussion, de négociation et de marchandage. Lire dans ce sens BRUSORIO-AILLAUD M., *Droit des obligations*, 5 éd., Coll. Paradigme, Larcier, 2014, pp. 154 et s.

<sup>21</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janv. 1998, Bull. civ. I, n°7 ; Cass. Com. 26 nov. 2003, n°02-15668 : Bull. civ. IV, n°186.

<sup>22</sup> MAZEAUD D., « La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons », in DESHAYES D'OLIVIER (dir.), *L'avant-contrat, Actualités du processus de formation du contrat*, Coll. CEPRISCA, PUF, 2007, pp. 17 et s.

faute de l'une des parties, notamment lorsqu'elle a entamé ou poursuivi des négociations sans intention de parvenir à un accord ». Cette formulation n'est pas sans rappeler les termes de l'article 1104 al.2 de l'avant-projet CATALA qui consacrait la responsabilité civile délictuelle pour rupture abusive ou fautive des pourparlers. Cette option pour une responsabilité pour faute prouvée limite donc la réparation à la perte subie à l'exclusion du gain manqué<sup>23</sup>. L'on en est quand même à se demander pourquoi le Projet OHADA se focalise sur l'auteur du comportement fautif alors que nous semble-t-il, il aurait été judicieux comme dans le cas des principes LANDO ou de l'avant-projet GANDOLFI de viser plutôt les attentes raisonnables du négociateur victime d'un tel comportement<sup>24</sup>. Seulement, la plus grande curiosité à relever dans le Projet relativement à l'encadrement des pourparlers tient à l'omission de l'obligation d'information. Ce choix nous semble bien en

---

<sup>23</sup> V° art. 37 *in fine* du Projet qui pose en termes clairs « le *damnum emergens* mais pas le *lucrum cessans* »

<sup>24</sup> MAZEAUD D., « La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons », *op.cit.*, pp. 19 et s.

contradiction avec la deuxième orientation cardinale du Projet qui est de réussir une conciliation entre liberté, sécurité et loyauté. En effet, si la liberté d'entrer en négociation est un atout majeur de la phase précontractuelle pour garantir la rencontre des volontés, il nous semble primordial de s'assurer pour des besoins de sécurité, de loyauté et d'équité juridiques, que les parties disposent de toutes les informations nécessaires. Le Projet devrait s'inspirer de l'article 1112-1 de l'ordonnance française n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations entrée en vigueur le 1er octobre 2016. Ce texte promeut l'équité en ce sens qu'il s'assure d'un équilibre dans le rapport de force entre les futurs contractants au moment où ils s'apprêtent à devenir des contractants. Il y est exigé que l'information soit transmise dès lors qu'elle présente une importance déterminante pour le consentement c'est – à – dire celle qui a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Cette information-là devant être transmise avant la formation du contrat. Nous constatons pour le regretter que l'obligation de

renseignement, semble consacrée à l'article 162 du Projet non pas avant la formation mais, plutôt au moment de la conclusion du contrat.

## **2- Le contrat sous l'égide de « l'humanisation »**

Le principe général de bonne foi est posé à l'article 35 du Projet en ces termes : « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi, tant pendant la période précontractuelle, qu'au moment de la naissance, de l'exécution et de l'extinction de l'obligation ». Cette disposition nous incite, après avoir traité de la bonne foi dans les pourparlers, de préciser en deux mouvements les contours de la garantie du comportement honnête du contractant<sup>25</sup>.

L'exigence de bonne foi au moment de la naissance du contrat, est perçue comme un moyen de garantie de la qualité et de l'intégrité du

---

<sup>25</sup> MUSTAPHA MEKKI, « La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 », <https://www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf>, consulté le 25 février 2019.

consentement<sup>26</sup>. C'est l'article 60 du Projet qui s'en fait l'écho en consacrant *expressis verbis* une obligation générale d'information. Il est donc impératif pour celui qui connaît une information « dont l'importance est déterminante » pour le consentement de l'autre de l'en informer dès lors que légitimement, cette personne ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. La moralisation du rapport contractuel tend ici à minimiser la vulnérabilité du contractant dans l'objectif d'assurer aux parties un consentement éclairé en vue d'un engagement en toute connaissance de cause<sup>27</sup>. Il semble désormais établi en doctrine que « le pouvoir donne l'information, l'information donne le pouvoir »<sup>28</sup>. Le Projet OHADA semble déterminer l'étendue de l'obligation d'information en considération de la complexité de la prestation ou de la chose promise et des

compétences respectives des contractants. Il envisage l'exclusion de ladite obligation aussi bien pour le professionnel à l'égard du non professionnel que pour les non professionnels entre eux du moment où la partie qui se sent lésée n'a pas pris le soin de s'informer elle-même.

Pour ce qui concerne l'exigence de bonne foi lors de l'exécution ou de l'extinction du contrat, nous voulons ici rappeler les dispositions de l'article 1134 al. 1<sup>er</sup> du code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » qui consacrent la force obligatoire du contrat dont l'effet sera vite encadré par l'alinéa 3 de la même disposition en ces termes : « les conventions doivent être exécutées de bonne foi ». Le Projet OHADA s'inscrit dans la même philosophie notamment en son article 159 libellé ainsi qu'il suit : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loyauté, l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (...) ». Il ressort de l'analyse de cette disposition au moins deux obligations ayant pour fondement la bonne foi dans l'exécution du contrat : l'obligation de

---

<sup>26</sup> Cf. Projet de texte uniforme portant Droit général des obligations dans l'espace OHADA, titre II, sous-titre 1, chapitre 3.

<sup>27</sup> MANEKENG TAWALI J., *Essai sur la justice contractuelle – contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, Thèse de doctorat en droit, Univ. Laval – Québec, 2015, pp. 88 et s.

<sup>28</sup> MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations, op.cit.*, p. 400.

loyauté et l'obligation de coopération<sup>29</sup>. Ce sont en réalité des obligations réciproques qui consistent pour la première soit à exécuter le contrat conformément à son engagement et à la probité, soit s'abstenir d'avoir un comportement qui rendrait l'exécution de la prestation du débiteur plus difficile<sup>30</sup>. La seconde quant à elle renvoie en droit des sociétés à l'idée de *jus fraternis*<sup>31</sup> en ce sens que chaque partie doit agir au mieux pour l'intérêt de l'autre. L'obligation de coopération ou de collaboration emporte également obligation pour le créancier de minimiser le dommage<sup>32</sup> même si cette obligation reste très contestée par la jurisprudence en matière contractuelle.

---

<sup>29</sup> MAGDI SAMI ZAKI, « Définir l'équité », *op.cit.*, p. 107.

<sup>30</sup> BRUSORIO-AILLAUD M., *Droit des obligations*, *op.cit.*, pp. 225 et 226.

<sup>31</sup> WEILL A. et TERRE F., *Droit civil – Les obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1987, p. 361.

<sup>32</sup> Cette obligation a été consacrée par la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale des marchandises en son article 77 en ces termes : « la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre toutes les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention ».

## **B - LA REGULATION CONTRACTUELLE A TRAVERS L'IMMIXTION DU JUGE**

Le contrat n'étant plus considéré comme le fruit de deux individualismes égoïstes, la montée du solidarisme contractuel qui vise la protection de l'intégrité du droit commun des contrats, a conduit le législateur à redimensionner les contours de l'ordre public contractuel. Au cœur de cette reconfiguration de l'ordre public, se développe l'idée selon laquelle le contrat est un mode d'expression factuelle du lien social<sup>33</sup>, ce qui, à notre sens fonderait l'intervention du juge pour le contrôle du contenu du contrat (1) et pourrait même aboutir à une remise en cause de ce dernier (2).

### **1- La critique du contenu du contrat par le juge**

Au cœur de la moralisation voire de l'humanisation du droit civil, le juge MAGNAUD, faisant œuvre d'équité déclarait : « le droit fait avec son sujet, le juge fait avec le justiciable (..) ». En réalité, si la philosophie individualiste du contrat, s'appuyant sur les théories déterministes postule que l'action de l'homme résulte

---

<sup>33</sup> MANEKENG TAWALI J., *Essai sur la justice contractuelle – contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, *op.cit.*, p. 364.

de son libre arbitre<sup>34</sup>, une question demeure, celle de savoir de quoi procède finalement la légitimité de la notion de contrat : de l'accord des volontés ou d'une mesure d'équité<sup>35</sup> ? Ce questionnement nous conduit à tracer la frontière entre la légalité et la légitimité contractuelles. Dans cette lancée, l'analyse des dispositions du Projet OHADA de droit des obligations révèle que la force obligatoire du contrat est éprouvée par les fonctions interprétatives et normatives de l'équité.

S'agissant du pouvoir interprétatif de l'équité, deux dispositions le réaffirment dans le Projet OHADA. Il s'agit des articles 163 et 169 qui disposent respectivement que : « On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. A défaut de déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que

lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. De la même manière, dans l'acte unilatéral, on doit faire prévaloir l'intention réelle de son auteur. Dans l'interprétation d'une décision collégiale, on doit faire prévaloir le sens le plus conforme à l'intérêt commun des membres de la collectivité » et aussi que, « Le contrat s'interprète en raison et en équité ».

La compulsion de ces dispositions rend bien compte de ce que le Projet intègre la pensée de DEMOLOMBE selon laquelle « l'interprétation des conventions est surtout une œuvre de discernement et d'expérience, de bon sens et de bonne foi »<sup>36</sup>. Ainsi, au moment de l'interprétation des volontés des parties, le juge se doit de distinguer volonté et échange des consentements<sup>37</sup> en prenant en compte le fait que le langage reste et

---

<sup>34</sup> VOLNEY écrivait dans ce sens : « Or, de ce que tout individu est maître absolu de sa personne, il suit que la liberté pleine de son consentement est une condition inséparable tout contrat et de tout engagement » *in Les ruines*, 1799, p. 120

<sup>35</sup> MILLER A. J., « Des contrats sous tension : rétablir la propriété après la terreur », *Annales historiques de la Révolution française*, 2008, n°2, p. 241.

---

<sup>36</sup> DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traités des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome II, 1871, n°1, p. 3.

<sup>37</sup> La 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 volonté. (Lire FRISON-ROCHE M.- A., « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *R.T.D. civ.*, 1995, p. 573.

demeure un véhicule imparfait de la pensée<sup>38</sup>. Cette démarche devrait conduire le juge du droit des obligations OHADA au moment de l'interprétation, et pour assurer l'équité, la bonne foi et partant la justice contractuelle à faire primer la volonté interne des parties sur la volonté déclarée ou exprimée. Ce rejet du littéralisme à l'abri de toute dénaturation de la convention<sup>39</sup> montre bien que le législateur OHADA a fait de l'équité et de la loyauté, des boussoles du juge à la recherche de la vérité contractuelle.

Pour ce qui concerne le pouvoir normatif de l'équité, le Projet OHADA le reconnaît à travers la consécration de l'obligation jurisprudentielle de sécurité (cf. art. 16) et surtout l'interprétation en faveur du débiteur dans l'hypothèse du doute en matière de contrat d'adhésion (art. 173). Ces dispositions donnent une place forte à l'équité en ce sens que, dans le premier cas, le législateur confirme là, la *jurisprudence d'équité* qui résulte des

additions jurisprudentielles aux clauses claires et précises<sup>40</sup> au détriment des corollaires de la force obligatoire que sont l'intangibilité et l'irrévocabilité du contrat<sup>41</sup>. L'obligation de sécurité apparaît donc comme la conséquence logique (même non écrite) d'une obligation expresse entre les parties. Cette obligation opère forçage du contenu contractuel en ce sens que le juge va imposer à l'un des contractants une obligation à laquelle il n'avait pas songé et modifier ainsi implicitement le contrat, ceci au nom de l'équité pour la sauvegarde de la justice contractuelle<sup>42</sup>.

## **2- La remise en cause du contrat par le juge**

Selon l'article 1134 al. 1 du code civil, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ce texte subodore que la force obligatoire du contrat n'est pas limitée aux seules parties, mais s'étend

---

<sup>38</sup> ADJITA AKRAWATI SHAMSIDINE, « L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA) », *Penant*, n°841, octobre-décembre 2002, p. 6.

<sup>39</sup> Cf. articles 166 et 175 du Projet OHADA de droit des obligations

---

<sup>40</sup> COLAS E., « La notion d'équité dans l'interprétation des contrats », *op.cit.*, pp. 405 et s.

<sup>41</sup> BRUSORIO-AILLAUD M., *Droit des obligations*, *op.cit.*, pp. 227 à 230.

<sup>42</sup> V° Cass. Civ. 21 nov. 1911, Cie générale transatlantique, DP, 1913.I.249, n.l. Samut ; Cassation civile 14 mai 1943 ; Cassation Requête, 6 février 1945 ;

également au juge. En principe, les tribunaux sont liés par la volonté des parties. Seulement, cet impérialisme contractuel doit faire face au pouvoir modérateur du juge qui lui permet de modifier les stipulations contractuelles excessives ou abusives<sup>43</sup>. L'intervention du juge dans le contrat au regard des dispositions du Projet OHADA est justifiée par deux considérations majeures : le contrôle des clauses abusives et la neutralisation des clauses limitatives ou exonératoire de responsabilité.

L'office du juge dans le contrôle des clauses abusives tire sa source de l'article 113 du Projet dont les termes suivent : « La clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée ». Cette disposition consacre la possibilité de révision du contrat par le juge en cas d'abus de droit

---

<sup>43</sup> MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations, op.cit.*, p. 375.

ou en présence d'une clause pénale excessive ou dérisoire. La théorie de l'abus confrontée à l'existence d'un authentique pouvoir d'équité laisse transparaître au moins deux figures : l'abus dans la fixation du prix et l'abus du droit de rompre.

C'est en réalité un truisme de souligner ici que c'est de la nature de l'homme d'abuser de tout, même des choses qui sont les plus chères et les plus essentielles<sup>44</sup>. Pour cette raison, des limites ont bel et bien été tracées de sorte que l'abus soit un obstacle à la force obligatoire d'une clause afin de garantir le respect de l'ordre public<sup>45</sup>. Dans la fixation du prix, le Projet OHADA en son article 109 sanctionne le prix manifestement abusif de trois manières : soit il y a réduction du prix, soit cette réduction est également accompagnée des dommages et intérêts, soit enfin il y a simplement résolution du contrat. Si ces choix permettent de combattre l'abus de pouvoir dans le contrat, il reste qu'ils ne sont pas assez convaincants en ce sens que le législateur

---

<sup>44</sup> DUSSAULT R., « De l'abus des droits », *Les Cahiers de droit*, 4 (3), 1961, p. 114.

<sup>45</sup> STOFFEL-MUNCK P., *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, pp. 291 et s.

fait de la réfaction et de l'éradication du contrat des solutions de principe en cas d'abus dans la fixation du prix. Or pensons-nous, pour combattre efficacement ces velléités d'exploitation de la partie (présumée faible) dans le contrat, le législateur aurait pu faire de l'éradication de la clause abusive le principe et de la réfaction et de l'éradication du contrat des exceptions<sup>46</sup>.

Malheureusement, cette logique semble une fois encore retenue comme solution pour le contrôle des clauses de forfait et des clauses pénales abusives. La clause de forfait est celle par laquelle la réparation du dommage causé est fixée à un montant intangible quelle que soit l'importance du dommage<sup>47</sup>. La clause pénale quant à elle est celle par laquelle un contractant s'engage, en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution de son obligation principale, à payer à l'autre une somme forfaitaire à titre de dommages et intérêts. Dans cette dernière hypothèse, la victime, en raison

de la disposition valablement insérée dans le contrat ne peut prétendre à aucune autre sorte de réparation<sup>48</sup>. En réalité, le contrôle des droits absolus des parties au contrat offre ici la possibilité au juge d'intervenir d'office ou à la demande de la partie qui y a intérêt, pour modérer le montant excessif ou pour réévaluer le montant dérisoire desdites clauses. Ainsi, le législateur semble avoir privilégié une réécriture du contrat qui en réalité restaure peut-être l'équilibre mais ne sanctionne pas la partie qui était à l'origine du déséquilibre. Nous pensons, puisque nous sommes encore au stade d'un Projet, qu'il faille tout simplement opter pour la sanction du « réputé non écrit »<sup>49</sup> pour ces clauses abusives.

S'agissant du droit de rompre le contrat, le contrôle de son abus est perceptible dans l'exonération possiblement accordée à un débiteur qui ne s'est pas exécuté mais qui établit que ladite inexécution est due à un empêchement qui échappe à son

---

<sup>46</sup> MAUME F., *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, Thèse de doctorat en droit, Univ. D'Évry-Val-d'Essonne, 2015 pp. 530 et s.

<sup>47</sup> Cf. art. 256 Projet.

---

<sup>48</sup> Cf. art. 257 du texte précité.

<sup>49</sup> VILLAIN Adeline, « L'immixtion du juge dans le contrat », *Droit*, 2013, pp. 65 et s.

contrôle<sup>50</sup>. Aussi, même si le rejet de l'imprévision semble formel<sup>51</sup>, le législateur OHADA du droit des obligations admet une possibilité d'insertion des clauses de revalorisation (clause d'échelle mobile par exemple) qui tempèrent ainsi le principe du nominalisme monétaire<sup>52</sup>. L'article 435 du Projet dispose que : « Le montant de la somme due peut également varier en vertu d'une clause d'indexation. Celle-ci obéit à la réglementation nationale en matière de monnaie ». Dans la même lancée, l'article 162 du Projet laisse transparaître l'implicite d'une *clause sic rebus stantibus*<sup>53</sup> qui devrait tantôt sauvegarder la justice contractuelle, tantôt combattre l'enrichissement sans cause ou les conséquences de la force majeure<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Cf. art. 197 Projet.

<sup>51</sup> V° *infra* pp. 19 et s.

<sup>52</sup> LLUELLES D., « La révision du contrat en droit québécois », *Revue générale de droit*, Vol. 36, n°1, 2006, pp. 51 et s.

<sup>53</sup> Implicite parce qu'en analysant profondément, on se rend bien compte qu'en cas d'échec de demande de renégociation du contrat à l'amiable, seul le juge peut s'interposer sans que les parties n'aient la possibilité de recourir à un arbitre ou à un amiable compositeur.

<sup>54</sup> COLAS E., « La notion d'équité dans l'interprétation des contrats », *op.cit.*, pp. 413 et s.

L'intervention du juge au nom de l'équité et du respect de l'ordre public est le fondement de l'article 259 du Projet qui vise à garantir l'équilibre normatif du contrat tout en combattant les inégalités<sup>55</sup>. Cette disposition opère éviction des clauses abusives par gradation des fautes que ces dernières aient été négociées ou non. Le législateur distingue ici la faute dolosive, la faute intentionnelle, la faute inexcusable et la faute lourde comme causes de neutralisation de l'application des clauses exonératoires ou limitatives de réparation. En effet, les clauses qui agissent sur les effets de la responsabilité ou clauses élisives de responsabilité ne sont valables que lorsque le débiteur commet une faute légère ou ordinaire. Si le créancier démontre que le débiteur a commis une faute dolosive ou lourde, la limitation ou l'exonération vole en éclats<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> MOORE B., « la réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle » <https://core.ac.uk/download/pdf/55645127.pdf>, pp. 123 et s., consulté le 15 février 2019,

<sup>56</sup> Cass. Com., 15 juin 1959, Bull. civ. III, n°265 ; D., 1960.97 n. Rodière : « Seuls, le dol ou la faute lourde de la partie qui invoque, pour se soustraire à son obligation, une clause d'irresponsabilité insérée au contrat et acceptée par l'autre partie,

Au regard des développements qui précèdent, on serait tenté de voir dans le Projet OHADA la marque d'un solidarisme affirmé qui prend le dessus sur le volontarisme et la sécurité juridique. Seulement, cette tentation s'estompe rapidement au regard de la permanence et même de la prégnance de la philosophie utilitariste qui inspire certains principes et justifie le rejet d'autres.

## **II – « L'HUMANISATION » EPROUVEE PAR LA PREGNANCE DE L'UTILITARISME CONTRACTUELLE**

Face aux principes d'équité et de bonne foi, le juriste élevé à l'ombre du monument napoléonien, éprouve logiquement quelque embarras à défendre la doctrine de la liberté contre le principe fondateur de l'ordre civil qu'est la sécurité juridique. Au cœur de l'apogée du libéralisme, la conception très exigeante de la sécurité juridique en matière contractuelle connaît un grand essor dans le Projet de droit des obligations OHADA. Pour s'en convaincre, il suffit dans un premier temps, de préciser dans ledit texte, les contours de la préservation de la sécurité et de la stabilité du contrat (A),

---

peuvent faire échec à l'application de ladite clause ».

avant dans un second temps, de s'incliner sur l'option fortement prononcée pour l'efficacité économique du contrat (B).

### **A - LA PRESERVATION AFFIRMEE DE LA SECURITE JURIDIQUE**

Tout en reconnaissant que le Projet OHADA garantit l'existence d'une certaine justice contractuelle aussi bien dès la phase précontractuelle qu'au moment de la formation du contrat à proprement parlé, il nous semble inéluctable ici, de révéler les marques d'un profond attachement à la conception classique du contrat. En réalité, le législateur ne s'est pas montré très réceptif des avancées issues de la jurisprudence s'agissant aussi bien du consentement (1) que du traitement de la lésion (2).

#### **1- L'anachronisme dans la protection du consentement**

Parmi les conditions nécessaires à la validité d'une convention prévues par le Projet, se trouve en bonne place « le consentement des parties contractantes »<sup>57</sup>. Le consentement est ici abordé tant sous l'angle de son existence que sous l'angle de sa qualité. S'agissant de son existence, la validité d'une

---

<sup>57</sup> Cf. art. 56 du Projet

convention requiert que celui qui s'engage soit doté d'un esprit sain et que les volontés se rencontrent tout au moins sur ses éléments essentiels. Dans le cas contraire, cette convention encourt comme sanction, la nullité absolue. Pour ce qui concerne la qualité du consentement, cette dernière n'est pertinemment lisible que lorsqu'on s'intéresse à ses mécanismes de protection. L'intégrité du consentement est donc ici garantie par la sanction des vices traditionnellement établis depuis le code civil napoléonien. Il s'agit principalement de l'erreur, du dol ou de la violence<sup>58</sup>. Si l'on peut percevoir à travers les dispositions de l'article 77<sup>59</sup> du Projet la réception de l'abus de faiblesse<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Cf. art. 63 du Projet

<sup>59</sup> « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de la situation de faiblesse de l'autre pour lui faire prendre, sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, un engagement qu'elle n'aurait pas contracté en l'absence de cette contrainte.

La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances entenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique ».

<sup>60</sup> C'est l'une des victoires éclatantes de l'idéologie sociale qui a impacté le droit des contrats depuis quelques décennies. Désormais, la contrainte économique est retenue par la jurisprudence

comme vice du consentement, il reste quand même que l'on ne saurait occulter un classicisme dans la protection du consentement qui traduit la prédominance de la philosophie volontariste (socle des aspirations individualistes) sur la philosophie solidariste.

En réalité, le consentement reste et demeure selon le choix du législateur OHADA, le centre de gravité des contrats. C'est le signe d'une permanence de la doctrine civiliste qui confine son activité au contrôle de l'intégrité du consentement consacrant *ipso facto* une justice distributive, au lieu d'évoluer vers un contrôle sur l'équité pour tendre vers une recherche plus accrue de l'équilibre

---

comme une violence vice du consentement dès lors que sont réunis deux éléments : l'exploitation de la dépendance économique et l'obtention d'un avantage indu. Ainsi, la violence économique devient officiellement un instrument de protection qui garantit la liberté du consentement. Dans ce sens v° Contrats, conc. Consom., 2002, n°121, n. L. LEVENEUR : « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement » ; Com., 22 oct. 1996 : D. 1997, 121, note A. Seriaux ; somm. comm., 175, obs. P. Delebecque ; Defrenois 1997, 333, obs. D. Mazeaud ; JCP 1997, I,4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney et II, 22881, obs. D. Cohen ; RTD civ.1997, 418, obs. J. Mestre.

ou de la justice contractuelle, gage d'une justice commutative. En fait, l'exacerbation du volontarisme<sup>61</sup> est significative au regard de la réduction de la justice contractuelle à la convention<sup>62</sup>. Par conséquent, le contrôle judiciaire porte exclusivement sur l'intégrité des consentements et non sur l'équité des stipulations encore moins sur l'équivalence des prestations. Plusieurs idées corroborent notre affirmation à l'analyse du Projet.

D'abord l'article 160 du Projet dispose que : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse sous réserve des dispositions suivantes relatives au bouleversement des circonstances ». Cette disposition confirme en réalité la toute-puissance de la volonté dans la mesure où l'on estime que le débiteur est obligé parce qu'il l'a voulu et en ce sens, il a consenti à aliéner une parcelle de sa liberté au profit de son cocontractant. Cet attachement, voire cette obsession pour le dogme de

---

<sup>61</sup> CHAZAL J. P., « Justice contractuelle », *op.cit.*, pp. 2 et s.

<sup>62</sup> *Ibid.*

l'autonomie de la volonté ne résiste plus à la critique<sup>63</sup> en raison des piliers fictifs sur lequel il repose que sont : la liberté contractuelle, la force obligatoire ou l'égalité des parties<sup>64</sup>. Ainsi, l'équité postule que le contrat soit juste et utile et surtout qu'il ne devienne pas un instrument d'oppression entre les mains d'une partie au détriment de l'autre partie.

Ensuite, l'individualisme peut également être repéré dans la consécration du consensualisme comme principe à l'article 124 du Projet qui dispose que : « En principe, les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties, sous quelque forme qu'il soit exprimé ». Lors de la formation du contrat, le principe du consensualisme admet qu'une personne soit engagée par sa seule volonté et par son seul consentement ; aucune condition de forme n'étant par ailleurs exigée pour

---

<sup>63</sup> LOUISE ROLLAND, « [Qui dit contractuel, dit juste.] (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », *Revue de Droit de McGill*, 2006, pp. 765 et s.

<sup>64</sup> MANEKENG TAWALI J., *Essai sur la justice contractuelle – contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, *op.cit.*, p. 17.

la validité du contrat<sup>65</sup>. En conséquence, le fait d'avoir librement et consciemment donné son accord, justifie la force obligatoire du contrat avec ses corollaires que sont l'intangibilité et l'irrévocabilité en dépit de quelques assouplissements qui s'y attachent. L'on se rend bien compte une fois de plus de l'attachement du législateur OHADA au respect de la parole donnée (*pacta sunt servanda*), qui asservit l'homme dans la relation contractuelle. L'intensité de cette option est d'ailleurs révélée par l'admission étriquée de la lésion.

## **2- L'admission étriquée de la lésion**

Le *favor contractus*, code d'inspiration sociale est une philosophie qui tend aujourd'hui à innover le lien contractuel dans l'optique de l'humaniser afin que, la mise en œuvre de la liberté contractuelle ne conduise pas à des résultats choquants, déraisonnables ou mal adaptés à la réalité économique et sociale<sup>66</sup>. Ainsi, entre autres conditions de

validité du contrat, le législateur OHADA du droit des obligations exige un objet qui forme la matière de l'engagement et une cause qui justifie l'engagement<sup>67</sup>. Il s'agit là d'un contrôle du contenu contractuel qui porte sur deux notions étroitement liées dont les paradoxes issus des régimes appellent quelques réflexions. En effet, la cause est la justification, la limite et la garantie du pouvoir autonome de la volonté. Elle explique donc pourquoi la volonté engage, pourquoi une obligation même voulue peut ne pas être obligatoire et aussi quelles sont les limites de l'interprétation de la convention par le juge<sup>68</sup>. L'objet du contrat quant à lui est présenté comme l'opération juridique envisagée ou plus précisément l'opération économique que le droit transforme en ensemble de droits et d'obligations<sup>69</sup>. En rapport avec le principe de proportionnalité énoncé comme

---

<sup>65</sup> BRUSORIO-AILLAUD M., *Droit des obligations*, *op.cit.*, p. 138

<sup>66</sup> DARANKOUM E. S., « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », *op.cit.*, pp. 229 et s.

---

<sup>67</sup> Cf. art. 56 du Projet

<sup>68</sup> MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations*, *op.cit.*, pp. 311 et s. ; KALIEU E. Y., « La distinction de la formation et de l'exécution du contrat », <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr>, pp. 120 et s., consulté le 15 avril 2019.

<sup>69</sup> MEYER P., « L'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : innovations et débats », *RDAI/IBLJ*, n°3, 2008, p. 298.

tempérament à l'autonomie de la volonté, l'on constate que la cause étant le contrepoids de l'obligation, l'absence de cause se confond finalement avec l'absence d'objet en ce sens qu'elle opère un déséquilibre dans les prestations contractuelles qui très souvent découle d'une erreur sur la valeur de l'objet. Alors, toute la question semble ici d'analyser quels garde-fous le législateur OHADA a érigé pour contrôler ces dérives et excès ?

La question de la lésion ainsi posée, rappelle qu'à aucun moment, et ceci au nom de l'équité et de la bonne foi, le contrat ne doit pas être un instrument d'exploitation et doit par ailleurs respecter un certain équilibre<sup>70</sup>. Cette question appelle au moins deux observations dans le Projet.

La première tient à l'option prise par le législateur OHADA par rapport à la distinction lésion objective et lésion subjective. La lésion dite « objective » est celle qui consiste en un déséquilibre important entre les prestations

contractuelles<sup>71</sup>. Ici, il y a un rejet de la lésion à titre de vice de consentement en ce sens qu'elle consiste en un préjudice pécuniaire que l'exécution du contrat fait subir à une partie. Il n'est donc pas besoin que l'une des parties fasse la preuve d'une erreur au moment de la formation du contrat pour que la lésion soit caractérisée, il suffit que l'on constate une inégalité qui entraîne un déséquilibre des prestations attendues, qui cause préjudice à l'une des parties. La lésion est dite « subjective » lorsqu'elle est la cause ou encore la conséquence d'un vice de consentement. Cette approche volontariste met en évidence le défaut de capacité et donc la vulnérabilité inhérente aux incapables que sont le mineur ou le majeur inapte<sup>72</sup> de sorte que ces derniers peuvent voir leur patrimoine gravement lésé dans le rapport contractuel du fait de leur inaptitude. En parcourant le Projet, l'on se rend bien compte que le législateur y a consacré les théories objective et subjective du contrat de sorte que la

---

<sup>70</sup> CHARPENTIER ELISE M., *L'équilibre des prestations : une condition de la reconnaissance de la force obligatoire du contrat ? op.cit.*

---

<sup>71</sup>*Ibid.*, p. 11.

<sup>72</sup> MANEKENG TAWALI J., *Essai sur la justice contractuelle – contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable, op.cit.*, pp. 84 et s.

lésion est sanctionnée aussi bien en cas de déséquilibre dans les prestations<sup>73</sup> qu'en considération du consentement de la personne qui a contracté. Il s'agit tout de même d'un choix malheureux en ce sens que l'utilisation des concepts de lésion objective et subjective sont étroitement reliés aux vices de consentement et ignorent de ce fait la finalité recherchée par le recours en lésion<sup>74</sup>.

La seconde observation tient à l'étendue de la lésion dans le Projet. En réalité, l'on constate pour le regretter l'alignement du Projet OHADA à la philosophie du code civil qui n'en fait qu'une cause spéciale de nullité propre à certains contrats et opérant à l'égard de certaines personnes<sup>75</sup>. L'article 112 du Projet rappelle que : « Le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif n'est pas une cause de nullité, hormis le

cas où la loi admet la rescision du contrat pour cause de lésion » ; et l'article 90 de renchérir : « La simple lésion, lorsqu'elle ne résulte pas d'un événement casuel et imprévu, donne lieu à rescision contre toutes sortes de conventions, en faveur du mineur non émancipé et du majeur protégé (...) ». Contrairement à ce que préconisent les principes d'UNIDROIT et les principes du droit européen du contrat<sup>76</sup>, le législateur OHADA fait preuve d'anachronisme et même de capitalisme en matière de lésion.

L'anachronisme réside dans la modestie extrême de la portée de la lésion. Le déséquilibre n'est pas pris en compte dans tous les contrats entre majeurs : ne visant spécialement que certains contrats<sup>77</sup>, elle est admise à l'égard des incapables uniquement si elle ne résulte pas d'un événement casuel et

---

<sup>73</sup> Cf. art. 112 du Projet

<sup>74</sup> CROTEAU N., « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *op.cit.*, p. 415.

<sup>75</sup> L'article 1118 du Code civil dispose que : « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ».

---

<sup>76</sup> Ces principes font de la lésion une cause générale de nullité des conventions. Voir art. 3.2.7 Principes d'UNIDROIT 2016 et art. 4 : 109 Principes du droit européen des contrats.

<sup>77</sup> JOBIN P.-G., « Deux lacunes de la justice contractuelle dans le Code civil au Québec », <http://www.institut-idef.org/IMG/doc/JOBIN.doc>, consulté le 15 mars 2019.

imprévu. Il faut observer ici que le législateur n'a pas précisé le taux et l'importance de la lésion ; ils semblent abandonnés à l'appréciation du juge.

Le capitalisme atomistique réside dans le fait que le législateur limite la lésion à la personne physique<sup>78</sup> et ne l'étend pas aux personnes morales alors que l'activité de ces dernières en matière contractuelle est porteuse de vulnérabilité à plus d'un égard et mérite par conséquent d'être protégées au nom de l'équité.

On pourrait donc regretter que tous les aspects de la lésion ne soient pas pris ici en compte pour garantir une meilleure justice contractuelle et partant humaniser le lien contractuel. Si l'on peut, dans la lésion telle que définie dans le Projet, identifier la bonne foi comme fondement de la lésion subjective (remède et sanction)<sup>79</sup>, il demeure que ce texte ignore la lésion-équité qui favorise une

approche davantage contextuelle et partant une équité objective du contrat.

Nous constatons bien que le législateur OHADA ne se montre pas très offensif contre l'iniquité contractuelle et renonce quelque peu à l'affirmation d'une identité contractuelle africaine qui repose sur la légendaire valeur d solidarité<sup>80</sup>. De plus, à côté des restrictions relatives au champ de la lésion, l'on observe évidemment la recherche accrue de l'efficacité du contrat.

#### ***B - L'OPTION AVEREE POUR L'EFFICACITE ECONOMIQUE DU CONTRAT***

Le législateur OHADA de droit des obligations semble très attaché à la conception classique de l'effet obligatoire du contrat qui en garantit l'efficacité. Cette affirmation vient du double constat de la réticence du Projet à prendre en compte les variations des situations après la formation du contrat (1) et du poids de l'unilatéralisme dans le rapport contractuel. (2).

---

<sup>78</sup> TANCELLIN M., « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », *Les Cahiers de droit*, Vol. 29, n°4, 1988, pp. 873 et s.

<sup>79</sup> CROTEAU N., *op.cit.*, pp. 410 et s.

---

<sup>80</sup>COFFI DOGUE K. O., *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, Thèse de doctorat en droit, Univ. Montréal, 2013, pp. 15 et s.

**1- La réticence face à la prise en compte des variations des situations**

L'ordre juridique contractuel classique dont le socle est le volontarisme s'est toujours montré très hostile à la prise en compte des variations des situations. Il y est établi de tradition que, « si tout coule, le droit est fait pour que tout ne coule pas »<sup>81</sup>. Ainsi, pour ne pas porter atteinte à la liberté contractuelle et à la force obligatoire du contrat, le débiteur devrait exécuter la prestation promise dans les termes du contrat et à l'époque voulue par les parties. Il semble donc en toute logique que, le droit intervenant pour sécuriser et stabiliser, « l'écoulement de la durée ne change rien à une situation organisée juridiquement, même si les circonstances, les données économiques et politiques, etc. ont changé : le contrat passé reste le contrat, quelles que soient les variations personnelles de famille, d'argent, de condition sociale des contractants »<sup>82</sup>. En réalité, cette conception qui prend pour fondement du contrat l'autonomie de la volonté tend à

considérer l'intangibilité du contrat comme étendard<sup>83</sup>. Cette intangibilité vise à mettre le juge à l'écart du contrat de sorte qu'il ne puisse s'y ingérer afin de ne pas faire du contrat un foyer d'insécurité juridique.

En réalité, plusieurs types de variations peuvent affecter l'exécution du contrat<sup>84</sup> et ceci à des degrés divers. A propos, l'on peut mentionner le bouleversement des circonstances, l'imprévision et la force majeure. Le bouleversement des circonstances qu'il faut bien distinguer du changement de circonstances en considération du degré et la nature de la perturbation du champ contractuel, renvoie à la survenance des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. L'imprévision quant à elle apparaît selon G. CORNU comme une théorie en vertu de laquelle le juge a le pouvoir de réviser un

---

<sup>81</sup> ELLUL, « L'irréductibilité du droit à une théologie de l'histoire », in *Riv. Intern. fil. dir.*, 1971, p. 226.

<sup>82</sup> *Ibid.*, pp. 225-226.

---

<sup>83</sup> ROUVIERE F., « La remise en cause du contrat par le juge – L'efficacité du contrat », *halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01143152*, p. 2

<sup>84</sup> Il s'agit principalement du contrat à exécution successive.

contrat à la demande d'une partie lorsque par suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des contractants et imprévisible lors de la conclusion, l'exécution de celui-ci devient pour l'un des contractants tellement onéreuse qu'elle déséquilibre l'économie du contrat<sup>85</sup>. La force majeure, qui n'a pas toujours été définie, est abordée comme une cause exonératoire de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle<sup>86</sup>. Fort heureusement, l'art. 1218 nouveau de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats en France nous en donne la définition suivante : « c'est l'évènement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées ».

---

<sup>85</sup> G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, 4ème édition, PUF, 2003, pp. 451 et 452

<sup>86</sup>MASAMBA MAKELA R., « l'impossible et le contrat », [http://www.daldewolf.com/documents/document/20151221115032-47\\_52\\_roger\\_masamba\\_l\\_x27\\_impossible\\_et\\_le\\_contrat\\_fv1\\_09\\_02\\_14.pdf](http://www.daldewolf.com/documents/document/20151221115032-47_52_roger_masamba_l_x27_impossible_et_le_contrat_fv1_09_02_14.pdf), pp. 1-12, consulté le 15 mai 2019.

Si les deux premiers événements dont le bouleversement des circonstances et l'imprévision rendent l'exécution difficile et onéreuse pour l'une des parties au contrat, le dernier événement à savoir la force majeure rend plutôt l'exécution impossible. Le Projet admet la force majeure comme cause d'exonération<sup>87</sup> et consacre la possibilité de renégocier le contrat en cas de bouleversement des circonstances. Si la renégociation est infructueuse, à la demande de l'une des parties, le juge peut intervenir soit pour adapter le contrat au nouveau contexte, soit pour l'anéantir<sup>88</sup>.

Ce qui est frappant, c'est le sort que le législateur OHADA réserve à l'imprévision. En effet, dès les premières lignes de la présentation analytique du Projet, les auteurs dudit texte sont formels : « le principe de l'exclusion de la théorie de l'imprévision est réaffirmé mais, se fondant sur les Principes d'Unidroit repris dans le projet Fontaine d'Actes Uniformes et le projet CATALA, il est accompagné de dispositions selon lesquelles il y a bouleversement des

---

<sup>87</sup> Cf. art. 278 du Projet.

<sup>88</sup> Cf. art. 161 et 162 du Projet.

circonstances (...) ». Selon cette logique, le principe de l'exclusion de l'imprévision est alors concrétisé dans l'article 160 en ces termes : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse sous réserve des dispositions suivantes relatives au bouleversement des circonstances ».

Un décryptage de l'article 160 du Projet dévoile la forte inclination du législateur pour le volontarisme et son éloignement du solidarisme. En réalité, il est clair que la variation de situation ne décharge pas le débiteur de son obligation. Ainsi, la prise en compte du changement de circonstances n'est qu'un tempérament voire une exception au principe du rejet de l'imprévision. C'est donc la consécration du rejet de l'imprévision telle que traditionnellement affirmé dans le code civil et consolidé par la jurisprudence en France<sup>89</sup>. Encore que, la perspective solidariste qui admet la réadaptation du contrat est rigoureusement encadrée de sorte qu'elle ne puisse intervenir qu'en cas de

<sup>89</sup>MEYER P., « L'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : innovations et débats », *op.cit.*, pp. 304 et s.

changement drastique et imprévu des circonstances<sup>90</sup>. L'on se rend en définitive compte que la possibilité de réadapter le contrat introduite dans le Projet n'est pas une option symbolique de prise en compte de l'humanisation contractuelle : il s'agit tout simplement d'un redimensionnement du pouvoir du juge à l'égard du contrat. La distinction que le législateur fait entre imprévision et bouleversement de circonstances reste très ambiguë de sorte que l'on pourrait affirmer sans risque de se tromper qu'il s'agit en réalité ici de l'acceptation de la théorie du *hardship*<sup>91</sup>.

## **2- Le poids de l'unilatéralisme dans l'anéantissement du contrat**

L'option pour une plus grande efficacité économique du contrat semble aujourd'hui écarter le solidarisme et même toute empreinte moraliste avec le renforcement des mécanismes de sanction unilatérale individuelle en matière contractuelle. Parmi ces mécanismes destructeurs du lien

<sup>90</sup> MANEKENG TAWALI J., *Essai sur la justice contractuelle – contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, *op.cit.*, p. 460

<sup>91</sup>COFFI DOGUE K. O., *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, *op.cit.*, pp. 326 et s.

contractuel se trouve en bonne place l'unilatéralisme. L'unilatéralisme, entendu comme l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté<sup>92</sup> se décline en réalité en un double pouvoir dans le façonnement du contrat : un pouvoir créateur et un pouvoir destructeur. Ici, nous voulons développer son pouvoir destructeur qui se déploie principalement à travers deux institutions désormais bien connues que sont la résiliation et la résolution unilatérales.

La résiliation unilatérale ou *solus dissensus* qui vise à faire entrer le contrat dans le néant par la volonté d'une seule partie se justifie par le souci de protéger tel contractant et d'assurer une certaine liberté individuelle<sup>93</sup>. En réalité, le Projet consacre la résiliation unilatérale ou anticipée. Elle est ainsi qualifiée, lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un contrat conclu pour une durée indéterminée ou manifestement excessive

---

<sup>92</sup> JAMIN C. et MAZEAUD D. (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, éd. Economica, 1999, p. 3.

<sup>93</sup> DELEBECQUE P., « L'anéantissement unilatéral du contrat » in JAMIN C. et MAZEAUD D. (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op.cit.*, p. 63.

et ceci, sous réserve d'un délai de préavis suffisant<sup>94</sup>. Cette résiliation opère également en cas de faute et en dehors de tout abus. Il s'agit clairement là d'une admission par le Projet de la possibilité de rompre le contrat notamment celui synallagmatique en l'absence de toute réciprocité dans la révocation<sup>95</sup>. Or nous savons que traditionnellement, le contrat qu'il soit instantané ou à exécution successive, doit être résilié judiciairement lorsque l'une des parties n'exécute pas ou mal son obligation<sup>96</sup> pour garantir un minimum d'équilibre et partant de justice contractuelle. Dans une certaine mesure, le contrat peut être résilié à l'amiable ; c'est ce que l'on qualifie un peu inexactement de *mutuus dissensus*<sup>97</sup> avec la particularité de se présenter comme une hypothèse de simple renonciation qui ne porte pas directement atteinte aux droits du contractant. Ainsi, le principe général de résiliation unilatérale consacré

---

<sup>94</sup> Cf. art. 191 du Projet.

<sup>95</sup> DELEBECQUE P., *op.cit.*, pp. 64 et s.

<sup>96</sup> RAGHID FATTAL, « La nature juridique de la résiliation unilatérale du contrat », *Revue juridique de l'USEK*, n°10, 2009, pp. 209-226.

<sup>97</sup> MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations*, *op.cit.*, pp. 378 et s.

dans le Projet malgré quelques précautions relatives à l'information du cocontractant de la décision de résilier et au contrôle de son utilisation abusive<sup>98</sup> ne manque pas de susciter quelques appréhensions de notre part. En vérité, c'est une arme très puissante entre les mains du créancier qui subtilement, voulant contourner la force obligatoire du contrat, s'empressera d'y mettre fin pour obtenir une indemnisation et ce parfois en présence d'un préjudice imaginaire.

Un régime spécifique de la résolution des contrats inexécutés inspiré des instruments internationaux fait irruption dans le Projet : la résolution unilatérale. Il s'agit bien là d'une pénétration violente du libéralisme contractuel qui, en l'espèce assure l'impératif d'efficacité économique du contrat au détriment certain de sa force obligatoire. Originellement, la résolution avait été pensée pour être conduite par le juge pour quelques raisons encore pertinentes même à ce jour. En effet, l'on a estimé et ceci au soutien du volontarisme, qu'il fallait tout faire pour obtenir l'exécution du contrat et de ce fait

en garantir l'effet obligatoire. Aussi, il revenait au juge de prononcer la résolution par souci d'équité et d'humanité en ce sens qu'il semblait judicieux de venir au secours de celui que des circonstances malheureuses ont empêché de remplir à jour fixe les engagements qu'il a contractés<sup>99</sup>. Aujourd'hui, sous le prétexte de la lenteur, du coût et de l'aléa inhérents à toute procédure judiciaire, la résolution unilatérale du contrat est admise<sup>100</sup>. Le législateur OHADA du Projet, sans supprimer les hypothèses de judiciarisation de la résolution<sup>101</sup>, consacre le principe d'une résolution unilatérale à travers deux dispositions. La première est l'article 196 § 3 qui prévoit que : « Quand il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement

---

<sup>98</sup> Cf. art. 192§2 du Projet.

---

<sup>99</sup> JAMIN C., « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in JAMIN C. et MAZEAUD D. (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations, op.cit.*, pp. 72 et s.

<sup>100</sup> MAZEAUD D., « Le changement en droit des contrats », *RDA*, numéro spécial, 2015, pp. 87 et s.

<sup>101</sup> Cf. art. 109 du projet en cas de prix manifestement abusif ; arts. 196 §3 et 202 du Projet pour manquement essentiel.

dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat ». La seconde est l'article 201 dont les termes suivent : « Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie ». La première Chambre civile de la Cour de cassation allant dans ce sens, affirme que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » et précise qu'il importe peu, à cet égard « que le contrat soit à durée déterminée ou non »<sup>102</sup>.

Faire de la résolution unilatérale un principe reste et demeure à notre avis dangereux parce qu'il s'agit là d'un autre boulevard ouvert à la dureté du créancier qui n'hésitera pas à s'y engouffrer parfois lui-même pour échapper à la force obligatoire du contrat<sup>103</sup>. Nous pensons

---

<sup>102</sup> MAZEAUD D., « L'unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 3239 et s.

<sup>103</sup> JAMIN C., « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », *op.cit.*

qu'en préservant une certaine réciprocité voire bilatéralité dans la révocation du contrat, le législateur aurait pu se limiter à une admission exceptionnelle de la résolution unilatérale du contrat<sup>104</sup>. Des mécanismes tels la clause résolutoire, la clause pénale et même l'exception d'inexécution (*exceptio non adimpleti contractus*) auraient pu permettre au créancier de se prémunir sérieusement de l'inexécution de son cocontractant.

La consécration en principes de la résiliation et de la résolution unilatérales traduit à n'en point douter, la montée d'un unilatéralisme exacerbé qui, promouvant la justice privée et l'iniquité finit par porter atteinte aux fondements même du contrat.

La révolution de 1789, axée sur les idées libérales, postule que l'individu est libre. Cette liberté n'exclut pas l'assujettissement à des obligations si cet assujettissement prend sa source dans la volonté de celui qui s'engage. Manifestation de l'individualisme, cette philosophie a été construite sur une fausse idée reçue selon laquelle « qui dit

---

<sup>104</sup> *Ibid.*

contractuel dit juste »<sup>105</sup>. Ce modèle va sécréter des injustices dans la pratique à tel point qu'il sera remis en cause par des appels à plus de dirigisme et d'interventionnisme des pouvoirs publics dans le domaine contractuel. Au cœur de cette confrontation entre conception autonomiste et solidariste du contrat, se trouvent des principes tels la bonne foi, la loyauté et l'équité dont le principal objectif est d'humaniser le rapport contractuel. Dans le cadre de cette réflexion, il a été question d'analyser la prise en compte de l'idée « d'humanisation » dans le Projet OHADA du droit des obligations. La démarche a consisté à mettre face à face les codes d'inspiration libérale et sociale dans ledit texte afin d'en ressortir l'option prédominante. Il nous est donc donné au terme de notre analyse de constater que des efforts méritoires de moralisation du rapport contractuel y sont perceptibles même si à y regarder de bien près, il s'agit d'un mouvement dans une lettre figée. Si l'on peut saluer la consécration de la bonne foi et partant de l'équité comme principes à toutes les phases du contrat et

l'intervention du juge pour moduler et modérer les effets du contrat, il faut dire qu'au regard des tendances jurisprudentielles et doctrinales, c'est une pénétration très timide des garanties d'une meilleure justice contractuelle dénuée de tout altruisme contractuel. Ce sentiment est d'autant vivace que le législateur OHADA semble très attaché à la tradition civiliste. Nous en voulons pour preuve le succès d'une vision libérale et utilitariste du droit des contrats ici caractérisée par l'admission exceptionnelle de la lésion, le rejet affirmé de l'imprévision et la consécration de l'unilatéralisme à la solde de l'efficacité économique du contrat.

Sans vouloir être alarmiste au moment où nous concluons cette réflexion, il faut le dire clairement, puisque fort heureusement nous sommes encore au stade d'un Projet, le législateur OHADA dans une sorte d'assimilation du droit à la loi, semble attaché au contractualisme au détriment de la contractualisation<sup>106</sup>. Ainsi, la bonne foi et l'équité qui se chargent très souvent, par un retour au

---

<sup>105</sup>FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, éd. Hachette, 1880, p.410

---

<sup>106</sup>SUPIOT A., « La fonction anthropologique du droit », *Esprit*, 2001, p. 155.

droit naturel, de tempérer les excès et lacunes de la loi contractuelle sont ici quelque peu amenuisées. Notre crainte est d'autant plus sérieuse que le Projet OHADA du droit des obligations pourrait faire du contrat un instrument d'exploitation et plus grave encore de domination, au détriment des spécificités du droit traditionnel africain dont la fibre humaniste est avérée.

**LE NOUVEAU PARADIGME DU CONTROLE  
DE LA GESTION FINANCIERE DES SOCIETES  
COMMERCIALES EN DROIT OHADA**

Dr Blaise Antoine MBEM LISSOUK  
Chargé de Cours  
FSJP/Université de Yaoundé II  
CAMEROUN

**Résumé :**

*A la faveur de la réforme de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique intervenue en 2014, le législateur OHADA a résolument opté pour un nouveau paradigme en matière de contrôle de la gestion financière des sociétés commerciales. Il apparaît ainsi que les sociétés autres que les sociétés anonymes sont de plus en plus soumises au contrôle externe alors que le contrôle interne des sociétés anonymes se renforce.*

**Mots-clés:** *Contrôle externe – contrôle interne – Gestion financière– sociétés commerciales.*

**Abstract :**

*In favour of the Uniform Act relating to Commercial Companies and Economic Interest Groups' reform occurred in 2014, the OHADA legislator chose a new approach concerning the issue of the audit of financial management of commercial companies. It clearly appears that the external audit is more and more introduced in commercial companies other than Public Limited Companies. Meanwhile, the internal audit is reinforced in Public Limited Companies.*

**Key-words:** *External audit - Internal audit- Financial management - Commercial companies.*

Les sociétés commerciales constituent des entités économiques<sup>1</sup> qui

---

<sup>1</sup> L'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière (AUDCIF) adopté le 26 janvier 2017 à Brazzaville (Congo) et publié au Journal Officiel de l'Organisation le 15 février 2017, notamment en ses articles 1 et 2, utilise dans la construction de son « champ d'application », le terme « entité » pour désigner entre autres les

sont l'expression d'une vision particulière de l'investissement et du partenariat. Vues sous le prisme de l'investissement, les sociétés, pour accomplir leur objet social, fédèrent des moyens financiers<sup>2</sup> et matériels<sup>3</sup> considérables auxquels on peut fort opportunément adjoindre les connaissances ou les services<sup>4</sup>. Observées

---

sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique. V° aussi SANGO KABONGA E., « Les entités économiques en droit OHADA », *Ohadata* D-17-20 ([www.Ohada.com](http://www.Ohada.com)).

<sup>2</sup> Dans une perspective large, les moyens financiers intègrent toute somme d'argent mobilisé pour le compte de la société commerciale. Aussi peut-on évoquer les financements privés par apport en numéraire (article 40 AUDSCGIE), par des avances ou des prêts figurant en compte-courant (cf. Com. 18 nov. 1986, *Rev. Sociétés* 1987, 581, I. Urbain-Parléani ; *JCP* 1987, II, 20806, M. Jeantin) et même par appel à l'épargne publique, notamment pour les sociétés anonymes faisant recours à ce procédé de financement (article 823 et s. AUDSCGIE).

<sup>3</sup> Il s'agit des droits portant sur des biens en nature, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels qui forment les apports en nature (article 40 AUDSCGIE).

<sup>4</sup> BAILLOD R., *L'apport en industrie*, Thèse, Toulouse, 1980 ; CHIFFAUT-MOLIARD J.-P., « Le statut fiscal et social de l'apporteur en industrie », *Dr. Sociétés, Actes pratiques* sept. /oct. 2004, p. 44. NURIT-PONTIER L., « Repenser les apports en industrie », *Petites Affiches*, 03 juillet 2002, n° 132, pp. 4 et s.; SOH FOGNO D.R. et TALLA C., « L'apport en industrie en droit des sociétés commerciales de l'OHADA : Réflexion sur un vide juridique », *Annales FSJP de l'Université de Dschang*, T. 13, PUA, 2009, p. 199 et s.; BILLONG BILLONG A., « L'apport en industrie en droit OHADA : une

sous l'angle du partenariat, les entités sociétaires offrent aux investisseurs<sup>5</sup> un cadre de collaboration organisé<sup>6</sup> qui se veut propice à la transparence si nécessaire à la vie des affaires en général et à la vie commerciale<sup>7</sup> en particulier.

Ainsi, pour que soit sédimentée la transparence, les sociétés commerciales sont traversées par des mécanismes de gestion qui sont de nature à rassurer les associés parce qu'ils ont pour objet de faire la lumière sur le processus de consommation des investissements faits par ceux-ci tant au début<sup>8</sup> qu'en cours de société<sup>9</sup>. L'Acte uniforme dote à cet effet

---

nouvelle approche », *Revue de l'ERSUMA* n° 4, sept. 2014, version électronique sur <http://revue.ersuma.org>, p. 57 et s.

<sup>5</sup> SUNKAM KAMDEM A., «La réforme de l'appel public à l'épargne dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 30 janvier 2014 », *Juridique Périodique* n° 106, Avril-Mai-Juin 2016, p. 76.

<sup>6</sup> COZIAN M. et VIANDIER A., *Droit des sociétés*, 7<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1994, pp. 17-20.

<sup>7</sup> VOUDWE BAKREO, *L'exigence de transparence des sociétés commerciales dans l'espace OHADA*, Thèse Ngaoundéré, 2013.

<sup>8</sup> En début de société, le capital social représente le montant des apports en capital faits par les associés à la société : article 62 AUDSCGIE.

<sup>9</sup> En cours de société, le capital comprend en plus les réserves, les bénéfices et les primes diverses (primes d'apport, primes d'émission, primes de fusion) : articles 62 et 69 AUDSCGIE.

chaque entité sociétaire d'organes « de gestion, de direction et d'administration »<sup>10</sup>. Investis de la mission de garantir l'intérêt social<sup>11</sup> dans son expression la plus achevée, ils ont en charge toute la gestion de la société, et plus spécifiquement sa gestion financière<sup>12</sup>.

Sous le couvert de la gestion financière, la priorité est accordée à l'administration des richesses utilisées dans le cycle de production et de redistribution de la plus-value économique. A ce sujet, il ne faudrait certainement pas oublier que la société commerciale est créée dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter<sup>13</sup>. Il ne fait ainsi nul doute que le volet économique et financier de la gestion des sociétés commerciales soit le plus important de tout le fonctionnement de ces

---

<sup>10</sup> Article 122 AUDSCGIE.

<sup>11</sup> MOUTHIEU NJANDEU M.A., *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 354.

<sup>12</sup> Les règles de gestion financière des sociétés commerciales sont prévues par le livre 2 de l'AUDSCGIE en son titre 3 : « Etats financiers de synthèse annuels-Affectation du résultat ».

<sup>13</sup> Article 4 AUDSCGIE.

groupements de personnes et de biens. C'est la raison pour laquelle il est digne d'intérêt. A ce titre, les organes directeurs élaborent d'une part un rapport de gestion dans lequel ils exposent la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi et, en particulier les perspectives de continuation de l'activité, l'évolution de la situation de trésorerie et le plan de financement<sup>14</sup>. D'autre part, ils produisent des documents comptables constitués des états financiers de synthèse<sup>15</sup> auxquels sont annexés un état des cautionnements, avals et garanties et un état de sûretés réelles consenties par la société<sup>16</sup>.

De ce point de vue, le développement du droit OHADA au cours des dernières années emprunte des chemins pour le moins révélateurs d'une certaine ambivalence normative. A l'observation du phénomène de la codification, on peut relever que les

solutions retenues en matière de réglementation des compétences relatives à la production des documents ayant trait à la vie financière des sociétés sont restées identiques alors que les règles afférentes à la contexture desdits documents ont, quant à elles, quelque peu changé<sup>17</sup>. Par ailleurs, l'immutabilité des règles d'encadrement des compétences financières contraste avec le développement du contrôle de la gestion financière des sociétés commerciales. C'est ce qui peut justifier le contenu des ces lignes intégrant les réflexions suscitées par le nouveau paradigme du contrôle de la gestion financière des sociétés commerciales en droit OHADA, même si

---

<sup>14</sup> Article 138 AUDSCGIE.

<sup>15</sup> Article 137 AUDSCGIE et article 7 AUDCIF.

<sup>16</sup> Article 139 AUDSCGIE et article 8 AUDCIF.

---

<sup>17</sup> Pour ce qui est des règles de compétence en matière de production des documents financiers, il y a une continuité notoire entre l'ancien AUDSCGIE et le nouveau. Les articles 137 à 141 de l'ancien AUDSCGIE ont été tous repris dans le nouveau texte. L'on note cependant un réajustement des règles relatives à la tenue des documents financiers de la société dans la mesure où l'AUPOHCE du 24 mars 2000 prévoyait, en son article 8, que les états financiers de synthèse comprennent le Bilan, le compte de résultat, le Tableau financier des ressources et des emplois, ainsi que l'Etat annexé. Si le nouveau texte reprend tous ces éléments, il remplace cependant le Tableau financier des ressources et des emplois par le Tableau des flux de trésorerie (article 8 nouveau AUDCIF).

l'on ne saurait méconnaître l'existence de travaux antérieurs sur la question<sup>18</sup>.

Le moins que l'on puisse dire est que la gestion des sociétés ne peut intégrer des cycles vertueux que si et seulement s'il existe un contrôle institué. Ce dernier peut tout d'abord avoir une dimension interne. Dans cette perspective, il est déployé par les associés<sup>19</sup> et certains organes de gestion habilités tels que le conseil d'administration<sup>20</sup> dans les sociétés anonymes. Il est primordial, pour les sociétés, qu'elles puissent être dotées de mécanismes et d'organes de contrôle interne permettant de faire la lumière sur la gestion financière même s'il reste vrai que dans une perspective contradictoire, le contrôle interne doit être associé au contrôle externe qui peut être dévolu aux

créanciers sociaux<sup>21</sup>, aux obligataires<sup>22</sup>, aux autorités administratives indépendantes<sup>23</sup>, au juge<sup>24</sup> et surtout à des professionnels indépendants appelés commissaires aux comptes qui sont tous des créanciers de l'information financière.

Au-delà de la dichotomie contrôle externe/contrôle interne, l'enjeu du contrôle est de garantir la vérité et la sincérité des comptes sociaux<sup>25</sup> pour que soient jugulés les risques divers qui pourraient précipiter la société vers la déconfiture ou plus gravement vers un dépôt de bilan, toutes choses qui auraient des répercussions sur le tissu des entreprises et, partant, la santé de l'économie toute entière<sup>26</sup>. Fort opportunément, on peut considérer qu'un contrôle de la gestion bien mené en

---

<sup>18</sup> POUGOUE P.G., « L'impact de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE sur le contrôle et le développement des entreprises locales », *Juridis Périodique* n° 66, Avril-Mai-Juin 2006, p.107 et s; TSOBEING M.W., « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés commerciales OHADA », *RASJ* N° 2, L'Harmattan, Paris, 2015, p. 90, note n° 155. . EWANE MOTTO P.C., *La gouvernance des sociétés commerciales en droit de l'OHADA*, Thèse Paris-Est, 2015, p. 74 et s.

<sup>19</sup> TSOBEING M.W., art. préc. pp. 55-102.

<sup>20</sup> Article 435 alinéa 2 AUDSCGIE.

---

<sup>21</sup> Articles 194, 202, 264, 266, 631, 633 AUDSCGIE.

<sup>22</sup> Articles 678 et 686 AUDSCGIE.

<sup>23</sup> Il s'agit entre autres de la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC), du Conseil National du Crédit (CNC), de la Commission Régionale de Contrôle des Assurances (CRCA) et de la Commission des Marchés Financiers (CMF).

<sup>24</sup> Articles 152 al. 1 et 4, 156 al. 3, 160-5, 716 al. 2 AUDSCGIE.

<sup>25</sup> Article 9 AUDCIF.

<sup>26</sup> KOM J., *Droit des entreprises en difficulté OHADA*, PUA, Yaoundé, 2013, p. 11.

amont maintiendrait les sociétés *in bonis*<sup>27</sup> et éviterait, en aval, la décrépidité vers la situation de société *in malus*<sup>28</sup>. L'Acte uniforme sur les sociétés commerciales intègre fondamentalement cet aspect des choses en s'inscrivant dans la logique de la consolidation<sup>29</sup> du contrôle de la gestion des sociétés.

---

<sup>27</sup> La société est dite *in bonis* quand elle est économiquement saine.

<sup>28</sup> Lorsqu'elle est *in malus*, la société n'est plus rentable : on dit dans ce cas qu'elle est en état de cessation des paiements dans la mesure où elle n'arrive plus à faire face à son passif exigible avec son actif disponible : article 25 alinéa 2 AUPC.

<sup>29</sup> Le contrôle externe est expressément prévu dans les SA (Société Anonyme), SAS (Société par Actions Simplifiée), SARL (Société à Responsabilité Limitée), et SNC (Société en Nom Collectif). Dans la SCS (Société en Commandite Simple), le législateur utilise une méthode indirecte d'introduction du commissaire aux comptes puisqu'il étend en la matière, les règles de la SNC (art. 293-1). Dans les sociétés opaques (Société créée de fait, Société en participation), le contrôle externe n'est même pas envisagé. Cela pourrait se comprendre par la considération selon laquelle l'application des dispositions de la SNC aux sociétés concernées (art. 856 et art. 868 AUDSCGIE) ne joue que dans les rapports entre associés ou avec les tiers, précisément leur responsabilité au passif social. Cette extension des règles de la SNC ne semble pas concerner la gestion et le contrôle de la gestion de ces sociétés. Il convient cependant de se poser la question de savoir si l'extension d'office du régime de la SNC à ces différentes sociétés pourrait néanmoins être prise en compte dans la perspective d'une réflexion sur la dotation de ces entités en commissaires aux comptes.

Le texte communautaire du 30 janvier 2014<sup>30</sup>, qui abroge celui du 17 avril 1997<sup>31</sup>, reconduit une bonne partie des solutions antérieures en matière de contrôle de gestion des sociétés. Plus qu'une reconduction, il intègre des perspectives nouvelles en ce domaine dans le but d'asseoir avec consistance la fonction de contrôle. Cette variation entre l'ancien et le nouveau peut être appréhendée en termes de paradigme, c'est-à-dire en modèle théorique de pensée qui oriente la recherche et la réflexion scientifiques<sup>32</sup>. Fort de cela, on peut considérer, du point de vue du contrôle de la gestion financière, que le modèle théorique ancien était fondé sur la consécration du contrôle externe dans les sociétés anonymes, avec une extension dudit contrôle aux sociétés à responsabilité limitée d'une part, et, d'autre part, une soumission des sociétés de personnes au contrôle interne.

En utilisant la double perspective du contrôle de la gestion des sociétés commerciales, il sera question d'intégrer

---

<sup>30</sup> J.O OHADA du 04/02/2014.

<sup>31</sup> J.O OHADA n° 2, 01/10/97.

<sup>32</sup> *Le Petit Larousse Illustré*, Larousse, Paris, 2005, p. 784.

les innovations introduites pour comprendre en filigrane les grandes orientations de la législation communautaire en la matière. Pour y parvenir, les termes de la difficulté que soulève la présente analyse doivent être bien circonscrits.

Si l'on ne peut nier la nécessité du contrôle de la gestion des sociétés commerciales, on ne saurait non plus minorer l'idée selon laquelle cette nécessité doit être imbibée des considérations relatives à la forme de société<sup>33</sup> et, au-delà, du type de société<sup>34</sup>. Les sociétés de capitaux, en raison de la lourdeur des fonds investis, doivent être obligatoirement contrôlées de l'intérieur et de l'extérieur. Quant aux autres sociétés, la dimension de *l'intuitu personae* qui est si prégnante dans le

---

<sup>33</sup> Article 6 AUDSCGIE.

<sup>34</sup> La typologie des sociétés commerciales en droit OHADA peut être articulée autour de la distinction entre les sociétés à risque limité et les sociétés à risque illimité ; les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux ; les sociétés immatriculées et les sociétés non immatriculées ou les sociétés personnifiées et les sociétés non personnifiées, ainsi que les sociétés par actions et les sociétés par intérêts, les sociétés faisant ou non appel public à l'épargne. Cette classification est l'œuvre de la doctrine, v. COZIAN M., VIANDIER (A) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 24<sup>e</sup> éd., Paris, Lexis Nexis, 2011, pp. 14 et 15.

cadre de la constitution<sup>35</sup> et du fonctionnement<sup>36</sup> de la société rendrait moins nécessaire le contrôle externe et plus utile le contrôle interne.

Seulement, il ne faudrait pas oublier que les sociétés de personnes qui, pour l'essentiel, font référence aux petites ou aux moyennes entreprises<sup>37</sup> drainent de

---

<sup>35</sup> La considération de la personne de l'associé se traduit par l'exclusion de certaines catégories de personnes qui, en raison de leur âge (les mineurs), de leur état mental (majeurs incapables) ou de leur situation matrimoniale (époux), doivent être à l'abri des conséquences juridiques de la participation à une société dans laquelle ils auraient tous la qualité de commerçant. Cependant, l'admission des autres catégories se fait sur la base des critères de proximité sociologique qui fondent une certaine confiance mutuelle qui se veut l'âme d'un partenariat sanctifié par une communauté de destin.

<sup>36</sup> La considération de la personne transparaît fortement dans le fonctionnement d'une société de personnes. Dans ce type de société, les associés sont, dans le principe, les véritables contrôleurs de la gestion financière et comptable de la société puisque les fonds investis ne tutoient pas le plus souvent ceux des sociétés de capitaux. Puisque l'associé d'une société de capitaux sait que le commissaire aux comptes de la société garantit d'une manière ou d'une autre la saine gestion financière de la société, il n'est pas tenu de participer aux assemblées générales et est encore moins enclin à déclencher de son chef les mécanismes de contrôle interne.

<sup>37</sup> Dans l'espace OHADA, les petites entreprises ont un nombre de travailleurs inférieur ou égal à vingt (20), un chiffre d'affaires n'excédant pas cinquante millions (50 000 000) de francs CFA : article 1-3 AUPC. Il va de soi que les moyennes entreprises

plus en plus de capitaux, ce qui permet de consolider l'idée de leur financiarisation accrue. L'argument de la financiarisation des sociétés de personnes pourrait ainsi à juste titre bouleverser l'approche classique du contrôle, notamment par une introduction poussée du contrôle externe.

**Le moins que l'on puisse dire est que ces variations interpellent au plus haut point le législateur communautaire, d'où la question du modèle récemment choisi à la fois par l'Acte uniforme sur les sociétés et celui relatif au droit comptable et à l'information financière. Il faut donc se demander en quoi le modèle théorique du contrôle externe et du contrôle interne de la gestion financière des différents types de sociétés commerciales est rénové ?**

A partir de cette interrogation, il faudrait certainement comprendre la progression engrangée par le texte communautaire convoqué en matière de contrôle de gestion des sociétés commerciales. Il est nécessaire de considérer qu'à chaque fois que le législateur intervient dans un domaine préalablement réglementé, c'est très

---

obéissent à des critères qui excèdent ceux préalablement évoqués.

souvent pour apporter des solutions nouvelles susceptibles de faire progresser la réglementation.

Tel que nouvellement réglementé, le contrôle de la gestion des sociétés commerciales présente certains traits qui traduisent un dosage différencié de ses composantes interne et externe. Ainsi si l'on peut d'une part noter l'élargissement du contrôle externe de la gestion financière aux sociétés autres que les sociétés anonymes (I), il convient d'autre part de relever le renforcement du contrôle interne de la gestion financière des sociétés anonymes (II).

### **I - L'ELARGISSEMENT DU CONTROLE EXTERNE DE LA GESTION FINANCIERE AUX SOCIETES AUTRES QUE LES SOCIETES ANONYMES**

Trop souvent considéré comme la seule affaire des sociétés anonymes, le contrôle externe de la gestion a vu son champ s'étendre au fil des différents âges du droit OHADA des sociétés commerciales<sup>38</sup>. Si l'élargissement du contrôle externe de la gestion financière aux sociétés autres que les sociétés

---

<sup>38</sup> POUGOUE P.G., art. préc., p. 111. L'auteur évoque l'idée de la généralisation du commissaire aux comptes en se référant pour l'essentiel, en dehors de la SA, à la SARL.

anonymes est envisagé par l'Acte uniforme comme une option (A), il serait nécessaire que le texte communautaire évolue vers un élargissement de plein droit dudit contrôle aux sociétés indiquées (B).

#### **A - L'OPTION DE L'ELARGISSEMENT DU CONTROLE EXTERNE DE LA GESTION FINANCIERE AUX SOCIETES AUTRES QUE LES SOCIETES ANONYMES**

Il paraît important de dégager la consistance de l'option de d'élargissement du contrôle externe de la gestion financière (1) avant d'en envisager l'appréciation (2).

##### **1. La consistance de l'option**

D'une manière générale, l'on note que l'Acte uniforme élargit le contrôle externe aux sociétés autres que les sociétés anonymes. Cet élargissement procède d'une option qui intègre le contrôle externe obligatoire (a) et le contrôle externe facultatif (b).

##### **a) Le contrôle externe obligatoire**

D'un point de vue chronologique, il faut remonter à l'Acte uniforme du 17 avril 1997 pour apprécier le mouvement d'adjonction du contrôle externe de la gestion aux sociétés autres que les sociétés anonymes. Pouvant être admis

comme principe que les sociétés en question ne doivent pas être *ipso facto* contrôlées par un commissaire aux comptes, la désignation de cet organe devenait cependant obligatoire si certaines conditions étaient réunies. D'abord conçues pour la SARL, les conditions dont s'agit ont par la suite été étendues aux SNC et SCS, mais sont consubstantielles à la SAS.

La première, et certainement la plus importante, était celle du capital social. Ainsi, dans la législation antérieure<sup>39</sup>, la SARL était tenue de désigner un commissaire aux comptes lorsque son capital social excédait dix millions FCFA. Si le montant du capital social ainsi requis permet de rappeler quelque peu, et à juste titre, celui exigé pour la constitution d'une société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne<sup>40</sup>, on pourrait tout aussi bien légitimer l'idée selon laquelle la SARL ayant eu un volume de dotation semblable à celui de la SA devait obligatoirement être pourvue d'un commissaire aux

<sup>39</sup> Article 376 AUDSCGIE du 17 avril 1997.

<sup>40</sup> Dans la législation antérieure comme dans la législation actuelle, le capital social minimum pour constituer une société anonyme est de dix millions (10 000 000) de francs CFA.

comptes. Selon les critères en second, la SARL qui n'avait pas un capital social supérieur à dix millions FCFA, mais qui avait un chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions ou un effectif permanent supérieur à cinquante personnes, était également tenue de désigner au moins un commissaire aux comptes. Puisque la loi uniforme n'a pas opté pour le cumul de ces conditions, la vérification de l'une d'elles, dans une logique alternative, suffirait à déclencher l'institution du contrôle externe obligatoire.

Contrairement à l'Acte uniforme de 1997, le nouveau texte communautaire aligne trois conditions dont seulement deux suffisent à établir, à la clôture de l'exercice social, l'obligation de pourvoir la société d'un commissaire aux comptes. Ces conditions intègrent le chiffre d'affaires<sup>41</sup>, le bilan<sup>42</sup> et le personnel

salarié<sup>43</sup>. Si la condition de l'effectif supérieur à cinquante personnes est reconduite *in extenso*, il faut lui ajouter celles du bilan supérieur à cent vingt-cinq millions de francs CFA et un chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions de francs CFA. L'on peut fort opportunément relever que la suppression de la condition relative au capital social s'est sans doute faite en considération de la possibilité reconnue aux législateurs nationaux de ramener ledit capital en dessous du seuil communautaire fixé à un million de francs CFA<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Généralement considéré comme le montant des ventes de biens et services liés aux activités courantes (article 84 AUDCIF), le chiffre d'affaires est toujours indiqué dans le tableau d'activité et de résultat de la société (article 850 AUDSCGIE).

<sup>42</sup> Le bilan décrit séparément les éléments d'actifs et les éléments de passif constituant le patrimoine de la société. Il fait apparaître de façon distincte les capitaux propres : article 29 AUDCIF.

---

<sup>43</sup> Il devrait s'agir de personnes liées à la société par un contrat de travail effectif et percevant une rémunération figurant dans les charges de la société telles que prises en compte dans la détermination du bénéfice comptable.

<sup>44</sup> D'après l'article 311 AUDSCGIE : « *Sauf dispositions nationales contraires, le capital social doit être d'un million (1000 000) de francs CFA au moins...* ». C'est dans cette perspective que le législateur camerounais a récemment fixé, par la loi n° 2016/014 du 14 décembre 2016, le capital social de la SARL à cent mille (100 000) francs CFA. D'autres pays membres de l'OHADA ont également fixé le capital de la SARL à cent mille (100 000) francs CFA. Il s'agit notamment du Togo (v. art. 3 du Décret n° 2014-119/PR du 19 mai 2014 déterminant la forme des statuts et le capital social pour les sociétés à responsabilité limitée) et du Gabon (v. Loi n° 13/2016 du 5 septembre 2016 relative à la simplification de la création des sociétés à responsabilité limitée en République gabonaise). D'autres Etats membres ont tout

Au regard de ce qui précède, l'on peut soutenir qu'il existe une forte équipollence entre les conditions de désignation obligatoire du commissaire aux comptes dans les SARL et les SAS<sup>45</sup>. Toutefois, la SAS peut être tenue de procéder à la désignation d'un commissaire aux comptes dans un autre cas de figure, celui de la restructuration<sup>46</sup>. A ce titre, il convient de rappeler que l'Acte uniforme prévoit un procédé de restructuration qualifié groupe de sociétés. Par groupe de sociétés, il faut entendre « *l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens*

---

simplement laissé le soin aux associés de la SARL de déterminer librement le capital social dans les statuts. Tel est le cas du Bénin (v. art. 6 du Décret n° 2014-220 du 26 mars 2014 portant modalités de création des Sociétés à Responsabilité Limitée (SARL) en République du Bénin), de la République Démocratique du Congo (v. art. 2 de l'Arrêté interministériel n° 002/CAB/MIN/JGS&DH/014 et n° 243/CAB/MIN/FINANCES/2014 du 30 déc. 2014 déterminant la forme des statuts et le capital social de la Société à Responsabilité Limitée), du Sénégal (v. article 1<sup>er</sup> de la Loi 2015-07 du 9 avril 2015 portant réglementation du capital social de la SARL), de la Côte d'Ivoire (v. article 5 de l'Ordonnance n° 2014-161 du 02 avril 2014 relative à la forme des statuts et au capital social de la Société à Responsabilité Limitée).

<sup>45</sup> Voir dans ce sens les similitudes qui existent entre les dispositions des articles 376 et 853-13 AUDSCGIE.

<sup>46</sup> Article 853-13 alinéa 4 AUDSCGIE.

*divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres* »<sup>47</sup>. Le contrôle, qui s'entend de la détention effective du pouvoir de décision au sein de la société<sup>48</sup>, est présumé lorsqu'on y détient plus de la moitié des droits de vote donc plus de la moitié du capital social<sup>49</sup>. L'effort de déclinaison du phénomène du contrôle permet, à l'examen, de comprendre que la loi uniforme s'arc-boute sur les liaisons en capital pour rendre obligatoire la désignation d'un commissaire aux comptes dans les sociétés par actions simplifiée. Activement, la SAS qui contrôle une ou plusieurs sociétés est tenue de désigner un commissaire aux comptes. Passivement, la SAS qui est contrôlée par une ou plusieurs sociétés doit être soumise au contrôle externe.

Qu'à cela ne tienne, il convient de relever, à titre supplémentaire, que la désignation d'un commissaire aux comptes dans une SAS peut procéder d'une autre situation. Ainsi, dans l'hypothèse d'une variation du capital social de la société par actions simplifiée

---

<sup>47</sup> Article 173 AUDSCGIE.

<sup>48</sup> Article 174 AUDSCGIE.

<sup>49</sup> Article 175 AUDSCGIE.

en termes d'augmentation par compensation des créances sur la société, il doit s'ensuivre un arrêté de compte obligatoirement certifié exact par un commissaire aux comptes, même si la société n'en possède pas un<sup>50</sup>. Il faut voir dans cette prescription la volonté manifeste du législateur de soumettre la gestion de cette société au contrôle externe.

Incontestablement, l'Acte uniforme innove en prévoyant l'obligation pour la SNC de se doter d'un organe de contrôle externe alors que jusqu'avant la réforme de 2014, cette société était principalement soumise au contrôle des associés. La SNC qui remplit deux des conditions prévues par la loi, à savoir un total bilan supérieur à deux cent cinquante millions de francs CFA, un chiffre d'affaires annuel supérieur à cinq cent millions de francs CFA ou un effectif permanent de plus de cinquante personnes, est tenue de désigner un commissaire aux comptes<sup>51</sup>. L'on note ainsi que le législateur durcit en les reprenant, les conditions relatives au

chiffre d'affaires et au bilan dans une perspective comparative avec les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées.

Prévoir la désignation obligatoire d'un commissaire aux comptes dans les sociétés en nom collectif est en soi une avancée majeure qui traduit irrémédiablement la volonté législative d'extension du contrôle externe à ces entités sociétaires où la confiance entre les partenaires est assise sur la proximité qui existe entre eux en termes d'*intuitu personae*. Il s'agit véritablement là d'une rupture significative de paradigme en matière de contrôle, et qui ne saurait passer inaperçue. Une telle situation était d'ailleurs prévisible si l'on relève que la loi uniforme consacrait déjà le droit pour un associé de se faire assister par un expert-comptable ou un commissaire aux comptes au moment où il actionne le contrôle interne qui consiste à consulter, au siège social, deux fois par an, tous les documents et pièces comptables de la société<sup>52</sup>.

A la lecture de l'Acte uniforme sur les sociétés, l'on note que la désignation

---

<sup>50</sup> Article 853-13 alinéa 6 AUDSCGIE

<sup>51</sup> Article 289-1 AUDSCGIE.

---

<sup>52</sup> Article 289 alinéa 3 AUDSCGIE.

obligatoire du commissaire aux comptes a été prévue dans la société en commandite simple de manière plus ou moins indirecte. A ce sujet, le texte communautaire<sup>53</sup> dispose d'une part que « *les associés commanditaires et les associés commandités non gérants ont le droit, deux fois par an, d'obtenir communication des livres et documents sociaux et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale, auxquelles il doit être répondu également par écrit* » ; et d'autre part qu'« *à cette fin, les documents visés à l'alinéa précédent, le texte des résolutions proposées ainsi que, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes, sont communiqués aux associés au moins quinze jours avant la tenue de l'assemblée...* »<sup>54</sup>.

Cette dernière disposition permet ainsi de supputer que le commissaire aux comptes peut être désigné dans une SCS. Au soutien de cette idée, l'on devrait relever que « *les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont applicables aux sociétés en commandite simple, sous réserve des règles prévues au présent*

*livre* ». Dans la mesure où elles ne dénaturent pas la SCS, les règles relatives à la désignation obligatoire du commissaire aux comptes dans la SNC<sup>55</sup> s'appliquent à la SCS.

L'opportunité du contrôle externe de la gestion de la SCS repose tout d'abord sur la proximité qu'elle entretient avec la SNC. Comme la SNC, la SCS est composée d'associés ayant la qualité de commerçants et tenus indéfiniment et solidairement du passif social<sup>56</sup>. Cette considération met ainsi la SNC et la SCS à des niveaux similaires qui font qu'elle soit portée à avoir le même régime en termes de contrôle. Il serait en réalité superflu de prévoir, facultativement ou obligatoirement, la désignation du commissaire aux comptes dans une SNC, mais de ne rien prévoir dans une SCS. Cela est d'autant plus superflu que la SCS est une entité sociétaire gérée à titre principal par les commandités<sup>57</sup>. Si les commanditaires ne peuvent faire aucun acte de gestion externe<sup>58</sup>, il paraît

---

<sup>53</sup> Article 307 AUDSCGIE.

<sup>54</sup> Article 306 AUDSCGIE.

---

<sup>55</sup> Article 289-1 alinéa 1 AUDSCGIE.

<sup>56</sup> Article 293 AUDSCGIE.

<sup>57</sup> Article 298 AUDSCGIE.

<sup>58</sup> Article 299 AUDSCGIE.

nécessaire que le contrôle interne qu'ils peuvent effectuer sur la gestion de la société soit renforcé par un contrôle externe diligenté par un commissaire aux comptes. L'opportunité du contrôle externe repose par la suite sur la logique qui sous-tend la création de la SCS. Le financement des SCS est généralement fait par les commanditaires<sup>59</sup> qui doivent tout de même pouvoir être assistés d'un commissaire aux comptes pour qu'ils soient assurés que les fonds mis à disposition de la société sont utilisés dans le strict respect de l'orthodoxie financière et comptable qui est recherchée même à travers le contrôle externe facultatif.

#### **b) Le contrôle externe facultatif**

Si l'institution du contrôle externe obligatoire dans les sociétés autres que les sociétés anonymes procède d'une rhétorique législative quasi-systématique, la même observation peut être faite quant à ce qui concerne la disparition de l'obligation de désignation du commissaire aux comptes dans toutes les sociétés bénéficiant de l'extension du contrôle externe. A ce titre, l'on peut relever que *« la société n'est plus tenue de désigner un*

*commissaire aux comptes dès lors qu'elle n'a pas rempli deux des conditions fixées...pendant les deux exercices précédant l'expiration du mandat du commissaire aux comptes* »<sup>60</sup>. Cette disposition est pertinente dans la mesure où la loi uniforme fixe à trois ans la durée du mandat du commissaire aux comptes dans la SARL<sup>61</sup>. Dans un souci de cohérence législative<sup>62</sup>, la solution qui prévaut pour la société à responsabilité limitée est la même pour les autres sociétés<sup>63</sup>. En fin de compte, sur une période triennale, la société considérée qui ne vérifie plus les conditions posées par la loi pour le contrôle externe obligatoire sur les deux dernières années

---

<sup>59</sup> COZIAN M. et VIANDIER A., *op. cit.*, p. 472.

---

<sup>60</sup> Article 289-1 alinéa 2 AUDSCGIE pour la SNC et la SCS, si l'on prend en compte l'article 293-1 AUDSCGIE; article 376 alinéa 2 AUDSCGIE pour la SARL; article 653-13 alinéa 3 AUDSCGIE pour la SAS.

<sup>61</sup> Article 379 AUSCGIE.

<sup>62</sup> L'article 289-1 alinéa 4 AUDSCGIE prévoit à cet égard que *« les dispositions des articles 377 et suivants ci-après sont applicables à tout commissaire aux comptes désigné conformément aux dispositions du présent article »*. Il est sans ignorer que les articles 377 et suivants s'appliquent à titre principal aux SARL.

<sup>63</sup> L'extension aux SNC et SCS est aisément envisageable. Pour la SAS, elle reste questionnable du fait de l'absence d'une disposition expresse.

n'est plus liée par l'obligation de désigner un commissaire aux comptes. La désignation devient alors facultative.

Le contrôle externe de la gestion reste envisageable dans les formes sociétaires qui ne vérifient pas littéralement les conditions prévues par l'Acte uniforme relatives au contrôle externe obligatoire. L'on peut lire trait pour trait, pour les SNC<sup>64</sup> et les SARL<sup>65</sup>, que lorsqu'elles ne remplissent pas les conditions fixées par la loi uniforme, la nomination du commissaire aux comptes est facultative. L'exclusion de la SAS dans le cas d'espèce paraît tout de même étrange lorsqu'on sait qu'elle présente une certaine proximité avec les SNC et SARL pour ce qui concerne les conditions de désignation du commissaire aux comptes.

L'on serait en droit de considérer que la désignation facultative d'un commissaire aux comptes dans une SAS, lorsque cette dernière ne vérifie pas les conditions requises pour être soumise au contrôle externe obligatoire, reste envisageable. Du point de vue de la

coordination des normes relevant du droit spécial des sociétés commerciales, l'on ne saurait admettre que ce qui est prévu pour la SARL et la SNC ne le soit pas pour la SAS. Il s'agit soit d'une maladresse du législateur soit d'une simple omission dans la construction du régime de la désignation facultative du commissaire aux comptes. Le moins que l'on puisse dire est qu'à situations identiques, mesures identiques. La disparité des mesures relatives à la désignation facultative du commissaire aux comptes au sein d'un même texte est assurément une aspérité qui doit être gommée. A notre modeste avis, rien ne saurait s'opposer à ce que la SAS fasse le choix de la désignation d'un commissaire aux comptes lorsque la société ne vérifie pas les conditions du chiffre d'affaires, du bilan et de l'effectif permanent. Qu'à cela ne tienne, il reste que la désignation d'un commissaire aux comptes peut être obtenue suivant un autre canal.

Dans cet élan, le texte communautaire ouvre la voie à la désignation judiciaire du commissaire aux comptes. Celui ou ceux des associés détenant le dixième du capital social peut saisir le juge pour obtenir la désignation

---

<sup>64</sup> Article 289-1 alinéa 3 AUDSCGIE.

<sup>65</sup> Article 376 alinéa 3 AUDSCGIE.

d'un commissaire aux comptes<sup>66</sup>. Comme on peut le constater pour le relever, les conditions requises pour la désignation judiciaire d'un commissaire aux comptes rappellent à juste titre celles posées par le législateur pour solliciter une expertise de gestion<sup>67</sup>.

A la différence de la procédure en désignation d'un expert de gestion, la procédure de désignation d'un commissaire aux comptes dans les sociétés autres que les sociétés anonymes se heurte quelque peu à l'obstacle de l'imprécision. Si l'expertise de gestion peut être demandée à la juridiction compétente du siège social statuant à bref délai, l'on devrait toutefois relever que le texte communautaire ne donne aucune indication sur la nature de la juridiction devant être saisie pour connaître de la demande en désignation d'un commissaire aux comptes<sup>68</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'on devrait considérer que la désignation d'un commissaire aux comptes relèverait de la juridiction gracieuse et non pas de la juridiction contentieuse. Par ailleurs, on pourrait tout aussi bien admettre que la désignation d'un commissaire aux comptes soit une question devant être résolue dans des délais brefs si l'on considère qu'il y va du fonctionnement harmonieux de la société. La somme de ces considérations permet ainsi d'établir une équipollence entre la voie judiciaire de la désignation d'un expert de gestion et celle de la nomination d'un commissaire aux comptes. Sur le fondement de cette symétrie, la juridiction présidentielle du tribunal de première instance aurait compétence, en droit judiciaire privé camerounais<sup>69</sup>. L'instance s'ouvrira à coup sûr par une requête simple adressée au président du tribunal de première instance du siège social qui prendra une

---

<sup>66</sup> Article 289-1 alinéa 3 AUDSCGIE pour la SNC et la SCS; article 376 alinéa 3 AUDSCGIE pour la SARL ; article 853-13 alinéa 5 AUDSCGIE pour la SAS.

<sup>67</sup> L'expertise de gestion est prévue par l'article 159 AUDSCGIE.

<sup>68</sup> Les articles 853-13 alinéa 5 pour la SAS, 289-1 alinéa 3 pour la SNC et 376 alinéa 3 pour la SARL affichent un mutisme total sur la question.

---

<sup>69</sup> Article 15 alinéa 2 de la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire. Voir aussi ANOUKAHA F., « La réforme de l'organisation judiciaire au Cameroun », *Juridis Périodique* n° 68, Octobre-Novembre-Décembre 2006, p. 51; AMNESS E., *L'office juridictionnel du président du tribunal de première instance*, Mémoire de Master, Université de Yaoundé II, Année académique 2014-2015, p. 24.

ordonnance au pied de la requête et dont l'objet sera la désignation d'un commissaire aux comptes parmi les experts comptables agréés. En tout état de cause, l'option de l'élargissement du contrôle externe de la gestion aux sociétés différentes des sociétés anonymes doit être appréciée.

## **2. L'appréciation de l'option**

Que ce soit le contrôle externe facultatif ou obligatoire, il est important de relever que l'Acte uniforme sur les sociétés a essentiellement financiarisé les conditions de désignation de la figure devant conduire les opérations de vérification des comptes sociaux en toute indépendance. Cela est assez curieux et dénote de ce que le contrôle externe est, pour certaines sociétés commerciales, une simple question d'opportunité financière mieux une simple contingence au lieu d'être inscrite au rang de question consubstantielle au fonctionnement des sociétés commerciales comme c'est le cas dans les sociétés anonymes.

Dans un domaine aussi sensible que celui de l'exercice de l'activité économique par les sociétés commerciales, la question du contrôle externe ne devrait pas être reléguée au

rang de simple contingence. Il s'agit plutôt d'une question structurelle qui participe de la construction de l'équilibre financier des entités sociétaires dont le rôle dans l'environnement macroéconomique est tout aussi singulier. Aussi est-on fondé à considérer que ce ne sont pas les performances financières et comptables de la société en termes de chiffre d'affaires et de bilan ou encore leur capacité à embaucher du personnel salarié qui devraient orienter la désignation du commissaire aux comptes. Une telle désignation devrait être imposée *a priori*.

Une désignation *a priori* permettrait de mieux structurer l'activité comptable et financière de la société pour que cette dernière puisse justement réaliser les performances que le législateur fixe pour doter la structure sociétaire d'un commissaire aux comptes. Produire des états financiers de synthèse annuels relève d'un labeur comptable dont la sincérité ne saurait être relevée que par l'office d'un organe de contrôle externe tenant lieu de commissariat aux comptes. Il n'est pas toujours acquis que les dirigeants sociaux aient des compétences nécessaires pour élaborer et interpréter les documents comptables. La

complexité de l'orthodoxie comptable et financière, parfois jugulée par le recours à l'expertise extérieure, peut conduire les dirigeants à commettre de nombreuses irrégularités pouvant conduire à établir leur responsabilité pénale<sup>70</sup>.

Plus qu'une question structurelle, le contrôle externe se veut une préoccupation hautement technique qui relève de l'ingénierie financière et comptable des sociétés. Il est toujours bon que l'information financière que les dirigeants sociaux utilisent dans la perspective de la prise des décisions stratégiques soit la plus exacte possible à l'issue d'un ensemble d'opérations de vérifications par des professionnels du contrôle. Or lorsque les fondements du contrôle externe ne sont pas scellés, le risque de confusion et d'imprécision est énorme. Il est alors hautement important de « définanciariser » le processus de désignation du commissaire aux comptes

pour le rendre plus stable dans une perspective purement nouvelle.

Cette approche conduit ainsi à invalider la démarche du législateur qui s'attèle à construire de manière arbitraire des conditions de désignation du commissaire aux comptes. L'on est fondé à questionner la pertinence des conditions relatives au chiffre d'affaires, au bilan et à l'effectif salarié. Il s'agit d'indicateurs qui sont adossés sur des fluctuations qui sont fonction de l'environnement macroéconomique. Aussi peut-on raisonner dans deux sens. Lorsque l'environnement macroéconomique est favorable à la croissance, les indicateurs sur lesquels s'appuie le législateur peuvent se vérifier, ce qui conduira la société à se doter obligatoirement d'un commissaire aux comptes. Dans l'hypothèse inverse, la désignation ne serait plus d'actualité. Aussi peut-on observer que la nomination du commissaire aux comptes relèvera d'autres circonstances le plus souvent laissées au bon vouloir des associés.

Sur la base de ces considérations, on aurait un contrôle externe frappé du triple sceau de la versatilité, de l'instabilité et de la précarité. Si l'on peut comprendre que les choix de politique législative soient

---

<sup>70</sup> « Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, ont, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition des dividendes fictifs » : article 889 AUDSCGIE. Il faut par ailleurs prendre en compte les dispositions de l'article 111 AUDCIF. Sur la question, v° ANOUKAHA F. et al., *OHADA Sociétés commerciales et G.I.E.*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 282 et s. ; SOCKENG R., *Droit pénal des affaires OHADA*, UNIDA, 1<sup>ère</sup> éd., Mars 2007, p. 86 et s.

de nature à hisser les sociétés concernées à un certain standard au regard des considérations relatives à la surface financière qui doivent être prises en compte dans un environnement capitalistique qui ne laisse aucune place à l'improvisation dans la gestion financière et comptable, il faut toutefois considérer que le législateur ne saurait improviser pour ce qui est de la dotation des sociétés commerciales en organes de contrôle externe qui participent de la structuration même des entreprises commerciales sociétaires.

Au-delà des considérations qui précèdent, l'option de l'élargissement du contrôle externe de la gestion financière aux sociétés autres que les sociétés anonymes pêche en pertinence dans la mesure où le régime de désignation obligatoire ou facultatif des organes de contrôle externe dans les sociétés en nom collectif est lacunaire. La conséquence est qu'il faille automatiquement migrer vers les dispositions régissant le contrôle externe des SARL et surtout des SA pour construire la suite du régime de la désignation du commissaire aux

comptes<sup>71</sup>. Voilà bien curieuse manière d'étendre l'institution aux sociétés en nom collectif. L'on ne saurait perdre de vue que le référent normatif en matière de désignation du commissaire aux comptes reste les dispositions applicables, en ce domaine, à la SA<sup>72</sup>.

Le régime du contrôle externe de la SA constitue un modèle de pragmatisme juridique et comptable. Or ce pragmatisme est absent dans les autres formes de société. Pour le comprendre, il faut nécessairement convoquer l'Acte uniforme sur les sociétés. Dans les termes de ce texte, « *le contrôle est exercé, dans chaque société anonyme, par un ou plusieurs commissaires aux comptes* »<sup>73</sup>. En ajoutant d'une part que « *les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne sont tenues de désigner un commissaire aux comptes et un suppléant* »<sup>74</sup> et, d'autre part, que « *les sociétés anonymes faisant appel public à*

---

<sup>71</sup> L'article 289 -1 al. 4 applicable à la SNC renvoie aux articles 377 et s. applicables à la SARL. L'article 377 renvoie à son tour aux articles 694 et s. applicables à la SA.

<sup>72</sup> Articles 694 et s. AUDSCGIE.

<sup>73</sup> Article 694 alinéa 1.

<sup>74</sup> Article 702 alinéa 1.

*l'épargne sont tenues de désigner au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants* »<sup>75</sup>, on peut aisément mesurer l'écart qui existe entre les sociétés anonymes et les autres formes de société. Ce régime impératif se situe aux antipodes d'un autre qui oscille entre désignation obligatoire assortie de conditions et désignation facultative. Manifestement, il apparaît que le régime de désignation du commissaire aux comptes dans les SA est un régime d'ordre public, ce qui n'est pas le cas dans les autres formes de société.

Même s'il existe des raisons de croire en la pertinence de l'option de l'élargissement du contrôle externe tel qu'évoquée, notamment sur le fondement d'une certaine volonté législative de faire bouger les lignes du contrôle, cet espoir reste évanescent. Dans ce sens, il faut indéniablement se reporter aux dispositions pénales sur les sociétés qui prévoient qu' *« encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui n'ont pas provoqué la désignation des commissaires aux comptes de la société... »*<sup>76</sup>. Cette

disposition pénale incrimine le défaut de désignation du commissaire aux comptes dans une société où une telle désignation est prévue. Si cette incrimination s'impose avec toute sa force dans l'hypothèse d'une désignation obligatoire, on peut toutefois douter de sa pertinence en cas de désignation facultative. Dans ce dernier cas de figure, on imaginerait mal que soit poursuivi devant les juridictions répressives un dirigeant social n'étant pas tenu de désigner un commissaire aux comptes.

Qu'à cela ne tienne, l'incrimination en question traduit l'importance que le législateur accorde à la fonction de contrôle externe des sociétés commerciales. Elle a en outre le mérite de préciser que seuls sont susceptibles d'être poursuivis les dirigeants sociaux. Ne saurai(en)t ainsi commettre une infraction, l'associé ou les associés qui, détenant au moins le dixième du capital social, ne demande(nt) pas en justice la désignation du commissaire aux comptes. Ces insuffisances relevées, l'on ne saurait que pencher vers l'élargissement de plein droit du contrôle externe de la gestion financière.

---

<sup>75</sup> Article 702 alinéa 2.

<sup>76</sup> Article 897 AUDSCGIE.

**B - L'ÉLARGISSEMENT DE PLEIN DROIT DU  
CONTROLE EXTERNE DE LA GESTION  
FINANCIERE AUX SOCIETES AUTRES QUE  
LES SOCIETES ANONYMES**

Considérations prises de la nature de la société et du régime de la responsabilité des associés, il est constaté que dans le même texte, les solutions relatives au contrôle externe sont prévues de manière divergente et disparate. Or, l'on ne devrait pas oublier que la distinction entre sociétés de capitaux et sociétés de personnes est aujourd'hui évanescence<sup>77</sup> de telle sorte que le régime de contrôle de la gestion financière pourrait être identique pour toutes les formes de société. Fort de cela, le droit OHADA devrait progresser vers l'introduction de plein droit du contrôle externe de la gestion dans les sociétés autres que les sociétés anonymes. Si le droit uniforme des sociétés doit être réformé à ce sujet (1), le droit comptable positif quant à lui laisse transparaître cette exigence (2).

---

<sup>77</sup> MERLE Ph., *Droit commercial, sociétés commerciales*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 24.

**1. L'élargissement de plein droit du  
contrôle externe nécessité par le  
devenir du droit des sociétés**

Si l'on part du postulat que le contrôle externe est une question consubstantielle au fonctionnement de toutes les entités sociétaires, on devrait logiquement admettre que le législateur communautaire en fasse une exigence d'ordre public dans le cadre d'une réforme,. Bien que cette idée puisse être relativisée au regard du renforcement de la nature contractuelle de la société en droit OHADA<sup>78</sup>, sa pertinence demeure pour deux principales raisons.

Relativement à la toute première, l'érection en exigence d'ordre public de la dotation des sociétés commerciales en commissaire aux comptes participerait de la logique de l'institutionnalisation de la discipline financière et comptable qui solidifierait le gouvernement d'entreprise. Le pouvoir financier des dirigeants sociaux doit absolument être soumis au contrôle des professionnels indépendants pour

---

<sup>78</sup> En droit OHADA, les associés peuvent recourir à un auditeur de comptes conventionnel qui est l'expert-comptable, alors que le commissaire aux comptes est un contrôleur légal dont la désignation est imposée lorsque certaines conditions sont réunies. A ce sujet, v. notamment l'article 289 alinéa 3 AUDSCGIE applicable aux SNC et aux SCS en vertu de l'article 293-1 AUDSCGIE.

permettre que les droits financiers<sup>79</sup> et patrimoniaux<sup>80</sup> des associés qui sont les plus importants, soient toujours sauvegardés. Ne pas imposer la désignation des commissaires aux comptes dans les sociétés commerciales participerait à favoriser le règne de la tyrannie financière qu'on croira impossible par l'existence du droit à l'information financière et l'institution des procédures que sont l'alerte<sup>81</sup> et l'expertise de gestion<sup>82</sup>.

Ensuite, la seconde raison fait son lit sur la sanction de la non-désignation du commissaire aux comptes au titre d'atteinte à l'ordre public constitutive d'infraction. En imposant la désignation d'un commissaire aux comptes, il faudrait par la même occasion centraliser les prérogatives de désignation pour que les solutions préconisées par le droit pénal du fonctionnement des sociétés commerciales en général et le droit pénal du contrôle des sociétés commerciales en

particulier<sup>83</sup> soient en phase avec les règles dont elles sanctionnent la non-observation.

Dans le droit fil des considérations précédentes, la réforme souhaitée en matière d'élargissement de plein droit du contrôle externe de la gestion financière pourrait emprunter la voie de l'élaboration d'un régime juridique unifié, commun à toutes les sociétés commerciales et figurant dans les dispositions relatives au fonctionnement de la société commerciale. Il appartiendra ainsi au législateur de prévoir, au besoin, pour chaque de forme de société des dispositions particulières tenant compte de la spécificité de l'entité sociétaire soumise au contrôle. En tout état de cause, l'objectif est de faire progresser la réglementation pour éviter les disparités qu'accuse le morcellement des régimes de désignation du commissaire aux comptes.

Il paraît tout aussi intéressant de souligner que le droit comptable OHADA offre un cadre d'analyse qui rend opératoire l'idée de l'introduction de plein droit du contrôle externe dans toutes les formes de société commerciale.

---

<sup>79</sup> COZIAN M., VIANDIER A., *op. cit.*, p. 140.

<sup>80</sup> COZIAN M., VIANDIER A., *loc. cit.*

<sup>81</sup> Articles 150 à 158 AUDSCGIE.

<sup>82</sup> Articles 159 et 160 AUDSCGIE.

---

<sup>83</sup> Article 897 AUDSCGIE.

**2. L'élargissement de plein droit du contrôle externe nécessité par le droit comptable positif**

Une lecture attentive de l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière rend intelligible l'idée de la nécessité d'une introduction de plein droit du contrôle externe de la gestion dans les sociétés commerciales autres que les sociétés anonymes. Pour le comprendre, il faut forcément envisager les dispositions de ce texte relatives à la tenue des comptes consolidés et des comptes combinés.

Pour ce qui est des comptes consolidés, il convient de relever que dans la construction du périmètre de consolidation, l'Acte uniforme relatif au droit comptable dispose que « *toute entité, qui a son siège social ou son activité dans l'un des Etats parties et qui contrôle de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entités, doit établir et publier chaque année les états financiers consolidés de l'ensemble constitué par toutes ces entités ainsi qu'un rapport sur la gestion de cet ensemble* »<sup>84</sup>. Manifestement, l'Acte uniforme dont s'agit, fait référence aux liaisons en capital

débouchant sur le procédé de restructuration dénommé « groupe de sociétés ». Dans une telle configuration, il est demandé par la loi uniforme à l'entité contrôlaire de produire des comptes de tout le groupe d'une part, et un rapport de gestion d'autre part.

Par hypothèse d'école, on peut considérer que la société contrôlaire soit une société dans laquelle il n'existe pas de commissaire aux comptes<sup>85</sup> alors que l'Acte uniforme n'envisage pas la consolidation des comptes sans intervention des commissaires aux comptes. Ces derniers, au vu des éléments probants obtenus peuvent soit conclure en la régularité, la sincérité et la fidélité des états financiers de synthèse soit émettre des réserves sur la tenue des comptes<sup>86</sup>. Les commissaires aux comptes émettent tout aussi bien leurs opinions sur la sincérité et la concordance des états financiers consolidés que sur le rapport de gestion du groupe. Comme on le constate, la consolidation des comptes sociaux rend impératif le contrôle externe. Cette position de l'Acte uniforme sur le droit

<sup>85</sup> Cette hypothèse d'école tient dans la mesure où le contrôle n'est pas imposé en dehors des SA.

<sup>86</sup> Article 100 AUDCIF.

<sup>84</sup> Article 74 AUDCIF.

comptable et l'information financière contraste cependant avec l'une de ses dispositions<sup>87</sup> qui consacre la désignation obligatoire ou la désignation facultative du commissaire aux comptes. Si l'on peut ainsi déduire que le contrôle externe est inscrit entre contingence et nécessité, cette contradiction devrait être surmontée par l'institution de plein droit du contrôle externe de la gestion des sociétés commerciales dans le dispositif normatif de l'Acte uniforme sur le droit comptable et l'information financière. Le dire serait aussi mettre en adéquation l'Acte uniforme sur les sociétés<sup>88</sup> et celui relatif au droit comptable, ce dernier disposant que « *les états financiers consolidés régulièrement approuvés, le rapport de gestion de l'ensemble consolidé, ainsi que le rapport du commissaire aux comptes font l'objet, de la part de l'entité qui a établi les comptes consolidés, d'une publicité...* »<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Article 70 AUDCIF.

<sup>88</sup> Voir dans ce sens, les propositions relatives à l'élargissement de plein droit du contrôle externe dans la perspective du devenir du droit des sociétés.

<sup>89</sup> Article 101 AUDCIF.

Le raisonnement qui précède vaut également pour ce qui est de la combinaison des comptes. Dans les termes de la loi comptable uniforme : « *Les entités qui forment dans une région de l'espace OHADA, un ensemble économique soumis à un même centre stratégique de décision situé hors de cette région, sans qu'existent entre elles des liens juridiques de domination, établissent et présentent des états financiers dénommés états financiers combinés, comme s'il s'agissait d'une seule entité* »<sup>90</sup>. En dehors de toute hypothèse de contrôle, le texte communautaire envisage les entités sociétaires formant un ensemble économique dont les composantes périphériques sont géographiquement éloignées du centre de décision. Dans cette conjecture, la loi uniforme impose la combinaison des comptes dont le régime se veut identique à la consolidation.

Comme en régime de consolidation, « *les états financiers combinés font l'objet d'un rapport sur la gestion de l'ensemble combiné, et d'une opinion du ou des commissaires aux*

---

<sup>90</sup> Article 103 AUDCIF.

comptes suivant les mêmes principes et modalités que ceux prévus pour les états financiers consolidés»<sup>91</sup>. On ne saurait ainsi envisager la combinaison sans l'intervention des commissaires aux comptes même s'il s'avère que le centre stratégique de décision soit une entité dont la dotation en commissaire aux comptes n'est pas consacrée. Si l'on peut soutenir l'idée de l'élargissement du contrôle externe de la gestion aux sociétés autres que les SA, il est tout aussi bien possible de défendre celle du renforcement du contrôle interne de la gestion financière des sociétés anonymes.

## **II - LE RENFORCEMENT DU CONTROLE INTERNE DE LA GESTION FINANCIERE DES SOCIETES ANONYMES**

Si l'Acte uniforme s'inscrit dans la mouvance de l'élargissement du contrôle externe de la gestion financière aux sociétés autres que les sociétés anonymes, il prend cependant un tout autre chemin pour ce qui est du contrôle de la gestion des sociétés anonymes. Dans une démarche législative constitutive d'un véritable chassé-croisé, le texte communautaire procède plutôt au

renforcement du contrôle interne de la gestion financière des sociétés anonymes<sup>92</sup>. Si tous les organes de contrôle interne ne sont pas concernés, le plus en vue reste le conseil d'administration<sup>93</sup>. Le renforcement du contrôle interne de la gestion des sociétés commerciales doit être esquissé (A) et surtout questionné (B).

---

<sup>92</sup> Il convient de noter qu'avant 2014, l'essentiel du contrôle interne était dévolu d'une part aux actionnaires qui pouvaient exercer le droit d'alerte (article 158 AUDSCGIE du 17 avril 1997), l'expertise de gestion (articles 159 et 160 AUDSCGIE du 17 avril 1997) et le droit de communication des documents comptables (articles 525 et 526 AUDSCGIE du 17 avril 1997) et, d'autre part, au Président du Conseil d'Administration (article 480 AUDSCGIE du 17 avril 1997). Tout en consolidant cet acquis, le nouvel Acte uniforme adopte une autre approche en termes de renforcement du contrôle interne.

<sup>93</sup> L'on peut cependant constater, pour le déplorer, que le législateur africain ne prévoit nullement les comités d'entreprise dont la représentativité au sein du conseil d'administration contribuerait à renforcer le contrôle interne de la gestion financière. Bien qu'il n'existe aucun droit des salariés à l'information, les auteurs soulignent l'intérêt de la reconnaissance d'une telle prérogative en droit des sociétés commerciales OHADA (v. VOUDWE BAKREO, Thèse préc., p. 217 et s., n° 329). L'on devrait admettre que les salariés aient les mêmes moyens d'information et d'action que les actionnaires (v. MERLE Ph., *op cit.*, p. 631) et ne surtout pas oublier que l'AUSDCGIE prévoit un mécanisme d'attributions gratuite d'actions au personnel salarié de la société anonyme (v. les articles 626-1 et s. AUDSCGIE).

---

<sup>91</sup> Article 110 AUDCIF.

## **A- LE RENFORCEMENT ESQUISSE**

Dans la démarche législative de renforcement du contrôle interne des sociétés anonymes, l'Acte uniforme dote le conseil d'administration de toute société anonyme de comités d'études (1) et pourvoit particulièrement le conseil d'administration de la société anonyme faisant appel public à l'épargne d'un comité d'audit (2).

### **1. La dotation du conseil d'administration de la société anonyme en comités d'études**

Dans le souci d'avoir des informations aussi claires que précises sur la gestion financière de la société anonyme, le conseil d'administration peut confier à plusieurs de ses membres tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés. Cette technique de miniaturisation du conseil d'administration est plus affinée et plus formalisée avec la prise en compte de la possibilité pour ledit conseil de mettre sur pied des « *comités composés d'administrateurs chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen* »<sup>94</sup>. Le mouvement ainsi initié au niveau

communautaire emporte adhésion des législations nationales. C'est ainsi que la loi camerounaise sur les entreprises publiques dispose que « *le conseil d'administration peut décider de la création en son sein, des comités ou des commissions sur des questions en rapport avec ses missions* »<sup>95</sup>.

Dans un cas comme dans l'autre, l'idée est celle du renforcement du contrôle interne par la recherche d'une remontée d'information de la périphérie, à savoir les comités ou les commissions, vers le centre qui est l'ensemble du conseil ou son président. On constate ainsi qu'en termes de pouvoirs de contrôle, l'Acte uniforme semble situer sur le même plan le conseil d'administration et son président. Dès que les comités ou les commissions sont constitués, ils peuvent être saisis par le conseil d'administration ou son président. Le texte communautaire ne donne cependant aucune indication sur les modalités devant entourer la mise en mouvement de la commission ou du comité. En tout cas, tout porte à penser que la commission ou le comité sera saisi

<sup>94</sup> Article 437 alinéa 2 AUDSCGIE.

<sup>95</sup> Article 58 alinéa 2 de la loi n° 2017/01 du 12 juillet 2017 portant statut général des entreprises publiques.

au moyen d'une résolution du conseil d'administration faisant suite à une session dans l'hypothèse où c'est le conseil d'administration qui est demandeur. Par contre, on peut envisager que le président du conseil saisisse, par quelque moyen que ce soit, le comité ou la commission lorsqu'une difficulté relative à la gestion financière se poserait.

Le comité ainsi saisi est tenu d'émettre un avis sur les préoccupations qui lui sont soumises. L'avis peut être défini comme le résultat de consultations, facultatives ou obligatoires, selon le cas. L'Acte uniforme sur les sociétés n'apporte cependant aucune précision sur la nature de l'avis donné par le comité sur la question à lui soumise par le conseil d'administration. S'agit-il d'un avis obligatoire ou facultatif ? Le mutisme du législateur sur la question n'est pas de nature à rassurer quant à l'impact du travail réalisé en commission ou en comité. Qu'à cela ne tienne, « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* »<sup>96</sup>. La prise en compte de cet adage ne permet pas de déterminer avec clarté le type d'avis que donne la

formation restreinte. Pour l'éclosion du gouvernement d'entreprise, il serait judicieux que le législateur communautaire évolue vers la codification d'un avis obligatoire qui lierait mieux le conseil d'administration et renforcerait par ailleurs le pouvoir des comités.

La considération qui précède s'inscrit en droite ligne de la philosophie de la division du travail qui prévaut désormais dans les sociétés anonymes. Elle repose sur l'idée de confier l'examen des questions se rapportant à l'activité de contrôle du conseil d'administration à des formations restreintes, ce qui permettrait un examen rapide et approfondi des questions que soulève la gestion financière de la société. Il ne faudrait assurément pas oublier que le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns<sup>97</sup>. Or en fonction des situations, on ne saurait concevoir que tout un conseil d'administration se déploie sur le terrain matériel du contrôle lorsque les informations à sa disposition ne lui permettent pas de faire le point sur une question donnée.

<sup>96</sup> « Là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas distinguer ».

<sup>97</sup> Article 435 alinéa 2 AUDSCGIE.

Les opérations de vérification et de contrôle peuvent se faire sur place ou sur pièces et nécessitent le plus souvent un examen approfondi des données reçues. Une telle activité ne saurait être menée par une session du conseil d'administration qui n'aurait assurément pas le temps matériel<sup>98</sup> pour bien exercer sa mission de contrôle. Le travail préparatoire de contrôle et de vérification fait par le comité ou la commission s'inscrit dans une logique de facilitation de l'activité du conseil d'administration qui est de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre<sup>99</sup>.

La technicité des opérations de gestion financière et comptable impose que soient désignés au sein du conseil d'administration des comités ou commissions constitués d'administrateurs ayant le profil nécessaire. L'Acte uniforme

prévoit toutefois un mécanisme d'appui à l'activité des comités dans un souci d'efficacité. C'est la raison pour laquelle il dispose que « *lors de la création d'un comité, le conseil d'administration peut décider que le comité peut recueillir l'avis d'experts non administrateurs* »<sup>100</sup>. Si l'éviction des administrateurs du champ des personnes pouvant être sollicitées comme experts peut se justifier par la nécessité d'éviter une duplication de l'activité de contrôle du conseil d'administration, la question de savoir qui peut être désigné expert demeure.

Puisqu'ils ne sauraient être administrateurs, les experts doivent être envisagés comme toutes personnes étrangères au conseil d'administration. Les experts peuvent tout aussi bien faire partie de la communauté des actionnaires que lui être étrangers. En tout état de cause, ils doivent être des personnes physiques dont la profession est celle d'expert comptable<sup>101</sup> et être inscrits sur la liste nationale des mandataires judiciaires de l'Etat, laquelle est publiée au

---

<sup>98</sup> D'après l'article 453 alinéa 2, « *le conseil d'administration, sur convocation de son président, se réunit aussi souvent que nécessaire* ». Dans un élan de prudence, le législateur s'abstient de définir de manière péremptoire des périodicités pour la tenue des conseils d'administration. Cette quasi-consécration de la mise en veille permanente du conseil d'administration serait de nature à fonder l'intervention intermittente des comités.

<sup>99</sup> Article 435 AUDSCGIE.

---

<sup>100</sup> Article 437 alinéa 3.

<sup>101</sup> Article 4-2 AUPC.

journal officiel national et au journal officiel de l'OHADA<sup>102</sup>.

Il est bon, pour l'efficacité du travail des comités, que les membres de ces derniers puissent être assistés d'experts qui, de par leur indépendance<sup>103</sup>, pourront émettre un avis objectif sur les questions soumises à l'attention du comité. Une difficulté subsiste cependant, à savoir l'articulation de la prérogative de la désignation des experts. Pour que le comité constitué puisse bien remplir ses missions, il devrait jouir du droit de provoquer la désignation des experts. Mais dans l'esprit de la loi, le comité devrait s'en référer au conseil d'administration qui serait seul habilité à saisir la juridiction compétente aux fins de désignation d'un expert<sup>104</sup>. Dans la pratique, cette procédure lourde pourra être contournée par la sollicitation de l'office du commissaire aux comptes titulaire et du commissaire aux comptes suppléant de la société.

Qu'il s'agisse d'experts désignés par voie de justice ou tout simplement le commissaire aux comptes de la société, on est bien là dans la situation où le contrôle interne de la société reste fortement tributaire de son contrôle externe, ce qui contribue à affirmer la nature unitaire du contrôle de la gestion des sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne. La liaison constante du contrôle interne et du contrôle externe est de nature à garantir la fiabilité des informations devant être produites au conseil d'administration. Les décisions stratégiques par lui prises ne sauraient être fondées sur des informations financières et comptables erronées ou discordantes. Au cas où les informations accuseraient ce défaut, il appartiendrait à l'ensemble du conseil d'administration de faire la lumière, au besoin en auditionnant les membres du comité et les experts désignés. Un autre comité spécifique existe désormais dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

---

<sup>102</sup> Article 4-3 AUPC.

<sup>103</sup> Article 4-4 AUPC, alinéa 1.

<sup>104</sup> Cette interprétation est confortée par l'argument de la dépendance organique des comités vis-à-vis du conseil d'administration.

## **2. La dotation particulière du conseil d'administration de la société anonyme faisant appel public à l'épargne en comité d'audit**

Le moins que l'on puisse dire est que si tout conseil d'administration d'une société anonyme peut être doté de comités d'études, seul un comité d'audit reste envisagé au sein du conseil d'administration d'une société anonyme faisant appel public à l'épargne. Si l'on ne saurait lésiner sur la nécessité du comité d'audit (a), on devrait tout de même envisager la portée de l'intervention dudit comité (b).

### **a. La nécessité du comité d'audit**

L'idée est que les conseils d'administration qui sont des organes obligatoires dans les sociétés faisant appel public à l'épargne comprennent absolument un comité d'audit. Avec la réforme intervenue en 2014, l'Acte uniforme n'a pas manqué l'occasion de s'arrimer, quoique tardivement, à la pratique internationale<sup>105</sup> en matière de contrôle de la gestion financière des sociétés faisant appel public à l'épargne. Il y a, de ce point de vue, une rupture forte

---

<sup>105</sup> GANAY D'INDY Chr. De et ENGEL L., « Les comités d'audit », *Bulletin Joly Sociétés*, Juillet 2003, p. 723.

avec le texte antérieur qui n'envisageait nullement la création d'une telle microstructure<sup>106</sup>. De la sorte, l'Acte uniforme s'inscrit dans une logique de renforcement du contrôle interne des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne dans la mesure où le comité d'audit se juxtapose aux comités d'études dont peut déjà être dotée la société.

Le comité d'audit est d'abord nécessité par les considérations relatives à la formation du capital social de la société. Pour constituer son capital social, la société anonyme faisant appel à l'épargne publique peut choisir la voie de la cotation<sup>107</sup>. C'est le cas lorsque les valeurs mobilières de la société sont admises à la négociation sur la bourse des valeurs d'un Etat partie, à dater de l'admission de ces titres<sup>108</sup>. La société peut, à défaut de faire recours à la voie de la cotation, offrir elle-même des titres aux personnes ou faire recours à des intermédiaires financiers dans le cadre d'une émission ou d'une cession des titres<sup>109</sup>. Plus que jamais, c'est

---

<sup>106</sup> Aucune disposition de l'AUDSCGIE du 17 avril 1997 ne fait allusion au comité d'audit.

<sup>107</sup> COZIAN M., VIANDIERA A., *op. cit.*, p. 381.

<sup>108</sup> Article 81 AUDSCGIE.

<sup>109</sup> Article 83 AUDSCGIE.

incontestablement le procédé de financement de l'activité de la société qui impose la constitution d'un comité d'audit, à tel point qu'il n'est nullement possible d'envisager la société sans cette microstructure du conseil d'administration. Cette nécessité transparaît de la définition qui est donnée au comité d'audit en droit américain comme « *un comité (ou un organe équivalent) établi par le conseil d'administration d'un émetteur et composé de membres choisis en son sein dans le but de contrôler les processus de « reporting » comptable et financier de l'émetteur et d'audit de ses comptes* »<sup>110</sup>.

L'émergence des marchés financiers dans l'espace OHADA<sup>111</sup> induit inévitablement la nécessité d'une régulation de l'activité des sociétés

émittant les valeurs mobilières. Même s'il est vrai qu'il existe de part et d'autre des textes spécifiques<sup>112</sup> régulant les marchés réglementés, le droit des sociétés commerciales OHADA se doit d'apporter sa propre réponse à la régulation des marchés financiers sur lesquels interviennent les sociétés faisant appel à l'épargne publique. L'OHADA s'inscrit ainsi en droite ligne des systèmes juridico-financiers français et américain. Comme le relèvent si bien certains auteurs, « *depuis une quinzaine d'années, les sociétés françaises dont les titres sont admis sur un marché réglementé ont mis en place des comités ad hoc au sein de leur conseil d'administration, ou de leur conseil de surveillance* »<sup>113</sup>. Le droit OHADA<sup>114</sup> s'inscrit ainsi, quoiqu'en retard, dans le

---

<sup>110</sup> Article 205 du Sarbanes Oxley Act (SOA) des Etats-Unis d'Amérique du 30 juillet 2002 qui complète les dispositions de l'article 3 (a) du Securities and Exchange Act of 1934.

<sup>111</sup> Jusqu'au 31 janvier 2018, la CEMAC comptait encore deux marchés financiers : la Douala Stock Exchange (DSX) et la Bourse des Valeurs mobilières d'Afrique Centrale (BVMAC) ; l'on s'achemine vers l'unification des bourses de valeurs si on prend en compte la décision n° 01/18 CEMAC du 31 janvier 2018 relative à la fusion des deux marchés financiers de la CEMAC. Dans l'espace CEDEAO existe la Bourse Régionale des Valeurs mobilières (BRVM).

---

<sup>112</sup> Dans l'espace CEMAC, on peut citer les textes ci-après : le Règlement n° 06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier d'Afrique Centrale ; la loi n° 99/015 du 22 décembre 1999 portant création d'un marché financier au Cameroun ; l'Acte additionnel du 19 février 2018 portant unification du marché financier de la CEMAC.

<sup>113</sup> GANAY D'INDY Chr. De et ENGEL L., *loc. cit.*

<sup>114</sup> Voir l'article 829-1 AUDSCGIE.

sillage du droit européen<sup>115</sup> et du droit américain<sup>116</sup> des sociétés commerciales cotées. Ce constat permet de traduire dans la réalité juridique, le mouvement d'universalisation des comités d'audit.

Le comité d'audit est par la suite nécessité par la vision du gouvernement d'entreprise<sup>117</sup>. L'on peut considérer que le gouvernement d'entreprise consiste, dans le contexte juridique qui lui est propre, se plaçant au-delà du champ de la réglementation, à promouvoir des contre-pouvoirs à la gestion exécutive de la société<sup>118</sup>. Justement, en matière de gestion exécutive des sociétés anonymes en général et des sociétés anonymes faisant appel à l'épargne publique en particulier, l'on note une connexion étroite entre le conseil d'administration qui fixe les orientations et la direction générale qui traduit dans les faits les orientations arrêtées. Pour que soit

construit un contre-pouvoir au pouvoir des administrateurs d'une part et de la direction générale d'autre part, le droit africain des sociétés commerciales, s'alignant en cela à la pratique internationale en la matière, prévoit que « *le comité d'audit est exclusivement composé d'administrateurs non salariés de la société ou n'exerçant aucun mandat de président-directeur général, directeur général ou de directeur général adjoint au sein de la société* »<sup>119</sup>. Ainsi, imposer la création des comités d'audit, c'est rechercher la vérité des affaires en société faisant appel public à l'épargne. Pour s'en convaincre, il faut nécessairement prendre en compte la portée de l'intervention du comité d'audit.

#### **b. La portée de l'intervention du comité d'audit**

L'intervention du comité d'audit laisse présager un regain d'efficacité de la fonction de contrôle dans la mesure où elle consolide le contrôle interne.

Le premier indicateur de l'idée de la contribution du comité d'audit à la consolidation du contrôle interne est pris de ce que ledit comité procède à l'examen

---

<sup>115</sup> Directive 2006/43 /CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil, *J.O. U. E.*, L 157 du 9 juin 2006, p. 87- 107.

<sup>116</sup> Cf. Sarbanes Oxley Act (SOA) préc.

<sup>117</sup> MERLE Ph., *op. cit.*, p. 280.

<sup>118</sup> GANAY D'INDY Chr. De et ENGEL L., article préc., p. 724, note n° 8.

---

<sup>119</sup> Article 829-1 alinéa 2 AUDSCGIE.

des comptes et s'assure de la pertinence et de la permanence des méthodes comptables adoptées pour l'établissement des comptes consolidés et sociaux de l'entreprise<sup>120</sup>. En procédant à l'examen des comptes, dans une logique de consolidation ou dans une logique unitaire, le comité d'audit prend le relais de la direction générale de la société et fait un travail préparatoire à celui dévolu à l'ensemble du conseil d'administration. Par cette activité, le comité d'audit allège la charge de travail de l'ensemble du conseil d'administration en mettant à sa disposition le résultat du travail fait. La multiplication des postes de contrôle se veut la traduction d'une recherche optimale et fiable de la vérité comptable<sup>121</sup>. Seulement, la vérité comptable doit toujours aller de paire avec le dogme non moins important de la permanence des méthodes de traitement de l'information comptable<sup>122</sup>. Il n'est pas superflu de rappeler que « *toute modification dans la présentation des états financiers de synthèse ou dans les*

*méthodes d'évaluation, d'amortissement ou de provisions conformes au droit comptable doit être signalée dans le rapport de gestion et, le cas échéant, dans celui du commissaire au compte* »<sup>123</sup>. Si on peut considérer que le comité d'audit est le « gardien » de cette exigence dans les sociétés anonymes faisant appel à l'épargne, c'est sans doute parce qu'elle est de nature à favoriser la comparabilité<sup>124</sup> des états financiers au-delà du temps. L'on est en droit de penser que le non respect de l'exigence de permanence des méthodes comptables peut conduire le comité d'audit à demander au conseil d'administration de provoquer un nouvel établissement des états financiers de synthèse par le directeur général ou alors à ne pas approuver la gestion financière et comptable par lui faite.

En droite ligne de la contribution du comité d'audit au renforcement du contrôle interne de la société anonyme faisant appel public à l'épargne, s'inscrit aussi le suivi du processus d'élaboration

---

<sup>120</sup> Article 829-1 alinéa 3 AUDSCGIE.

<sup>121</sup> Articles 3, 8 alinéa 2 et 10 alinéa 2 AUDCIF.

<sup>122</sup> Article 9 alinéa 2 AUDCIF.

---

<sup>123</sup> Article 141 AUDSCGIE.

<sup>124</sup> COZIAN M., VIANDIER A., *op. cit.*, pp. 149-150.

de l'information financière<sup>125</sup>. Il est avéré, du point de vue du droit comptable, que les informations financières sont regroupées dans les états financiers de synthèse annuels<sup>126</sup> qui comprennent le bilan, le compte de résultat, le tableau de flux de trésorerie ainsi que les notes annexes<sup>127</sup>. Au regard de la considération précédente, le rôle du comité d'audit est de s'assurer que la collecte, la tenue et la présentation par les dirigeants sociaux d'informations financières<sup>128</sup> se font dans le strict respect du système comptable OHADA (SYSCOHADA) d'une part ; d'autre part, le comité d'audit doit, sur le fondement de l'appel public à l'épargne auquel a nécessairement fait recours la société, s'assurer que les états financiers de synthèse annuels sont élaborés selon les normes internationales d'informations financières<sup>129</sup> ou normes IFRS<sup>130</sup>. Le rôle

de suivi qui est de nature à faciliter une remontée d'informations financières pertinentes devrait conduire le comité d'audit à relever les insuffisances, et certainement à faire des propositions au conseil d'administration qui devra prendre des mesures conséquentes.

Le dernier pan de la contribution du comité d'audit à l'affermissement du contrôle interne de la société anonyme faisant appel public à l'épargne intègre le suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques<sup>131</sup>. Déterminante dans sa nature, cette attribution vise à permettre au comité d'audit d'apprécier la pertinence du contrôle interne auquel lui-même participe naturellement. Il peut ainsi paraître assez curieux de demander à ce comité d'émettre un jugement sur l'activité de tous les maillons intervenant dans le contrôle interne, y compris lui-même. Qu'à cela ne tienne, le comité est dans une situation quelque peu atypique qui conduit nécessairement à se demander s'il n'aurait pas été plus judicieux de confier directement cette

l'information financière appliqué principalement par les entités cotées.

<sup>125</sup> Article 829-1 alinéa 3 AUDSCGIE.

<sup>126</sup> Art. 7 al.1 AUDCIF.

<sup>127</sup> Art. 8 al.1AUDCIF.

<sup>128</sup> Art 5 al.2 AUDCIF.

<sup>129</sup> Art. 8 al. 4 AUDCIF.

<sup>130</sup> L'acronyme IFRS, qui signifie International Financial Reporting Standard ou normes internationales d'informations financières, est un référentiel comptable pour la présentation de

<sup>131</sup> Article 829-1 alinéa 3 AUDSCGIE.

tâche à l'ensemble du conseil d'administration. Cela conduit, en tout état de cause, à interroger la logique du renforcement du contrôle interne dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

### **B. LE RENFORCEMENT QUESTIONNE**

Même si l'Acte uniforme s'inscrit dans une perspective fort appréciable de renforcement du contrôle interne de la gestion des sociétés anonymes en général, l'on devrait toutefois se demander *grosso modo* si cela pourrait améliorer le fonctionnement de ces entités sociétaires (1). Dans un second moment, il faudrait également envisager l'impact problématique de l'autonomie du comité d'audit sur la dimension unitaire du contrôle de la société anonyme faisant appel public à l'épargne (2).

#### **1. La question de l'incidence du renforcement du contrôle interne sur l'amélioration du fonctionnement de la société anonyme**

L'on ne saurait, en l'état actuel du droit OHADA des sociétés commerciales, faire fi des considérations relatives à l'impact du renforcement du contrôle interne sur l'amélioration du

fonctionnement de la société anonyme compte tenu de la masse de capitaux que sa constitution exige.

Si le fonctionnement de la société est institutionnellement mieux articulé<sup>132</sup>, notamment dans la dimension relative au contrôle de la gestion financière<sup>133</sup>, cela constituerait une incitation supplémentaire au choix de cette forme de société par les investisseurs dont les intérêts seraient mieux préservés. Dans le cas contraire, l'on assisterait au recours des formes intermédiaires<sup>134</sup>, avec toutes les limites<sup>135</sup> que cela peut entraîner.

En considérant l'amélioration du fonctionnement de la société comme une question de politique législative, il faudrait automatiquement en rechercher les indicateurs et apprécier leur pertinence. Le moins que l'on puisse dire est que

---

<sup>132</sup> COZIAN M., VIANDIER A., *op. cit.*, p. 55.

<sup>133</sup> De ce point de vue, il est admis que les actionnaires n'ont aucune emprise sur les règles qui agencent l'activité des organes de contrôle tels que le conseil d'administration, le comité d'audit, et le commissaire aux comptes.

<sup>134</sup> Nous pensons aux SARL et SAS.

<sup>135</sup> Les limites sont relatives à la surface financière. De toutes les formes de société, la SA est la seule qui puisse avoir une surface financière assez large par sa capacité à drainer des capitaux considérables.

l'idée de doter les conseils d'administration des comités d'étude est en soi salutaire. Seulement, les comités d'étude relèvent du domaine du possible. Leur création est laissée au bon vouloir du conseil d'administration qui n'est pas tenu de les constituer. Or si le législateur avait fait le choix d'imposer les comités d'étude dans les sociétés anonymes de manière générale, l'on aurait pu supputer, de manière heureuse et décisive, une amélioration du fonctionnement du conseil d'administration, et partant, du fonctionnement de la société toute entière. Sans comités d'études obligatoires, le gouvernement de la société anonyme prend du plomb dans l'aile dans la mesure où il n'existerait plus de véritable contrepoids à la superstructure dirigeante. A n'en point douter, on ne saurait établir que la quête d'amélioration du fonctionnement soit d'actualité. Pour qu'on puisse se prévaloir de l'amélioration du fonctionnement de la société anonyme, le législateur doit aller au-delà de la simple institution des comités d'études pour rechercher leur institutionnalisation, c'est-à-dire leur inscription dans la durée.

Par contre, le même législateur rend obligatoire le comité d'audit. Autrement dit, il l'institutionnalise dans la perspective heureuse de l'amélioration du fonctionnement de la Société anonyme faisant appel public à l'épargne. Le bémol important qui peut être amené à cette idée lumineuse est que les comités d'audit sont fondamentalement consacrés dans les sociétés anonymes intervenant sur un marché réglementé<sup>136</sup>. Or ce ne sont pas toutes les sociétés anonymes qui font appel public à l'épargne par intermédiation boursière. En réalité, les comités d'audit semblent mieux cadrer avec les sociétés anonymes qui font recours aux bourses de valeurs pour constituer leur capital. A notre modeste avis, le législateur aurait dû opérer un distinguo entre les deux types de sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne en prévoyant d'institutionnaliser le comité d'audit. De simples comités pourraient suffire dans une société anonyme faisant appel public à l'épargne par le recours aux procédés autres que ceux ayant cours sur les marchés réglementés. Cette considération qui semble rompre avec la

---

<sup>136</sup> GANAY D'INDY Chr. De et ENGEL L., article préc., p. 733. MERLE Ph., *op. cit.*, p. 512.

perspective unitaire de la société anonyme faisant appel public à l'épargne n'est pas sans rappeler la question de savoir si le contrôle de la société anonyme faisant appel public à l'épargne est consolidé dans sa double dimension interne et externe.

**2. L'impact problématique de l'autonomie du comité d'audit sur la dimension unitaire du contrôle de la société anonyme faisant appel public à l'épargne**

L'idée de fond est la suivante : il est absolument nécessaire qu'il puisse exister des plates-formes de collaboration entre le comité d'audit et les commissaires aux comptes de la société comme il peut en exister entre ces derniers et les actionnaires<sup>137</sup>. La dimension unitaire du contrôle des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne s'inscrit dans une approche analytique qui brise le clivage contrôle interne-contrôle externe. Puisqu'on ne saurait nier que l'avantage

d'un tel clivage est la multiplication des niveaux de contrôle qui participe de la logique du contrôle contradictoire, alors il serait tout aussi possible de dépasser ce clivage pour rechercher en fin de compte si les deux types de contrôle s'interpénètrent dans la perspective de la seule vérité des chiffres, donc de la vérité comptable.

A ce niveau, on entrevoit aisément la dimension unitaire du contrôle dont la question de la consolidation intéresse au plus haut point dans les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne, notamment par l'intermédiaire des marchés financiers. L'Acte uniforme ne semble pas avoir cherché dans cette direction alors que son exploration participerait de la consolidation de la dimension unitaire du contrôle.

Tout au moins, la seule brèche ouverte par le législateur a trait à ce que le comité d'audit émet un avis sur les commissaires aux comptes proposés à la désignation par l'assemblée générale<sup>138</sup>. Au regard de cette considération, on n'est pas bien loin de faire la jonction entre le comité d'audit et les « nominating

---

<sup>137</sup> Une lecture combinée des articles 526 et 527 AUDSCGIE permet de comprendre que l'actionnaire informé par les organes de gestion de la société sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, communique la réponse ainsi reçue au commissaire aux comptes. Il est ainsi pertinent de voir en cela la création d'un mécanisme de collaboration entre un maillon de la chaîne de contrôle interne et le maillon principal du contrôle externe.

---

<sup>138</sup> Article 829-1 alinéa 3 AUDSCGIE.

comittee »<sup>139</sup> existant dans certaines sociétés anonymes. La philosophie qui se dégage de ce rôle du comité d'audit est de limiter son emprise sur la désignation des commissaires aux comptes pour que soit évité plus tard, un amenuisement de leur indépendance. Qu'à cela ne tienne, on ne ressent pas vraiment par là que le législateur veuille créer une instance de collaboration entre le comité d'audit et le commissaire aux comptes pour que soit affirmée l'idée de l'affermissement de la dimension unitaire du contrôle de la gestion financière.

En réalité, les sociétés considérées ont intérêt à ce que leurs comptes reflètent aussi fidèlement qu'il se peut la vérité comptable. On pourrait ainsi penser que le comité d'audit et les commissaires aux comptes travaillent de concert pour juguler le spectre des approximations comptables. Il doit être considéré que, dans une logique unitaire, le contrôle interne peut aider à corriger le contrôle externe tout comme le contrôle externe est en mesure de révéler les défaillances du contrôle interne.

---

<sup>139</sup> En français, « comité de nomination ». Sur la question, v. MOUTHIEU NJANDEU M.A., *op. cit.*, p. 121.

A titre de droit comparé, notamment belge, depuis 2008, c'est-à-dire bien avant 2014, année de réforme des sociétés commerciales dans l'espace OHADA, une loi du 17 décembre a, en effet, introduit un nouvel article 526 bis dans le Code des sociétés. Cette disposition prévoit, en son paragraphe 5, que le commissaire aux comptes doit faire rapport au comité d'audit sur les questions importantes apparues dans l'exercice de sa mission de contrôle des comptes, en particulier les faiblesses significatives du contrôle interne au regard du processus d'information financière<sup>140</sup>.

Tel qu'on peut le remarquer, le droit belge des sociétés parle au législateur OHADA. Au-delà du simple discours, il est hautement important pour le développement harmonieux du droit OHADA des sociétés commerciales que le législateur communautaire puisse chercher dans le sens de compléter le mécanisme de collaboration qui précède, notamment en instituant des règles qui sont de nature à permettre que le comité

---

<sup>140</sup> La loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières a transposé, en droit belge, l'article 41, § 4, et l'article 42, § 1<sup>er</sup>, de la directive audit de l'Union Européenne citée *supra*, p. 18, note n° 115.

d'audit puisse à son tour adresser aux commissaires aux comptes de la société les difficultés qu'il rencontre dans le processus d'élaboration de l'information financière. En le rendant de ce point de vue trop dépendant du conseil d'administration, le législateur OHADA ne contribue pas suffisamment à unifier le contrôle de la gestion financière de la société anonyme faisant appel public à l'épargne.

La réforme du droit des sociétés commerciales intervenue en 2014 n'a certainement pas encore cessé de dévoiler ses multiples contours, notamment pour ce qui est du fonctionnement des sociétés commerciales en général et de leur contrôle en particulier. C'est pourquoi la présente réflexion a porté sur le nouveau paradigme du contrôle de la gestion financière des sociétés commerciales.

L'idée de rendre compte de l'existence d'un nouveau paradigme en matière de contrôle de gestion financière est alimentée par les considérations relatives aux bouleversements introduits par le législateur dans le domaine du contrôle des entités sociétaires. Le nouvel acte uniforme sur les sociétés commerciales apporte des solutions

innovantes par rapport à son devancier pour ce qui concerne le contrôle interne et le contrôle externe. Relativement à cette considération, il est possible d'intégrer la logique du législateur OHADA pour apprécier le modèle innovant de contrôle qu'il entend désormais prôner.

Dans les entités sociétaires où règne un certain *intuitu personae*, notamment les SNC, SCS, SARL et SAS, le législateur étend considérablement le contrôle externe. Par contre, dans les SA en général et les Sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne en particulier, c'est la logique inverse qui prédomine : renforcer le contrôle interne de la gestion financière. L'articulation de cette orientation législative a été faite en tenant toujours compte de la nécessité de questionner l'existant pour apporter des aménagements ultérieurs à la législation actuelle. Il est ainsi attendu du législateur qu'il dirige le droit OHADA vers les lieux où sa réalisation faciliterait le fonctionnement harmonieux des sociétés commerciales.

## DROIT ET PRATIQUE

### *L'ADMINISTRATEUR INDEPENDANT ET BONNE GOUVERNANCE DES SOCIETES ANONYMES DE L'ESPACE OHADA*

*Dr Edith MAFOWO*  
*Assistante*  
*FSJP/Université de Yaoundé II*

#### RESUME

*La recherche d'une meilleure gouvernance des sociétés commerciales, sous l'impulsion de la théorie dite de la « corporate governance », a vu naître le concept de l'administrateur indépendant. Sans avoir été expressément consacré par le législateur Ohada, ce concept a tout de même été adopté dans la pratique des sociétés commerciales. C'est pourquoi il convient de s'interroger sur l'impact de la présence des administrateurs indépendant sur l'amélioration de la gouvernance des sociétés anonymes de l'espace OHADA. De cet examen, il ressort que l'intégration des administrateurs indépendants dans les conseils d'administration des sociétés anonymes peut constituer un facteur d'amélioration de la gouvernance de celles-ci. Toutefois, cet impact devrait être relativisé en raison de l'absence d'encadrement juridique du concept qui nuit à sa mise en place efficiente.*

#### ABSTRACT

*Research on a better governance of trading companies, under the impetus of the Corporate*

*Governance Theory gave birth to the Independent Directors' Concept. Without being officially accepted by the legislator OHADA, this concept has nevertheless been adopted in the practice of trading companies. That is why it is good to question ourselves on the impact of independent directors' presence on the improvement of public limited companies (Plc) governance in the OHADA Space. From this analysis, it appears that the integration of independent directors in Plc board of directors can be an improvement factor to their governance. However, that impact should be relativized because of the lack of the concept legal framework that prevents its set up.*

La relation entre la détention du pouvoir et la participation au capital de la société connaît de plus en plus de distance dans les sociétés commerciales, et spécialement, dans les sociétés par actions<sup>1</sup>. Concrètement, la participation au capital social n'est plus une condition de détention et d'exercice du pouvoir au sein de la société<sup>2</sup>. Certaines personnes au sein

<sup>1</sup> Il faut relever ici que la dissociation entre la direction et la propriété au sein des sociétés est surtout l'apanage des sociétés dites « managériales » dans lesquelles le capital social est dispersé.

<sup>2</sup> KENMOGNE SIMO (A.), « La désolidarisation entre la participation au capital social et source du

de la société<sup>3</sup>, et même en dehors<sup>4</sup>, peuvent y exercer une influence, sans pour autant détenir une participation dans le capital social. Cette dissociation entre la participation au capital social et l'exercice du pouvoir au sein de la société anonyme a contribué à l'émergence des considérations relatives à la gouvernance des sociétés commerciales<sup>5</sup>. Il faut ajouter à cela les nombreux scandales financiers qui ont mis en lumière des faiblesses et lacunes dans le cadre de la gouvernance des entreprises.

La bonne gouvernance des sociétés peut s'entendre comme « *l'ensemble des mécanismes organisationnels ayant pour objet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui gouvernent leur*

---

pouvoir en droit OHADA », BDE Faculté de droit Université de LAVAL, 2017, 1, Kenmogne –Simo-1.pdf.

<sup>3</sup> C'est le cas des dirigeants sociaux qui tirent leurs pouvoirs de la loi et du mandat à eux confié par les actionnaires.

<sup>4</sup> C'est par exemple le cas des créanciers sociaux, du juge et des pouvoirs publics.

<sup>5</sup> BOULERN (S.) et SAHUT (J.M.), « Les sources d'inefficacité des mécanismes de gouvernance d'entreprise », Rev. *Management & Avenir*, 2010, n° 33, p. 374.

*conduite et délimitent leur espace discrétionnaire*»<sup>6</sup>. Selon le Code de gouvernance des entreprises élaboré par l'ISA<sup>7</sup>, « *la gouvernance est le système par lequel l'entreprise est dirigée et contrôlée* ». Il s'agit d'un concept utile et opératoire qui peut aider à résoudre les problèmes de développement et de croissance des entreprises de l'espace OHADA. Les règles de bonne gouvernance ont été majoritairement proposées ou édictées par des organismes professionnels et réglementaires<sup>8</sup>. Ces règles ont mis un accent particulier sur le conseil d'administration qui est un mécanisme de gouvernance dont l'efficacité s'est avérée limitée. Afin d'améliorer le fonctionnement des conseils d'administration de sociétés commerciales, les théoriciens du gouvernement d'entreprise ont préconisé

---

<sup>6</sup> CHARREAUX (G.) et DESBIERES (P.), « Le point sur le gouvernement des entreprises », Rev. *Banque & Marchés*, juillet-Août 1997, n° 29, p. 29.

<sup>7</sup> Institut Sénégalais des Administrateurs. Le Sénégal est pratiquement le seul Etat de l'espace OHADA qui a mis sur pied une telle structure.

<sup>8</sup> On peut citer à cet effet : les principes de l'OCDE, le rapport Cadbury en Grande Bretagne, les rapports BOUTON et VIENOT en France, les Codes de bonne gouvernance d'entreprise, etc.

le recours aux comités spécialisés et aux administrateurs indépendants.

Le concept d'administrateur indépendant, d'origine anglo-saxonne<sup>9</sup>, est aujourd'hui, plus ou moins adopté dans la plupart des systèmes juridiques, à la faveur du développement de la théorie de la *corporate governance*. Ce concept, connu dans le système juridique anglo-saxon sous l'appellation « *l'independent non-executive director* », n'est pas explicitement consacré par l'AUDSCGIE<sup>10</sup>. En effet, aucune disposition de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales ne fait référence à ce concept. A l'article 416 dudit Acte uniforme, le législateur s'est simplement contenté de préciser que, « *la société anonyme peut être administrée par un conseil d'administration composé de trois (3) membres au moins et de douze (12) membres au plus, actionnaires ou non* ».

---

<sup>9</sup> L'administrateur indépendant fit une entrée remarquée en droit américain dès 1940 dans les recommandations de la Security and Exchange Commission (SEC).

<sup>10</sup> Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique. Ce nouvel acte a été adopté le 30 janvier 2014 et entré en vigueur le 04 mai de la même année.

L'article 417 de l'ancien acte uniforme<sup>11</sup> disposait, dans le même sens, que « *le conseil d'administration peut comprendre des membres qui ne sont pas actionnaires de la société dans la limite du tiers des membres du conseil* ». A l'évidence, l'interprétation de ces dispositions permet de déduire la possibilité d'admettre au conseil d'administration des sociétés anonymes de droit OHADA des administrateurs indépendants ou des salariés non actionnaires<sup>12</sup>.

Le recours à l'administrateur indépendant s'est présenté comme l'une des solutions aux différents maux dont souffraient les conseils d'administration. Il était, en effet, reproché aux conseils d'administration de n'être que des chambres d'enregistrement, et à l'administrateur, de ne servir à rien<sup>13</sup>. Plusieurs raisons étaient avancées pour expliquer cet état de fait. D'abord, la

---

<sup>11</sup> Cet acte uniforme avait été adopté le 17 avril 1997.

<sup>12</sup> Voir en ce sens, ANOUKAHA(F) et *Allii*, OHADA, *Sociétés commerciales et GIE*. Bruylant Bruxelles Coll. Droit Uniforme Africain, 2002, n° 891, p. 417.

<sup>13</sup> COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 15<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 2002, p. 206.

multiplication des mandats, croisés ou non, ne permettait pas aux dirigeants de sociétés de jouer convenablement leur rôle<sup>14</sup>. Ensuite, l'absentéisme des administrateurs aux réunions du conseil ne leur accordait pas toujours la possibilité d'être convenablement informés. L'étroitesse de leurs liens avec le président qui les nommait en réalité a souvent affecté leur liberté de jugement. Les administrateurs étaient, en plus, critiqués pour leur inertie et leur manque de curiosité qui, finalement, ne leur permettaient pas de jouer le rôle de contre-pouvoir qui leur était imparti<sup>15</sup>. L'intégration d'administrateurs dits « indépendants », capables de contrer la « toute puissance » du président directeur général, s'est avérée nécessaire pour assurer un meilleur contrôle de la direction par le conseil d'administration. En somme, l'administrateur indépendant

est l'un de ces instruments susceptibles de réduire le « *risque d'agence* » dans l'intérêt des actionnaires<sup>16</sup>.

L'intégration du concept d'administrateur indépendant en OHADA répondrait au besoin d'attractivité normative, devenue un instrument au service de l'économie dans le monde<sup>17</sup>. En effet, la prise en compte des exigences du marché devient un indicateur de la performance d'un ordre juridique donné. La gestion des sociétés commerciales, en général, et des sociétés cotées ou faisant appel public à l'épargne, en particulier, devrait désormais obéir aux exigences de la « *corporate governance* ». La « *corporate governance* » renvoie à un ensemble de principes fondés sur une éthique du comportement des dirigeants et sur la création de structures additionnelles à celles prévues par les textes applicables aux sociétés

---

<sup>14</sup> CHAZAL (J.P.) et REINHARD (M.), « Les administrateurs dans la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) », *RTDcom*. 2001, p. 935.

<sup>15</sup> MAENHAUT (M.), *L'administrateur indépendant*, mémoire de DEA, Université de Lille 2, 2002-2003, p. 8 ; sur la question de l'inertie des administrateurs voir, BEBE EPALE (A.), « L'administrateur inerte », *Petites Affiches*, octobre 2011, n° 196, p. 6.

---

<sup>16</sup> FAVARIO ((T.), « L'administrateur « indépendant » in Le code de gouvernance d'entreprise: Quel cadre juridique, quelles pratiques, *Journ. sociétés*, n° 154, juillet 2017, p. 34.

<sup>17</sup> MONKAM (C.), « Remarques sur la réforme du droit des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : à propos des comités supplémentaires de gestion », *Uni. Law Review*, vol 33, Issue 3-4, December 2018, p. 642.

commerciales<sup>18</sup>. L'objectif visé ici est la mise sur pieds de mesures de surveillance capables de garantir une gouvernance efficiente de l'entité économique qu'est la société commerciale.

La pratique des sociétés commerciales de l'espace OHADA intègre, de plus en plus, le concept d'administrateur indépendant. Dans une étude menée au Cameroun par NGOK EVINA, 65% des entreprises comptent au sein de leurs conseils d'administration des administrateurs indépendants<sup>19</sup>. Il conviendrait, cependant, de s'interroger sur la contribution de l'administrateur indépendant à la bonne gouvernance des entreprises de l'espace OHADA. En d'autres termes, la présence des administrateurs indépendants au conseil d'administration des sociétés anonymes de l'espace OHADA est-elle de nature à favoriser une meilleure gouvernance de ces entreprises ?

---

<sup>18</sup> MONKAM (C.), « Remarques sur la réforme du droit des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : à propos des comités supplémentaires de gestion », *op cit.*, note n° 7, p. 643.

<sup>19</sup> NGOK EVINA (J.F.), « Système de gouvernance et performance des entreprises au Cameroun : un mariage harmonieux », *RSG*, 2010, n° 243-244, p. 59.

Cette question mérite d'être posée à un double titre. D'abord, elle permettrait de mettre en exergue les interrogations et les doutes sur l'efficacité du recours à cet outil de la « *corporate governance* ». Ensuite, elle conduirait à s'interroger sur la pertinence de ce concept, au regard des hésitations du législateur OHADA à le consacrer de manière explicite, le comme il l'a fait pour les comités spécialisés du conseil d'administration. Il conviendrait de relever que la présence des administrateurs indépendants dans les conseils d'administration n'a pas toujours été d'un grand secours face à la mauvaise gestion et aux fraudes aux Etats unis, par exemple<sup>20</sup>. L'intérêt de cette étude serait alors de montrer que l'importation de normes et concepts développés dans d'autres systèmes juridiques ne devrait pas aller sans un encadrement adapté. Si le concept d'administrateur indépendant peut avoir une contribution appréciable pour l'amélioration de la gouvernance des sociétés anonymes de l'espace OHADA (I), il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une contribution dont l'efficacité devrait être relativisée (II).

---

<sup>20</sup> Cas ENRON, AMTRAK.

**I - UNE CONTRIBUTION APPRECIABLE DE  
L'ADMINISTRATEUR INDEPENDANT A  
L'AMELIORATION DE LA GOUVERNANCE  
DES SOCIETES ANONYMES**

L'examen de la contribution de l'administrateur indépendant à l'amélioration de la gouvernance revient à s'interroger sur sa force normative, sa capacité à modeler réellement les comportements<sup>21</sup> et à impulser une meilleure gouvernance d'entreprise. Il est question d'apprécier sa mission au sein du conseil d'administration en sa qualité d'acteur de la gouvernance. Les missions de l'administrateur indépendant reflètent en réalité celles du conseil d'administration<sup>22</sup>. En effet, le conseil d'administration est un organe de contrôle et le lieu où se décide la stratégie générale de l'entreprise. Par son statut d'indépendant, l'administrateur doit pouvoir peser pour que le conseil incarne effectivement son rôle. Cela implique que ce dernier soit un « *contre pouvoir* » pour permettre au conseil d'assurer un contrôle

<sup>21</sup> BESSIRE (D.), CHATELIN-ERTUR (C.) et ONNEE (S.), « Normes de gouvernance et « effet d'universalisation » : le cas de l'administrateur indépendant en pratique et en théorie », *RFGE*, 2008, n° 4, p. 9 spéc., p. 15.

<sup>22</sup> Articles 435 et suivants de l'AUDSCGIE.

efficace (A), mais aussi qu'il soit « *une force de proposition* »<sup>23</sup> au service de la rationalisation des décisions du conseil (B).

**A- L'ADMINISTRATEUR  
INDEPENDANT : UN « CONTRE-  
POUVOIR » AU SEIN DU CONSEIL  
D'ADMINISTRATION**

De manière générale, la notion de contre-pouvoir peut être définie comme une « force politique, économique ou sociale dont l'action a pour effet de contraindre l'exercice du pouvoir en place »<sup>24</sup>. Elle trouverait sa source dans la théorie de la séparation des pouvoirs élaborée par Montesquieu au XVIII<sup>ème</sup> siècle<sup>25</sup>. L'existence d'un contre-pouvoir participe à la modération du pouvoir en limitant les abus qui peuvent en résulter car, tout homme qui a le pouvoir est tenté d'en abuser. « *Pour qu'on ne puisse abuser*

<sup>23</sup> FAVARIO ((T.), « L'administrateur « indépendant » in Le code de gouvernance d'entreprise: Quel cadre juridique, quelles pratiques, *Journ. sociétés*, n° 154, juillet 2017, p. 35.

<sup>24</sup> Dictionnaire universel, *Hachette Edicef*, p. 284, voir contre-pouvoir.

<sup>25</sup> HOURQUEBIE (F.), « De la séparation des pouvoirs aux contre-pouvoirs : « l'esprit » de la théorie de MONTESQUIEU », [www.umk.ro/images/documente/publicati/.../4\\_d\\_e\\_la\\_separation.pdf](http://www.umk.ro/images/documente/publicati/.../4_d_e_la_separation.pdf), p. 1.

*du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* »<sup>26</sup>. Le rôle de « *contre-pouvoir* » dévolu à l'administrateur indépendant peut être perceptible à travers la place qu'il occupe au sein du collège des administrateurs (1), et au regard du rôle qu'il joue dans les différents comités du conseil (2).

### **1- La place de l'administrateur indépendant au sein du collège des administrateurs**

En principe, les décisions qui sont prises au sein du conseil d'administration sont l'œuvre de l'ensemble de ses membres. Il s'agit du principe de la collégialité, qui est un impératif dont on ne peut y déroger, conventionnellement, dans les statuts. Il faut, cependant, reconnaître que la collégialité dans la prise des décisions du conseil n'exclut pas une certaine répartition des tâches en son sein<sup>27</sup>. Il peut, dans cette perspective, arriver que le conseil d'administration confie à certains administrateurs les tâches de surveillance de la gestion, de

préparation de certains dossiers ou encore demander les avis de certains administrateurs ou comités, en particulier<sup>28</sup>.

En raison de sa composition, le conseil d'administration pourrait ne pas incarner le pouvoir de surveillance à lui confié par la loi. Le risque est celui d'une confiscation du pouvoir, soit par un groupe majoritaire, soit par les dirigeants exécutifs. Il ressort de la quasi-totalité des codes de bonne gouvernance d'entreprise que l'administrateur indépendant assure la gestion des conflits d'intérêts<sup>29</sup>, c'est le moyen qui permet d'en assurer la réduction. Selon JENSEN<sup>30</sup>, la présence des administrateurs externes, indépendants

<sup>26</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, chapitre IV, livre XI.

<sup>27</sup> DORY (J.), *Les administrateurs indépendants*, mémoire de master en droit, Université catholique de Louvain, faculté de droit et criminologie, 2013-2014, p. 11.

<sup>28</sup> OLIVIER (H.) et DEBOECK (K.), *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, Bruxelles, Créadif, 1997, p. 56.

<sup>29</sup> DE BEAUFORT (V.), « L'administrateur indépendant clé d'une bonne gouvernance des entreprises européennes ? Orientations de la commission européenne et aspects comparatifs », *Rev. Gouvernance- Club Recherches de l'IFA*, p. 10 ; *adm-independant-art-VdB-Revue-Gouvernance-IFA-Recherche.pdf*

<sup>30</sup> JENSEN (M.), « The modern industrial revolution, exit, and the failure of internal control system », *Journal of finance*, 1993, vol. 48, p. 831 cite par CHOUGHANE (I.), « les déterminants de la présence des administrateurs indépendants dans les conseils d'administrations des sociétés françaises », *RSG* 2010, vol 5, p. 63.

des dirigeants, permet d'améliorer l'efficacité du fonctionnement du conseil d'administration et d'intervenir dans la prise des décisions qui impliquent de sérieux problèmes d'agence entre les dirigeants et les actionnaires. Leur présence dans la composition du conseil d'administration permettrait d'aligner les décisions managériales à la création de la valeur actionnariale<sup>31</sup>. Les administrateurs indépendants des dirigeants seraient plus enclins à défendre les intérêts des actionnaires et de la société, et par conséquent, dissuadés de la collusion avec les dirigeants, car leur réputation en dépend<sup>32</sup>. Ils ont, à cet effet, un impact sur

la capacité de contrôle du conseil d'administration<sup>33</sup>. En effet, les administrateurs indépendants sont supposés utiliser leur expérience professionnelle pour contrecarrer les tendances des dirigeants à prendre des décisions dans leur intérêt personnel et à l'encontre des intérêts des actionnaires et de la société<sup>34</sup>. N'ayant aucun lien avec la société, ils auront tendance à sanctionner plus facilement le dirigeant lorsque cela s'avère nécessaire. Lorsque, par exemple, une convention soumise au contrôle est présentée au conseil d'administration pour solliciter son autorisation, il serait intéressant de confier l'évaluation de cette convention aux administrateurs indépendants, pour permettre une meilleure gestion du conflit d'intérêts qu'implique ladite convention. Le rapport issu de cette évaluation serait d'un avantage certain pour la décision du

---

<sup>31</sup>HOUSSEM RACHID et MOEZ EL GAEID, « L'impact de l'indépendance et de la dualité du conseil d'administration sur la performance des entreprises : Application au contexte américain », *RLGE* 2009, n° 3, p. 132 ; TIFAFI (F.) et DUFOUR (D.), « Une analyse de la présence des administrateurs indépendants au conseil d'administration : contrôle ou conseil ? », *Comptabilité, Contrôle, Audit et Institution* (S), mai 2006, Tunisie. pp. CD-Rom, 2006.

<sup>32</sup>GODARD (L.) et SCHATT (A.), « Quelles sont les caractéristiques optimales du conseil d'administration ? », *Revue du financier*, 2000, n° 127, p. 36 ; PREMONT (A.), *Etudes des liens entre les caractéristiques du conseil d'administration et la performance de l'entreprise : application aux contextes belge et français*, mémoire de master en sciences de gestion à finalité spécialisée en Audit et Analyse financière, HEC, Ecole de gestion Université de Liège, 2015/2016, p.45.

---

<sup>33</sup> AZIEZ (L.) et KOUDRI (A.), « Le conseil d'administration, un mécanisme inefficace de la gouvernance des entreprises publiques économiques (EPE) », *Les cahiers du cread*, n° 113/114, p. 76.

<sup>34</sup> CHOUCANE (I.), « Les déterminants de la présence des administrateurs indépendants dans les conseils d'administration des sociétés françaises », op cit., p. 63.

conseil<sup>35</sup>. L'importance de la présence d'administrateurs indépendants au sein du conseil serait, davantage, perceptible au sein des différents comités spécialisés.

## **2- Le rôle de l'administrateur indépendant dans les différents comités du conseil d'administration**

La mise sur pied des comités spécialisés du conseil d'administration demeure une faculté en droit OHADA<sup>36</sup>, à l'exception du comité d'audit dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne. Pourtant, leur présence au sein des conseils d'administration contribuerait, certainement, à l'amélioration de la gouvernance des sociétés de cet espace juridique<sup>37</sup>. Trois principaux comités sont envisagés, selon les thèses du gouvernement d'entreprise : le comité de nomination, le comité de rémunération et le comité d'audit.

---

<sup>35</sup> Cette hypothèse serait à encourager dans la mesure où le rapport du commissaire aux comptes prévu par l'article 440 alinéa 3 de l'AUDSCGIE, est destiné à l'assemblée générale.

<sup>36</sup> Article 437 de l'AUDSCGIE.

<sup>37</sup> MONKAM (C.), « Remarques sur la réforme du droit des sociétés commerciales dans l'espace Ohada : à propos des comités supplémentaires à la gestion », *Uniform Law Review*, vol. 23, Issue 3-4, december 2018, p. 642.

S'agissant du comité d'audit, il faut dire, au préalable, que la présence des administrateurs indépendants serait déterminante dans la mise en place des comités d'audits prévus par les dispositions de l'AUDSCGIE<sup>38</sup>. Les qualités requises des personnes devant siéger dans ce comité sont précisées. Le législateur OHADA prévoit, en effet, que les administrateurs qui devront faire partie de ce comité ne soient pas salariés, n'exercent pas un mandat de président – directeur général, de directeur général ou de directeur général adjoint au sein de la société. Ils doivent être dotés de compétences nécessaires pour assurer leur mission de contrôle. Ces exigences prévues par le législateur OHADA sont de nature à favoriser la présence des administrateurs indépendants, même si elles restent limitées.

Par ailleurs, les missions du comité d'audit, telles qu'elles résultent des dispositions de l'AUDSCGIE<sup>39</sup>, obligent le conseil d'administration à choisir, en son sein, des administrateurs en fonction de leurs compétences. La sélection

---

<sup>38</sup> Article 829-1 de l'AUDSCGIE.

<sup>39</sup> Article 829-1, alinéa 3.

d'administrateurs indépendants, sur la base des critères de compétence, permettra à ce comité dont la mission essentielle est le contrôle des comptes sociaux, pour la satisfaction des toutes les parties prenantes à la société, d'accomplir efficacement sa mission. En réalité, pour être performant, le comité d'audit devrait être composé de professionnels de la finance et de la comptabilité comme les experts comptables ou les conseillers fiscaux. Il ne fait pas de doute que ces deux catégories de professionnels, eu égard à leurs aptitudes professionnelles, sont les experts désignés pour exercer le mandat d'administrateur indépendant<sup>40</sup>. L'expert comptable, par exemple, est spécialisé dans la vérification et le redressement des documents comptables, de sorte qu'il peut répondre aux nécessités du conseil d'administration pour l'analyse approfondie des comptes annuels.

Enfin, dans les sociétés qui font appel public à l'épargne, les administrateurs indépendants peuvent

---

<sup>40</sup> VAN BOVEN (R.), « L'expert - comptable et le conseiller fiscal comme administrateur « indépendant » ou « externe », *Accountancy & Tax*, 2007, p. 21.

contribuer à la fiabilité de l'information financière communiquée au marché<sup>41</sup>. Même en l'absence de fraude, le marché peut, en effet, être trompé par les informations fournies par la société. Les investisseurs méritent certainement que les informations qui fondent leurs décisions soient fiables. Les contrôles mis en place sont assez limités en ce qu'ils sont fondés sur des informations, en général, fournies par le dirigeant. L'administrateur indépendant pourrait être ici, en quelque sorte, « *un contrôleur indépendant interne* »<sup>42</sup>.

S'agissant du comité des rémunérations, il est chargé de soumettre à l'approbation du conseil d'administration les principes de rémunération des membres du conseil et de la direction. L'indépendance des administrateurs joue un rôle important dans le contrôle et la détermination de la

---

<sup>41</sup> SCHOLASTIQUE (E.), « L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? », *op cit.*, p.37 ; FEKI (A.) et KHOUFI (W.), « L'effet des caractéristiques du conseil d'administration et de la qualité de l'information financière sur le coût de la dette (les cas des entreprises industrielles françaises) », *La comptabilité, Le contrôle et L'audit entre changements et stabilité, Mai 2008, France pp.CDRom. halshs 00525385*, p. 6.

<sup>42</sup>*Ibidem*.

rémunération du dirigeant. Elle permettrait de limiter le conflit d'intérêts qui peut résulter de la présence en son sein des membres de l'organe de direction. En effet, la forte présence des administrateurs indépendants au sein des comités de rémunération favorise une rémunération des dirigeants proportionnelle à celle des autres membres de l'entreprise<sup>43</sup>. Pour que ce comité joue efficacement son rôle, il devrait être composé de personnes dont l'indépendance, la neutralité et la compétence ne souffrent d'aucun doute<sup>44</sup>. Cela contribue à renforcer l'impartialité des décisions du comité<sup>45</sup>. La non-indépendance du comité de rémunération équivaudrait à ce que le dirigeant rédige et signe lui-même son contrat de travail. Dans la pratique, le conseil délègue au

comité de rémunération tous pouvoirs pour fixer la rémunération du dirigeant. Au surplus, aucun procès verbal ultérieur ne porte approbation du conseil sur cette rémunération<sup>46</sup>.

Le comité de nomination, quant à lui, serait un instrument de la professionnalisation de la sélection des administrateurs et dirigeants de la société. Il doit, entre autre, rechercher et examiner les candidatures de nouveaux dirigeants et préparer la vacance à la tête de l'entreprise<sup>47</sup>. Il devrait être composé, majoritairement, d'administrateurs indépendants pour permettre une sélection objective des dirigeants. Choisi pour sa compétence, l'administrateur indépendant représente aussi un atout en termes de propositions pour la gouvernance de la société.

---

<sup>43</sup> PARACHKEVOVA (I.), « La rémunération des dirigeants des sociétés cotées : de la morale à la réforme », *RIDE* 2010, p. 241.

<sup>44</sup> MONKAM (C.), « Remarques sur la réforme du droit des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : à propos des comités supplémentaires de gestion », *op cit.*, note n° 7, p. 648.

<sup>45</sup> FEUGERE (B.), « L'indispensable indépendance de l'administrateur d'une société anonyme », *JCP éd. E.* 1999, p. 946 ; SCHMIDT (S.), « Réorganisation des pouvoirs des dirigeants », *Journal des sociétés*, n° 63, mars 2009, p. 21.

---

<sup>46</sup> BADJI A. (P.S.), « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUDSCGIE révisé », *Rev. ERSUMA*, n° 6, janvier 2016, p. 9.

<sup>47</sup> EBONDO WA MANDZILA (E.), BEN AMAR (W.) et ZEGHAL (D.), « La diligence des comités spécialisés obligatoires et volontaires du conseil : le cas des sociétés du CAC 40 », *RESG*, n° 101, 2014, p. 150.

**B - L'ADMINISTRATEUR INDEPENDANT :  
UNE « FORCE DE PROPOSITION » POUR  
LA RATIONALISATION DES DECISIONS DU  
CONSEIL**

L'administration d'une société commerciale nécessite des expériences, des connaissances et des compétences de plusieurs ordres. Il en va de même de la qualité des délibérations du conseil d'administration au regard de l'importance et de la sensibilité des questions qu'il doit traiter. L'exercice collégial de sa mission par le conseil fait intervenir plusieurs administrateurs qui apportent chacun sa contribution à la prise de la décision finale. La qualité de ces contributions dépend, pour une grande part, des connaissances, des compétences et de l'expérience de chaque administrateur. Cependant, le choix d'un administrateur ne requiert, *a priori*, aucune condition de compétence particulière<sup>48</sup>. A la compétence, il faut adjoindre l'indépendance de l'administrateur pour faire des propositions rationnelles dans l'intérêt de toutes les parties prenantes.

Pour l'exercice de sa mission de détermination de la stratégie de la société,

---

<sup>48</sup> Article 416 de l'AUDSCGIE.

le conseil d'administration peut tirer avantage de la présence d'administrateurs indépendants en raison de leurs compétences techniques et de leurs expertises. Leur apport consistera à assurer la qualité des débats et la rationalité des décisions du conseil finalement adoptées<sup>49</sup>. La capacité du conseil d'administration à exercer son jugement indépendant est d'une très grande importance pour la qualité de la gouvernance de la société<sup>50</sup>. La présence des administrateurs indépendants favorise l'exercice par le conseil d'administration de jugements indépendants, car étant indépendants, ils ont moins d'intérêts propres dans ces décisions, et par conséquent, auraient très peu d'hésitations en cas de divergence de vues avec la direction. Les administrateurs

---

<sup>49</sup>SCHOLASTIQUE (E.), « L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? », *Cah. Du droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2005, n° 5, p.37 ; FAVARIO ((T.), « L'administrateur « indépendant » in Le code de gouvernance d'entreprise: Quel cadre juridique, quelles pratiques, *Journ. sociétés*, n° 154, juillet 2017, p. 35.

<sup>50</sup>Institut des administrateurs de sociétés, Responsabilités des administrateurs au Canada, décembre 2014, Osler.com, 5467\_Osler\_Directors\_Responsibilities\_Canada-FR-FINAL.pdf.aspx, p. 26.

indépendants ont, entre autres missions, de veiller à ce que le conseil d'administration soit indépendant ; ils seraient mieux placés que les administrateurs internes, pour prendre des décisions objectives et évaluer les recommandations de la direction<sup>51</sup>. Ils assurent ainsi que les décisions que prend le conseil d'administration sont objectives et respectent un processus rationnel, même s'ils ne garantissent pas le résultat de l'entreprise<sup>52</sup>.

L'administrateur indépendant peut être considéré comme une sorte d'apport en capital intellectuel, un complément des compétences du dirigeant social<sup>53</sup>. Il est appréhendé ici comme un conseil en gestion qui apporterait son expertise à la société. Il apporte un regard extérieur au management de la société. Vu sous cet angle, nous pouvons conclure que l'administrateur indépendant serait d'un

apport précieux pour les sociétés de l'espace OHADA dont les actionnaires ne sont pas très souvent instruits.

En travaillant au sein des comités du conseil d'administration, notamment les comités de nomination et de rémunération, l'administrateur indépendant participe à la désignation et à la rémunération objective des organes de direction de la société. Pour ce faire, il doit donc être proactif, s'informer, poser des questions pour challenger l'entreprise, anticiper et aider le dirigeant à se projeter dans le futur<sup>54</sup>. Au-delà de la valeur ajoutée que pourrait représenter la présence des administrateurs indépendants au conseil d'administration, en matière de gouvernance des sociétés anonymes de l'espace OHADA, il conviendrait de s'interroger sur l'intensité de leur contribution au conseil d'administration.

---

<sup>51</sup>*Ibidem.*

<sup>52</sup>SCHOLASTIQUE (E.), « L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? », *op cit.*, p.34.

<sup>53</sup> FAVARIO ((T.), « L'administrateur « indépendant » in Le code de gouvernance d'entreprise: Quel cadre juridique, quelles pratiques, *Journ. sociétés*, n° 154, juillet 2017, p. 35.

---

<sup>54</sup> NAVEZ (A.), « De l'importance de bien recruter ses administrateurs », *Finances&Gestion*, 2015, p. 60.

**II - UNE CONTRIBUTION RELATIVE DES  
ADMINISTRATEURS INDEPENDANTS A  
UNE MEILLEURE GOUVERNANCE DES  
SOCIETES ANONYMES**

Il s'agit, dans cette optique, de questionner la capacité réelle de l'administrateur indépendant à impulser une meilleure gouvernance des sociétés. Dans l'espace OHADA, de nombreuses difficultés entraveraient l'efficacité du recours aux administrateurs indépendants. Outre l'absence d'un statut juridique clairement établi, l'environnement sociopolitique et économique n'est pas toujours favorable à une action efficace de l'administrateur indépendant (A). Un encadrement de cet organe serait utile à sa mise en œuvre efficiente (B).

**A - LES ENTORSES A L'EFFICACITE DE  
L'ADMINISTRATEUR INDEPENDANT**

Les entorses à la capacité des administrateurs indépendants à induire une bonne gouvernance des sociétés anonymes de l'espace OHADA auraient trait au défaut d'encadrement de leur statut (1) et à un environnement économique qui n'est pas toujours favorable à leur action (2).

**1- L'inexistence d'un statut  
particulier de l'administrateur  
indépendant**

Cette carence ouvrirait la voie à une appréhension subjective du concept d'administrateur indépendant, voire à une pluralité de définition en fonction des intérêts des uns et des autres. Dans ce contexte, chaque société élabore ses critères de définition d'indépendance de l'administrateur. Une telle situation constituerait un risque dans la mesure où des administrateurs seraient qualifiés d'indépendants alors qu'en réalité ils ne le sont pas. Au Cameroun par exemple, certaines entreprises qualifient d'indépendants au sein de leurs conseils d'administration des représentants des banques fournisseuses de crédit, des compagnies d'assurances<sup>55</sup>. Si l'on s'en tient aux définitions qu'en donnent différents codes de bonne gouvernance, à savoir que l'administrateur indépendant est celui qui n'entretient aucun lien avec la société et ses dirigeants et qui pourrait

---

<sup>55</sup> NGOK EVINA (J.F.), « Systèmes de gouvernance et performance des entreprises au Cameroun : un mariage harmonieux », *RSG* 2010, n° 243-244, p. 59.

entraver sa liberté de jugement<sup>56</sup>, le représentant du banquier n'est certainement pas un indépendant, car il est en relation d'affaires avec la société.

Par ailleurs, l'indépendance de l'administrateur est régulièrement compromise, et ce, pour deux raisons principales : les intérêts financiers minimes dont ils bénéficient<sup>57</sup> et le fait que leur nomination soit, en général, influencée ou appuyée par la direction générale de l'entreprise<sup>58</sup>. En effet, les modalités de sélection, de rémunération et de révocation de l'administrateur indépendant ne sont pas distinctes de celles d'un tout administrateur. Il faut donc croire que son action risque de ne pas être distincte de celle des autres administrateurs. Ces difficultés relatives à l'absence d'un statut particulier sont

prolongées par les entraves liées au contexte socio-économique en OHADA.

## **2- Les entraves relatives au contexte socio-économique de l'espace OHADA**

La formation des administrateurs indépendants est un aspect important de la qualité de leurs interventions au sein des conseils d'administration. Cependant, à l'exception du Sénégal qui dispose d'un institut des administrateurs<sup>59</sup>, il n'existe pas, à notre connaissance, de structure de formation au métier d'administrateur dans les pays de l'espace OHADA<sup>60</sup>. L'existence des structures de formation au métier d'administrateur serait pourtant très importante pour la qualité et l'efficacité de la contribution de ces derniers à la gouvernance des sociétés.

Il faut, par ailleurs, souligner que la structure du capital social influence significativement l'impact de la présence des administrateurs indépendants sur la gouvernance de l'entreprise. En effet, en présence d'actionnaires majoritaires qui contrôlent le conseil d'administration, l'intégration d'administrateurs

---

<sup>56</sup> Code de gouvernement d'entreprise MEDEF/AFP en France, Code de gouvernance d'entreprise du Sénégal, Rc5.

<sup>57</sup> Les administrateurs ne trouvent pas dans leur rémunération la juste contrepartie du risque encouru.

<sup>58</sup> BOULERN (S.) et SAHUT (J.M.), « Les sources d'inefficacité des mécanismes de gouvernance d'entreprise », *Rev. Management & Avenir*, 2010, n° 33, p. 374.

---

<sup>59</sup>I.S.A., Institut Sénégalais des Administrateurs.

<sup>60</sup> En France il y a l'IFA, qui est l'institut Français des administrateurs. Il y a également l'APIA

indépendants n'aurait pas un impact déterminant<sup>61</sup>. Dans le contexte de l'OHADA, l'actionnariat est concentré entre les mains des fondateurs qui gardent un pouvoir absolu sur leurs entreprises et les conseils d'administration n'agissent beaucoup plus qu'à titre consultatif<sup>62</sup>.

Il a aussi été argué que la présence des administrateurs indépendants peut être une source de radicalisation au sein des conseils<sup>63</sup>. Les administrateurs indépendants se sentiraient surinvestis d'une mission de défense des intérêts des actionnaires minoritaires amenant les autres administrateurs à défendre une position contraire.

Cependant, il reste certain que le recours à un regard extérieur objectif et indépendant ne pourrait qu'être

bénéfique pour les sociétés anonymes de l'espace OHADA. Rigoureusement encadrée, l'incorporation des administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration est susceptible d'en améliorer la gouvernance.

### **B- La nécessité d'un encadrement du statut DE L'ADMINISTRATEUR INDEPENDANT**

Cet encadrement passerait, d'abord, par une caractérisation de l'indépendance de l'administrateur(1). Ensuite, les modalités particulières du statut de l'administrateur indépendant doivent être précisées(2).

#### **1- La détermination des critères d'indépendance**

Afin de qualifier plus précisément l'administrateur indépendant, plusieurs critères peuvent être retenus en partant des diverses définitions données au concept. Aux Etats-Unis, l'administrateur indépendant est celui qui n'exerce aucune fonction dans l'entreprise en tant que gestionnaire salarié<sup>64</sup>. Ce système s'apparentait à un système d'autocontrôle puisque les administrateurs qui étaient

---

<sup>61</sup> CHOUCANE (I.), « Les déterminants de la présence des administrateurs indépendants dans les conseils d'administrations des sociétés françaises », *RSG*, 2010, n° 245-246, p. 65.

<sup>62</sup> CKOUEKAM (O.) *Géographie du capital et contrôle des entreprises au Cameroun : impact du contexte sociopolitique et culturel*, thèse Universités de Bordeaux et de Yaoundé II, 2015, p. 65.

<sup>63</sup> MATHEZ (H.), « Editorial- En matière de gouvernance des sociétés cotées, la perfection n'est probablement pas de ce monde », *Bull. joly sociétés*, juin 2013, n° 6, p. 373.

---

<sup>64</sup>DELGA (J.), « L'administrateur indépendant et corporate governance : comparaison France et Etats-Unis », *Dalloz*, 2002, chron., p. 2858.

censés contrôler les managers étaient eux mêmes managers<sup>65</sup>. Le facteur d'indépendance de l'administrateur, dans ce cas, résiderait dans l'absence de fonctions de direction au sein de la société<sup>66</sup>.

En France, l'administrateur indépendant, selon le code Medef-Afp, est celui qui n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement. Pour ce faire, l'administrateur indépendant devrait être libre de tout lien salarial ou de mandat social, capitalistique ou de mandats croisés, de relation d'affaires, de lien familial ou personnel avec un mandataire social, et ne pas avoir une ancienneté de plus de douze ans au poste. A ces critères formels, il faut adjoindre la compétence et l'expérience

professionnelle de l'administrateur ainsi que sa moralité<sup>67</sup>.

L'indépendance est une qualité cardinale attendue d'un administrateur. Au sens juridique du terme, l'indépendance s'entend à *maxima* d'une indépendance d'esprit et à *minima* d'une indépendance matérielle<sup>68</sup>. L'indépendance d'esprit peut être synonyme d'impartialité, cette qualité morale qui oblige l'administrateur à ne pas avoir de parti pris, à être rigoureux, objectif et juste dans ses décisions. L'indépendance, en tant qu'état d'esprit, est également le caractère d'une personne qui ne se soumet pas aux habitudes sociales communément admises<sup>69</sup>. Il doit exercer une liberté de jugement<sup>70</sup>.

Sur le plan matériel, l'indépendance est la situation d'un individu qui n'attend rien de personne, qui dispose de moyens matériels et financiers qui lui permettent de subvenir à ses besoins et remplir sa mission, sans en

---

<sup>65</sup>*ibidem*

<sup>66</sup>La conception de l'indépendance de l'administrateur retenue par la NYSE exclut tout administrateur employé par l'entreprise durant les trois dernières années. V. ROTH (F.), « L'administrateur indépendant dans le cycle de développement de l'entreprise », *RFGE*, IFA, 2011, 8,15p. « halshs-00693118 », publié le 1<sup>er</sup> mai 2012, consulté le 17 septembre 2018.

---

<sup>67</sup>Voir les travaux de la commission de déontologie et statut de l'administrateur de l'IFA sus cité, p. 6.

<sup>68</sup>SCHOLOASTIQUE (E.), « L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? » *op cit.*, p.34.

<sup>69</sup>*Ibid.*, p.35.

<sup>70</sup>Voir Rapport VIENOT II, 1999.

référer à quelqu'un d'autre. Pour ce faire, la rémunération de l'administrateur indépendant doit être conséquente pour garantir un revenu en adéquation avec le temps exigé et les compétences recherchées<sup>71</sup>.

De ce qui précède, il conviendrait de retenir la définition de l'administrateur indépendant que donne le Code Medef-Afp, qui serait plus adaptée au cadre du droit OHADA des sociétés commerciales. Cette définition est très proche de celle qu'en donne le règlement de la CEMAC-UMAC du 06 octobre 2008 relatif au gouvernement d'entreprise dans les établissements de crédit de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale. En effet, aux termes des dispositions de l'article 2 de ce règlement, l'administrateur indépendant est « *l'administrateur de l'établissement assujetti n'entretenant aucune relation de quelque nature que ce soit avec cet établissement, le groupe auquel il appartient ou encore avec sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement* ». En tout état de cause, il ne devrait pas s'agir d'une

<sup>71</sup>Voir travaux de la commission de déontologie et statut de l'administrateur de l'IFA *op cit.*, p. 10.

indépendance formelle, mais de rechercher des gages d'une indépendance de fait réelle. C'est la raison pour laquelle, au critère d'indépendance de l'administrateur, il faudrait adjoindre celui de la *compétence et de la disponibilité*.

L'indépendance serait inopérante en l'absence de compétence<sup>72</sup>. La compétence de l'administrateur indépendant lui sert en premier lieu pour juger les informations qui lui seront fournies dans le cadre de ses fonctions et pouvoir y déceler des failles le cas échéant. La qualification professionnelle de l'administrateur indépendant lui permet d'accomplir efficacement son travail, et c'est sur la base de ces compétences spécifiques qu'il devrait être choisi. A cet effet, la réglementation pourrait imposer une certaine formation ou la possession d'un certain diplôme pour être désigné administrateur indépendant. L'exigence de compétence serait davantage importante lorsque l'on observe que dans l'espace OHADA, les

<sup>72</sup> BESSIRE (D.), CHATELIN-ERTUR (C.) et ONNEE (S.), « Normes de gouvernance et « effet d'universalisation » : le cas de l'administrateur indépendant en pratique et en théorie », *RFGE*, 2008, n° 4, p. 9 spec., p.24.

administrateurs sont très souvent choisis sur la base des affinités avec les dirigeants.

Dans le cadre de ses fonctions de membre du conseil d'administration, l'administrateur indépendant devrait disposer du temps nécessaire pour l'accomplissement de sa mission. Sa participation aux activités menées par le conseil doit être effective et régulière. Il ne doit pas s'agir d'une simple présence formelle et passive, mais d'une participation active aux réunions et même en dehors des réunions lorsque le besoin s'exprime. Pour ce faire, une restriction plus rigoureuse du cumul de mandats devrait lui être imposée.

En somme, au rang des critères de choix de l'administrateur indépendant, il conviendrait d'admettre : son indépendance, sa compétence et sa disponibilité. Ces trois critères doivent être envisagés cumulativement. Un administrateur indépendant efficace devrait être « *aussi compétent et disposant du temps nécessaire pour mener à bien sa mission* »<sup>73</sup>. L'intérêt de ces

---

<sup>73</sup>BEN BARKA (H.), « L'administrateur indépendant en France : les risques du métier face à la mondialisation des finances », communication IX<sup>e</sup> Colloque francophone sur le risque Oriane, IUT de Bayonne, 22-23 septembre 2011, *Revue Française*

critères serait mieux perçu dans le cadre de l'élaboration d'un statut juridique propre à l'administrateur indépendant.

## **2- Les modalités de désignation, de rémunération et de révocation de l'administrateur indépendant**

Le statut juridique peut être entendu, au sens général, comme la condition juridique d'une personne, d'une catégorie de personnes ou d'une institution<sup>74</sup>. Au sens du droit des sociétés, le statut concerne les conditions de nomination, de révocation et de rémunération de l'administrateur indépendant<sup>75</sup>. En l'état actuel du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, la désignation, la révocation, la rémunération et la durée du mandat de l'administrateur indépendant sont régies par les mêmes dispositions que celles des autres administrateurs<sup>76</sup>. Dans ces conditions, la question qui se pose est celle de savoir comment faire pour

---

*de Comptabilité*, Ed. comptables-Malesherbes 2012, p.36-39 « hal-00654807 »

<sup>74</sup>CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitan, PUF, 4<sup>ème</sup> ed., p. 854.

<sup>75</sup>SCHOLASTIQUE (E.), « L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? », *op cit.*, p. 35.

<sup>76</sup> Articles 416 à 434 de l'AUDSCGIE.

garantir l'indépendance de l'administrateur alors qu'il jouit du même statut que les autres administrateurs ? La question est d'autant plus pertinente si l'on considère que l'administrateur indépendant manifeste l'émergence d'un contre-pouvoir au sein du conseil d'administration<sup>77</sup>. Il serait alors important que la nomination, la révocation, la rémunération et la durée du mandat des administrateurs indépendants soient empreintes de spécificités.

En ce qui concerne la nomination, sans enlever à l'assemblée générale son pouvoir de nomination, il peut être envisagé, de prime abord, que la cooptation soit exclue comme mode de désignation des administrateurs indépendants<sup>78</sup>. En effet, la cooptation des administrateurs apparaît en général, fortement influencée par les dirigeants présents au conseil d'administration,

---

<sup>77</sup>ALIX (C.) et MISTRAL (J.), « Le législateur, le régulateur et le juge : Remarques sur la dynamique de la réforme financière aux Etats-Unis » in Rapport Moral sur l'argent dans le monde : AEF, 2005, p. 329, cité par SCHOLASTIQUE (E.), « L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? », *op cit.*, p. 35.

<sup>78</sup>SCHMIDT (S.), « Réorganisation des pouvoirs des dirigeants », *Journ. sociétés*, n° 63, mars 2009, p. 24.

surtout en cas de cumul de fonctions et d'absence d'un comité de nomination. La sélection des administrateurs indépendants pourrait ainsi être exclusivement faite par les actionnaires et intervenir suite à un entretien avec chaque candidat. Pour ce faire, un Guide d'entretien peut être mis sur pied par des praticiens de droit ou par des institutions qualifiées à cet effet<sup>79</sup>. Ce Guide devra contenir des éléments d'analyse de la situation individuelle de chaque candidat au regard des critères d'indépendance relevés ci-dessus.

L'administrateur indépendant ne devrait pas être, « *le fusible qui saute en cas de haute tension* »<sup>80</sup>. Il s'ensuit que la révocation de l'administrateur indépendant, qui en réalité est un professionnel, devrait intervenir, pour avoir plus de crédibilité, pour *juste motif* contrairement aux autres administrateurs qui eux, sont révocables *ad nutum*. C'est dire que, à défaut d'expiration du mandat de l'administrateur indépendant, la

---

<sup>79</sup>En France par exemple, l'IFA a mis sur pieds un Guide d'entretien recommandé dans la nomination et la sélection des administrateurs indépendants.

<sup>80</sup>SCHOLASTIQUE (E.), « L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? », p. 36.

révocation ne devrait intervenir que si ce dernier ne remplit plus les critères qui ont présidé à sa nomination ou si ce dernier commet une faute dans l'exercice de la mission à lui confiée. La pertinence de ce mode de révocation ne pourra être admise que si une évaluation régulière de cette indépendance devrait être effectuée et publiée avec le rapport annuel des activités de l'entreprise<sup>81</sup>. La révocation pour juste motif de l'administrateur indépendant répondrait ainsi à la spécificité de ses critères de sélection et au besoin de stabilité minimum qui serait nécessaire pour effectuer sereinement sa tâche.

Pour que l'administrateur indépendant puisse exercer son rôle en toute liberté, il est nécessaire qu'il soit bien rémunéré. En effet, la politique de rémunération des mandataires sociaux n'est pas sans incidence sur les objectifs qui leurs sont assignés<sup>82</sup>. En principe, en tant qu'administrateur, l'administrateur indépendant aurait droit à une indemnité

de fonction<sup>83</sup>. Une part supérieure à celle des autres administrateurs peut lui être allouée pour sa participation aux différents comités éventuellement créés par le conseil. Cependant, il serait judicieux d'accorder une rémunération spécifique aux administrateurs indépendants. En réalité ce qui est rémunéré, ce n'est pas l'indépendance de l'administrateur, mais sa compétence en cette qualité. Cette rémunération doit être en adéquation avec le temps exigé et les compétences recherchées, mais elle ne doit, cependant, pas être assez substantielle au risque de favoriser l'enracinement<sup>84</sup>. Cette double condition d'autonomie financière va permettre à l'administrateur indépendant d'exercer librement son rôle.

Par ailleurs, en ce qui concerne le mandat de l'administrateur, l'AUDSCGIE prévoit qu'il dure au maximum six ans, lorsque l'administrateur est nommé en cours de vie sociale, et deux ans, en cas de nomination par les statuts ou l'assemblée

---

<sup>81</sup>SCHMIDT (S.), « Réorganisation des pouvoirs des dirigeants », *op cit.*, p. 22 Cette évaluation serait distincte de celle des autres administrateurs.

<sup>82</sup>SANGUE FOTSO (R.), *L'efficacité de la structure de contrôle des entreprises camerounaises*, thèse sus citée, p. 52.

---

<sup>83</sup>Articles 431 et 432 de l'AUDSCGIE.

<sup>84</sup>SCHOLASTIQUE (E.), « L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? », *op cit.*, p.36.

générale constitutive<sup>85</sup>. Le mandat est renouvelable sauf clause contraire des statuts. Cependant, en raison de la nécessité de préserver l'indépendance de l'administrateur, il serait souhaitable de limiter le renouvellement du mandat des administrateurs indépendants. A la réalité, après avoir passé un temps relativement long au sein d'une même entreprise, il est difficile de conserver une certaine indépendance. Des liens peuvent se construire entre des personnes appelées à travailler ensemble, qu'ils soient d'amitié ou d'inimitié, de sorte que l'objectivité nécessaire à l'exercice de la fonction d'administrateur indépendant en soit affectée<sup>86</sup>.

La loi devrait aménager un statut particulier à l'administrateur indépendant. Ce statut particulier participerait au renforcement de ses capacités fonctionnelles, et par voie de

conséquence, améliorerait l'efficacité du conseil d'administration.

Pour faire face aux difficultés rencontrées dans la gestion des sociétés commerciales à travers le monde, des mécanismes de bonne gouvernance ont été élaborés. Parmi ces mécanismes, on dénombre le concept d'administrateur indépendant. La vulgarisation de ce concept conduit à s'interroger sur la capacité de la présence des administrateurs indépendants à impulser une meilleure gouvernance des sociétés anonymes de l'espace OHADA. Il en résulte que la contribution des administrateurs indépendants à la gouvernance des sociétés commerciales demeure relative pour plusieurs raisons. D'abord, le manque d'encadrement de la notion d'indépendance des administrateurs ne permet pas toujours aux entreprises de sélectionner des administrateurs vraiment indépendants. Ensuite, l'environnement socio-économique, marqué par la toute puissance des actionnaires fondateurs-dirigeants, est moins propice à l'émergence utile d'un contre-pouvoir au

---

<sup>85</sup>Article 420 de l'AUDSCGIE.

<sup>86</sup>Le Rapport de l'IFA sus cité, propose que les entreprises appliquent soit un système de rotation des administrateurs indépendants, soit que les administrateurs siégeant au conseil depuis plus d'un certain nombre d'années (douze ans au maximum) ne soient plus considérés comme des indépendants.

sein de la société<sup>87</sup>. A cela il faut ajouter l'absence d'un marché des administrateurs indépendants formés à la fonction.

L'intervention du législateur OHADA pour organiser un statut particulier des administrateurs indépendants s'avère nécessaire pour améliorer l'impact de la présence de cette catégorie d'administrateurs dans le sens d'une meilleure gouvernance des entreprises. Ceci est davantage nécessaire quand on sait que les acteurs sociaux adoptent de plus en plus ce concept.

---

<sup>87</sup> La concentration du capital social favoriserait un meilleur contrôle de la société dans l'intérêt des actionnaires. Voir à cet effet CKOUEKAM (O.), *Géographie du capital et contrôle des entreprises au Cameroun : impact du contexte socio-politique et culturel*, thèse universités de Bordeaux et Yaoundé II, 2015.

**LE JUGE PENAL ET LES MARCHES PUBLICS  
AU CAMEROUN : VERS UNE CONFUSION  
ENTRE LA FAUTE DE GESTION ET LE  
DETournEMENT DE DENIERS PUBLICS ?**

*Dr Samuel Théophile BATOUM-BA-NGOUE*  
*Chargé de Cours*  
*FSJP/Université de Douala*

Le XVI<sup>e</sup> cours international de criminologie qui s'est tenu à Abidjan en septembre 1966 a permis de souligner à maintes reprises l'importance de la criminalité contre la chose publique en Afrique<sup>1</sup>. Depuis lors, les grandes affaires criminelles tournent autour de malversations et détournements de deniers publics. Face à cette situation, les Etats africains en général et le Cameroun en particulier ont édicté des peines d'une grande sévérité en la matière. Au demeurant, de nombreux pays ont classé le détournement de deniers publics au rang des infractions constitutives de crimes<sup>2</sup>.

Le paradoxe de cette situation est liée au fait que les auteurs de ces

---

<sup>1</sup> Encyclopédie juridique de l'Afrique, Strasbourg, les nouvelles éditions africaines, p.150.

<sup>2</sup> Le crime dans le code pénal camerounais est une infraction punie de la peine de mort ou d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est supérieur à 10 ans (article 21 (I) CPI.

mauvaises pratiques contre la fortune publique sont le plus souvent des fonctionnaires<sup>3</sup> qui incarnent l'Etat protecteur de l'intérêt général. De fait, l'on observe que l'une des préoccupations majeures de l'opinion publique et des fonctionnaires<sup>4</sup> des Etats de l'Afrique d'expression française est la pénalisation de la vie publique par le canal des marchés publics.

De plus en plus, l'on se trouve à la croisée des chemins des contentieux publics et des procédures pénales. Dès lors, se pose la question de l'immixtion du

---

<sup>3</sup> Plusieurs affaires relatives à la violation des dispositions du code des marchés publics existent au Cameroun. On pourrait citer : l'affaire OLANGUENA AWONO Urbain c/ministère public et Etat du Cameroun (MINSANTE), l'affaire MENDO ZE Gervais c/CRTV et Etat du Cameroun, l'affaire ministère public et MINPOSTEL c/MOUCHIPOU Seydou, l'affaire ministère public et PAD c/ETONDE EKOTTO Edouard, SIYAM SIEWE et les autres.

<sup>4</sup> Selon l'article 4 de la loi N° 77/26 du 06 Décembre 1977 du code pénal camerounais, est considérée comme « fonctionnaires, pour l'application de toute loi pénale, tout magistrat, tout officier public ou ministériel, tout préposé ou commis de l'Etat ou toute personne morale de droit public, d'une société d'Etat ou de gendarmerie, tout agent de la sûreté nationale ou de l'administration pénitentiaire et toute personnes chargée même occasionnellement d'un service, d'une mission ou d'un mandat public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ».

juge pénal dans les procédures administrativo-financières.

Malheureusement, ce juge ne semble pas toujours préparé à une incursion dans la vie administrative que les marchés publics contribuent à animer. En effet, jadis considérés comme intouchables sur le plan pénal car bénéficiaire de la protection de l'institution administrative dont ils ont la charge, les autorités contractantes en Afrique noire francophone sont traquées par les procédures pénales avec toute la publicité que cela comporte<sup>5</sup>. Ces autorités contractantes<sup>6</sup> sont sujettes à des incriminations pénales<sup>7</sup> et à des fautes de gestion<sup>8</sup> dès lors qu'elles sont impliquées dans la commande publique.

---

<sup>5</sup> Au Cameroun, l'opération dite Epervier est à l'origine de la condamnation de plusieurs hauts responsables de l'administration publique.

<sup>6</sup> Une autorité contractante est une personne physique habilitée à conduire le processus de contractualisation et à signer les marchés y relatifs. Il s'agit des maîtres d'ouvrage et des maîtres d'ouvrage délégués.

<sup>7</sup> Ces incriminations pénales dans le domaine des marchés publics portent généralement sur la corruption active (art.134 du CP) ou passive (art.134(1) du CP), l'intérêt dans un acte (art.135 du CP), détournement des biens et deniers publics (art.184 du CP).

<sup>8</sup> La loi N° 74/18 du 05 Décembre 1974 relative au contrôle des ordonnateurs, gestionnaires et gérants des crédits publics, modifiée par la loi N°

L'on est en droit de s'interroger sur les raisons d'une telle évolution qui semble surprendre les mis en cause<sup>9</sup>. Les maîtres d'ouvrage<sup>10</sup> sont soumis à de fortes sujétions alors qu'en contrepartie, leur protection est faible. Leur responsabilité est parfois indéterminée dans la mesure où ils peuvent être rendus responsables de tout ce qui se passe dans la trajectoire qu'empruntent les marchés publics<sup>11</sup>.

D'un autre côté, l'on observe une réelle méconnaissance par certains

---

76/4 du 08 Juillet 1976 répertorie les mauvaises pratiques constitutives d'une faute de gestion. Il s'agit notamment dans le domaine des marchés : de l'engagement d'une dépense ou certification des pièces sans justification de l'exécution des travaux, des prestations de biens ou services, des appels à la concurrence, lettre-commande et achat en infraction de la réglementation sur les marchés publics.

<sup>9</sup> Ces mis en cause sont généralement les maîtres d'ouvrage ou maîtres d'ouvrage délégués et les comptables publics.

<sup>10</sup> Le maître d'ouvrage au sens du code des marchés publics camerounais est soit un chef de département ministériel ou assimilé, soit le chef de l'exécutif d'une collectivité territoriale décentralisée, soit le directeur général et directeur d'un établissement public, représentant l'administration bénéficiaire des prestations prévues dans le marché.

<sup>11</sup> Les responsabilités dont il s'agit ici portent soit sur des fautes de gestion, soit sur des infractions de détournement de deniers publics.

magistrats, des structures et du fonctionnement des procédures administratives et financières liées à la commande publique<sup>12</sup>. C'est la raison pour laquelle les autorités contractuelles empêtrées dans des procédures judiciaires peinent à expliquer aux juges, les modes de fonctionnement des marchés publics et les responsabilités des maîtres d'ouvrages et des comptables publics, commis au paiement desdits marchés publics<sup>13</sup>.

Dans tous les cas, c'est dans ce contexte que le juge pénal est désormais constitué comme juge de la légalité des actes administratifs aussi bien règlementaires qu'individuels et des contentieux publics<sup>14</sup>. En effet, il est de plus en plus amené à se prononcer sur la régularité de la passation des marchés publics, lesquels sont encadrés par le code des marchés publics.

---

<sup>12</sup> Les magistrats ne parviennent pas toujours à établir le *distinguo* qui existe entre une faute de gestion et un détournement de deniers publics.

<sup>13</sup> Un effort sur la formation des magistrats au droit des marchés publics est indispensable afin qu'ils puissent distinguer ce qui relève de la faute de gestion et ce qui relève de la qualification d'infraction pénale de détournement de deniers publics.

<sup>14</sup> Ces contentieux publics relèvent très souvent de la compétence du juge administratif.

En devenant ainsi le juge de droit commun des marchés publics à la place du juge administratif, le juge pénal très souvent tombe sous la confusion entre la faute de gestion et le détournement de deniers publics<sup>15</sup>. Pourtant, sur le plan juridique, il est impératif d'établir la distinction ontologique entre la faute de gestion et le détournement de deniers publics (I). A partir de cette distinction, on constatera qu'il s'est créé une l'extension casuistique entre les deux notions (II).

### **I - LA DISTINCTION ONTOLOGIQUE ENTRE LA FAUTE DE GESTION ET LE DETOURNEMENT DE DENIERS PUBLICS**

Il faut d'emblée dire que la faute de gestion n'est pas clairement définie par les différents textes en vigueur. En effet, l'article 2 du décret N°2008/028 du 17 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil de discipline budgétaire et financière énonce tout simplement que le « *Conseil est chargé de prendre des sanctions à l'encontre des agents publics, patents ou de fait*

---

<sup>15</sup> La faute de gestion est une faute d'indiscipline relativement au non-respect des procédures administratives dans la gestion financière. Le détournement de deniers publics est une incrimination pénale qui relève de l'article 184 du code pénal camerounais.

*coupables des irrégularités et fautes de gestion commises dans l'exercice de leurs fonctions, irrégularités et fautes ayant eu pour effet de porter préjudice aux intérêts de la puissance publique ».*

De même, l'article 3 de la loi N°74/18 du 05 décembre 1974 relative au contrôle des ordonnateurs, gestionnaires et gérants de crédits publics et des entreprises d'Etat, telle que modifiée et complétée par la loi N°76/4 du 08 juillet 1976 énonce : *« est considérée comme irrégularité au sens de la présente loi, toute faute de gestion, préjudiciable aux intérêts de la puissance publique ... ».*

Allant dans le même sens, l'article 6 de la loi du 05 décembre 1974 dispose *« est considérée comme irrégularité au sein de la présente loi, toute faute de gestion commise dans une entreprise d'Etat et préjudiciable à la puissance publique ne ressortissant pas nécessairement de la compétence des tribunaux répressifs ou de commerce ... ».*

À la lecture croisée de ces dispositions, il ressort que la faute de gestion est assimilée à une irrégularité. Elle n'est ni une faute disciplinaire, ni une faute pénale dans la mesure où selon l'article 17 du décret 2008/028 du 17

janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil de Discipline budgétaire et financière *« la saisine du Conseil ne fait obstacle ni à l'exercice de l'action disciplinaire, ni à celui de l'action pénale ».* Vue sous cet angle, la faute de gestion se distingue nettement du détournement de deniers publics qui est une faute pénale tant sur le plan substantiel (A) que sur le plan procédural (B).

#### **A - LA DISSOCIATION SUBSTANTIELLE DE LA FAUTE DE GESTION DU DETOURNEMENT DE DENIERS PUBLICS**

L'on observe qu'au Cameroun, c'est à travers les marchés publics que le potentiel financier se transforme en réalisations publiques<sup>16</sup>. Les marchés publics sont au cœur de l'activité économique. Plusieurs acteurs interviennent dans la procédure de passation et d'exécution desdits marchés. Pendant leur intervention, ces acteurs s'exposent à divers manquements susceptibles d'être des fautes de gestion dont certaines peuvent être qualifiées de détournements de deniers publics ; bien

---

<sup>16</sup> MESSENGUE AVOM (B), La gouvernance des marchés publics au Cameroun, Yaoundé, les éditions Kilimandjaro, 2013, p. 65.

que les premières se distinguent substantiellement des derniers.

**1- La faute de gestion : une irrégularité administrative à incidence budgétaire et financière**

La faute de gestion se distingue fondamentalement du détournement de deniers publics par le fait qu'elle est commise par des personnes bien déterminées<sup>17</sup> et dans des structures bien catégorisées<sup>18</sup>. Sa source provient de tout fait qui porte atteinte aux intérêts collectifs d'un groupe déterminé, fait pouvant recevoir une définition aussi large qu'imprécise<sup>19</sup>. Sa sanction est prononcée par une instance spécialisée ayant des missions spécifiques et une nature particulière<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Au regard de l'article 2 du décret N°2008/028 du 17 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil de discipline budgétaire et financière, il s'agit « des agents publics patent ou de fait », ou alors du fonctionnaire au sens de la loi N°77/26 du 06 décembre 1977 relative à la définition du code pénal, ou encore des ordonnateurs, gestionnaires et gérants de crédits publics et des entreprises d'Etat.

<sup>18</sup> Il s'agit des structures étatiques, des entreprises publiques ou parapubliques.

<sup>19</sup> Encyclopédies juridiques de l'Afrique, op.cit., p.19.

<sup>20</sup> Au Cameroun, c'est le Conseil de discipline budgétaire et financière, qui est habilité à jouer ce

C'est à ce titre que l'article 1<sup>er</sup> de la loi N°74/18 du 05 décembre 1974 énumère les personnes susceptibles de commettre les fautes de gestion et la nature des sanctions y afférentes. Il s'agit de « *tout agent de l'Etat, d'une collectivité publique locale, d'un établissement ou organisme public et parapublic ayant la qualité d'administrateur de crédit, tout commissaire aux comptes, censeur ou commissaire du gouvernement auprès d'une entreprise d'Etat quel qu'en soit le statut..., qui se rend coupable d'une irrégularité prévue aux articles 3, 6 et 7 est passible d'une amende prononcée conformément à la présente loi. Il peut en outre être constitué débiteur envers la personne morale concernée du montant des engagements non apurés des justificatifs requis* »<sup>21</sup> s'agissant des marchés publics, deux principaux acteurs peuvent s'exposer à la faute de gestion : **l'autorité contractante ou le maître**

---

rôle au regard de l'article 2 du décret N°2008/028 du 17 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil de discipline budgétaire et financière.

<sup>21</sup> Voir affaire YAP Jean Emile, CS/CA N°14/94/95 du 26 janvier 1995 YAP Jean Emile c/ Etat du Cameroun

**d'ouvrage**<sup>22</sup>, d'une part, et **le comptable public commis pour le paiement des prestations effectuées**, d'autre part.

**a) L'autorité contractante ou le maître d'ouvrage et la faute de gestion**

Au Cameroun, l'initiative et la conduite de la passation d'un marché public incombent soit à l'autorité contractante, soit au maître d'ouvrage ou au maître d'ouvrage délégué. Les actes que ces derniers accomplissent sont des actes administratifs et peuvent être entachés d'une faute de gestion. L'autorité contractante ou le maître d'ouvrage participe à la définition des besoins, à la préparation des dossiers d'appels d'offres, à la gestion du processus d'attribution des marchés publics, au suivi de l'exécution et à la réception des prestations.

L'autorité contractante est la personne qui a la capacité de manifester

---

<sup>22</sup> Le décret N°201/075 du 08 mars 2012 portant organisation du ministère des marchés publics distingue désormais l'autorité contractante du maître d'ouvrage. L'autorité contractante n'est plus forcément le maître d'ouvrage, voir ABDOLRAHIM OUMAROU, l'autorité contractante dans la passation des marchés publics au Cameroun, mémoire Master II recherche, faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Douala 2012.

le consentement de la personne publique qu'elle représente. Elle est la personne signataire du marché et peut être désignée dans certains cas par le vocable « *maître d'ouvrage ou maître d'ouvrage délégué* ». L'autorité contractante engage financièrement la personne publique en qualité d'ordonnateur de crédits et peut agir en violation de la réglementation relative aux marchés publics. L'alinéa 1 de l'article 188 du code des marchés publics considère comme fautes constitutives d'atteinte à la fortune publique et sanctionnées comme faute de gestion une série de manquements qu'elle répertorie<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Il s'agit de :

- la passation d'un marché sans avoir qualité de le faire ou sans avoir reçu délégation à cet effet ;
- le fractionnement d'un marché en marché de moindre envergure, en lettre-commande ou en bon de commande, dans le but de le soustraire à la compétence d'un autre organe ;
- la passation d'un marché sans le visa financier ou sans l'autorisation de l'organe statutairement compétent ;
- la passation d'un marché sans crédit disponible ou délégué ;
- la passation d'un marché en dépassement des crédits ouverts, hormis les marchés comportant des tranches conditionnelles ou ceux exécutables sur plusieurs années ;
- l'adjudication d'un marché au profit d'un prestataire sans existence légale ;
- la certification et la liquidation des dépenses sans exécution des travaux, de la prestation des services ou de la fourniture des biens ;
- la passation d'un marché à des prix unitaires non conformes aux mercuriales officielles et n'entrant

Il importe de souligner qu'à côté de la responsabilité de l'autorité contractante, d'autres intervenants qui l'assistent dans la passation et l'exécution d'un marché public, peuvent être considérés comme complices et par conséquent engager leur responsabilité. Il s'agit notamment du maître d'œuvre ou de tout surveillant. Cette complicité se manifeste par l'omission ou la négligence d'effectuer les contrôles ou de donner des avis techniques prescrits. Elle peut également être retenue du fait de l'abstention volontaire de porter à la connaissance du maître d'ouvrage ou du maître d'ouvrage délégué, les irrégularités sur les violations constatées à l'occasion de leurs interventions.

Pareillement, selon l'article 108 du code des marchés publics, les présidents, membres et secrétaires des commissions

---

pas dans la fourniture des prix généralement admis ;

- la passation d'un marché avec des entreprises en déconfiture, avec des tiers ou sociétés en période suspecte de faillite ou de liquidation judiciaire ;
- l'inobservation des dispositions régissant la passation l'exécution et le contrôle des marchés publics ;
- le détournement de l'objet du marché ;
- la passation d'avenant en violation des dispositions réglementaires ;
- le non-respect de la procédure de passation des marchés de gré à gré ;
- la passation des marchés avec des entreprises ne présentant pas la garantie financière, économique et technique suffisante.

des marchés et sous-commissions d'analyse des offres sont liés par le secret professionnel et peuvent être passibles des sanctions prévues par les lois et règlements en vigueur. En outre, l'article 109 du code énonce que toute personne publique ou privée, chargée du contrôle de l'exécution des marchés publics, reconnue coupable de malversation ou de défaillance dans l'exercice dudit contrôle, encourt des sanctions prévues par les lois et règlement en vigueur, sans préjudice de la réparation des dommages subis par le maître d'ouvrage. D'un autre côté, en matière de gestion des finances publiques, le sacro-saint principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables publics<sup>24</sup> confie au comptable assignataire, le paiement des prestations effectuées dans le cadre de l'exécution des marchés publics.

#### **b) Le comptable public et la faute de gestion**

Au regard de l'article 5 de la loi N°2003/005 du 21 avril 2003 fixant les

---

<sup>24</sup>Voir BATOUM-BA-NGOUE Samuel Théophile, « démocratisation et processus budgétaire dans les Etats de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), le cas du Cameroun, les finances publiques en Afrique, Afrilex n°4, décembre 2004, p.22.

attributions, l'organisation et le fonctionnement de la chambre des comptes de la cour suprême, est comptable public toute personne régulièrement préposée aux comptes et chargée du maniement des deniers publics ou valeurs de la comptabilité matière. Aussi sont considérés comme comptables publics :

- ) les comptables du trésor ;
- ) les comptables des domaines ;
- ) les receveurs municipaux dans la mesure où les recettes municipales sont gérées par les personnes autres que les comptables du trésor ;
- ) les comptables matières et tous ceux désignés comme tels par les dispositions législatives ou réglementaires particulières.

Le comptable public peut également dans l'accomplissement de sa mission, s'exposer à une faute de gestion, lors du paiement d'une prestation relative à un marché public. En effet, le comptable assignataire peut procéder au règlement des avances, des acomptes ou à un paiement pour solde en dépassement de son montant et de celui de ses avenants, le cas échéant. Dans le

même ordre d'idées, le comptable public peut s'exposer à une faute de gestion en cas de tenue irrégulière ou d'absence de comptabilité.

Par ailleurs, est constitutive d'une faute de gestion, le fait pour un comptable public de présenter des défauts comptables dans ses comptes ; de ne pas exercer les contrôles prévus par les lois et règlements avant tout paiement. La faute de gestion peut également être retenue relativement au comptable public, lorsque ce dernier procède à un recouvrement des recettes ou à un paiement des dépenses non justifiées, ou encore le fait pour lui de procéder à une conservation irrégulière des fonds et valeurs, à un maniement irrégulier des fonds et mouvements de disponibilités, voire à une tenue irrégulière de la comptabilité de son poste.

Toutefois, le comptable public n'est pas responsable ou peut être déchargé de sa responsabilité, s'il a obéi à une réquisition régulière de l'ordonnateur<sup>25</sup>, ou alors s'il apporte la preuve qu'il a fait toute diligence pour assurer le recouvrement des recettes,

---

<sup>25</sup>DE VILLIERS (M) sous-Direction, droit public général, Paris, LITEC, 2<sup>ème</sup> édition, 2003, p.742.

pour procurer des gages au trésor ou éviter que la responsabilité civile de la personne publique ne soit engagée de son fait vis-à-vis des tiers. Il en est de même si une force majeure l'a empêché d'exercer un contrôle ou d'accomplir un acte auquel il était tenu. C'est du moins ce qui ressort de l'article 48 de la loi N°2003/005 du 21 avril 2003 fixant les attributions, l'organisation et le fonctionnement de la chambre des comptes.

Tous les intervenants ci-dessus mentionnés passibles d'une faute de gestion, peuvent se retrouver devant le Conseil de discipline budgétaire et financière. Et au cas où ledit Conseil constate par leur fait une faute de gestion, une sanction peut leur être infligée. Cette dernière peut être soit une mise en débet, soit une amende ou alors les deux ; lesquelles peuvent être assorties d'une déchéance à exercer des fonctions d'ordonnateurs et de gestionnaires de crédits ou de comptable dans un service, organisme public ou parapublic ou dans les entreprises d'Etat pendant un certain délai<sup>26</sup>. L'on observe cependant que les auteurs des fautes de gestion peuvent, au-

delà des sanctions dont ils ont été victimes devant le conseil, se retrouver pour certains, devant le juge pénal. Autrement dit, il aura résulté de cette évolution un véritable déplacement de la qualification des faits qui leur sont reprochés. Ces faits seront passés insensiblement de la faute de gestion vers l'infraction de détournement de deniers publics.

### **2- Le détournement de deniers publics : une faute pénale**

D'une manière générale, le détournement de deniers publics, contrairement à la faute de gestion, est prévu dans le code pénal. En effet, ce dernier qualifie d'infraction, une action ou une omission prévue et réprimée par la loi pénale<sup>27</sup>. La faute pénale trouve sa source dans un fait réprimé par la loi sur une liste limitative. Sa sanction vise à assurer la paix et la sécurité de l'organisation tout entière au moyen d'une peine ou d'une mesure de sûreté infligée ; sanction exclusivement prévue par les textes répressifs, dans un triple but de rétribution, de prévention et de réinsertion sociale<sup>28</sup>.

<sup>26</sup>Voir CS/CA, jugement N°14/94/95 du 26 janvier 1995 YAP Jean Emile c/Etat du Cameroun.

<sup>27</sup> Encyclopédie juridique de l'Afrique, op.cit., p.19.

<sup>28</sup> Ibidem.

De ce qui précède, il ressort que l'infraction de détournement peut exister à l'exclusion d'une Faute de gestion. De même, cette dernière peut être retenue en matière de passation des marchés publics sans toutefois entraîner une faute pénale. C'est à ce titre que la passation d'un marché sans avoir qualité pour le faire ou sans avoir délégation à cet effet, est constitutive d'une faute de gestion, tout comme la passation d'un marché sans crédit disponible délégué ; c'est ce qui ressort de l'article 188 alinéa 2 du code des marchés publics. Cependant ces deux manquements ne violent nullement le code pénal, pour au moins trois raisons :

Tout d'abord au regard du principe de la légalité de la répression, pour qu'un fait soit susceptible d'être reproché à son auteur, il faut qu'il ait été préalablement à sa commission, qualifié d'infraction par un texte.

Ensuite, relativement à l'élément matériel de l'infraction. Ce dernier veut que, pour que l'infraction soit punissable, il faut non seulement qu'elle ait été prévue par un texte, mais qu'elle ait effectivement porté préjudice à la victime contre laquelle elle était dirigée ou dont la réalisation n'ait échoué que grâce à un évènement extérieur et indépendant de la

volonté du délinquant, lorsque la tentative est elle-même réprimée.

Enfin, l'existence de la faute pénale est conditionnée par la présence de l'élément moral. Autrement dit un fait qui a été qualifié d'infraction par une loi pénale et matériellement réalisé par un coupable ne conduira à la répression que s'il peut être imputé à son auteur. C'est dire que la responsabilité pénale n'existe que si se trouvent réunies la culpabilité et l'imputabilité.

En répertoriant la quasi-totalité des fautes de gestion cataloguées par l'article 105 du code des marchés, considérées comme portant atteinte à la fortune publique et sanctionnées comme telle, l'on ne saurait conclure que toutes remplissent les conditions prévues par le code pénal pour être qualifiées d'infraction. Dans le domaine des marchés publics, pour un même fait, on peut avoir superposition d'une faute de gestion sur une faute pénale et aboutir à deux séries de sanctions : **une sanction pénale et une sanction disciplinaire**. Cependant, tant sur le plan substantiel que sur le plan procédural, la faute de gestion ne saurait se confondre à la faute pénale.

**a) La distance procédurale  
entre la faute de gestion et  
l'infraction de  
détournement**

La faute de gestion est un manquement « *administrativo-financier* ». C'est une irrégularité qui peut survenir dans la passation, l'exécution ou le contrôle des marchés publics et qui a une incidence sur les deniers publics<sup>29</sup>. C'est une faute procédurale qui peut porter soit sur le non-respect des procédures, soit sur le non-respect de la réglementation et de la législation dans l'administration des biens de l'Etat, des collectivités publiques et des entreprises publiques ou parapubliques.

Le détournement de deniers publics quant à lui est une infraction prévue par le code pénal et porte sur une action ou une omission qui se manifeste comme une atteinte à l'ordre social, à l'intérêt collectif et que la loi sanctionne comme une peine<sup>30</sup>. Vus sous cet angle,

---

<sup>29</sup>Voir arrêt N°002/SSP/CS du 05 août 2015, affaire OLANGUENA AWONO Urbain c/ministère public et Etat du Cameroun (MINSANTE), voir article 188 alinéa 2 du code des marchés publics.

<sup>30</sup>Encyclopédie juridique de l'Afrique, op.cit., p19. Cette définition est donnée par le code pénal du Rwanda institué par le décret-loi N°21-77 du 18 août 1977.

les deux manquements ne sauraient emprunter la même procédure quant à leur constatation et leur sanction.

**b) La faute de gestion : une  
compétence du Conseil de discipline  
budgétaire et financière**

Commise dans le cadre des marchés publics, la faute de gestion relève de la compétence du Conseil de discipline budgétaire et financière. La saisine de ce dernier est réservée au Président de la République, au Premier Ministre, au Ministre chargé du Contrôle Supérieur de l'Etat, aux Ministres supérieurs hiérarchiques des agents mis en cause ou ceux chargés de la tutelle des entreprises ou organismes publics et parapublics concernés ; ou toute autre autorité prévue par les textes en vigueur<sup>31</sup>.

Dès lors qu'il est saisi, le Président du Conseil désigne un rapporteur et un secrétaire de séance chargés de l'instruction de l'affaire. Le rapporteur a qualité pour procéder à toutes les enquêtes et investigations utiles, de se faire communiquer tous les documents et

---

<sup>31</sup>C'est ce qui ressort de l'article 14 du décret 2008/028 du 17 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil de discipline budgétaire et financière.

entendre tout témoin. Les séances du Conseil de déroulent à huit clos. Le Conseil ne peut délibérer que si les deux tiers des membres sont présents. Les décisions sont prises à la majorité des voix et notifiées aux intéressés. Elles ne sont pas susceptibles de recours gracieux préalable, mais peuvent faire l'objet de recours en annulation devant la juridiction administrative compétente<sup>32</sup>, sans que ce recours soit suspensif. La saisine du Conseil ne fait obstacle ni à l'exercice de l'action disciplinaire, ni à l'exercice de l'action pénale.

L'on peut relever que la faute de gestion est constatée par une structure administrative, laquelle est habilitée à qualifier le manquement survenu dans la passation des marchés publics. En outre, la faute de gestion ne peut être commise que par les agents publics ou assimilés en charge de la gestion de deniers publics, alors que le détournement peut être commis par toute personne relevant ou non du secteur public ou para-public. C'est dire que l'infraction de détournement ne peut être connue que par le juge pénal. C'est le cas lorsqu'une faute de gestion

commise, porte atteinte à la fortune publique.

### **B - L'INFRACTION DE DETOURNEMENT : UNE COMPETENCE DU JUGE PENAL**

La commande publique au Cameroun depuis une vingtaine d'années est propice aux dérapages en matière de probité<sup>33</sup>. Ce qui, il y a trois décennies, aurait été perçu comme une curiosité voire une incongruité, préoccupe aussi bien les théoriciens que les praticiens du droit. Il y a une véritable irruption du droit pénal dans les marchés publics<sup>34</sup>. Cette situation, outre le fait qu'elle fragilise nécessairement l'action administrative contractuelle, pose le problème de la place réservée par le juge pénal au droit public des marchés publics, lorsqu'il fonde la poursuite sur la méconnaissance d'une règle de droit public, notamment la faute de gestion.

L'article 188 alinéa 1 du code des marchés publics qui énonce que les

---

<sup>33</sup> C'est à travers les affaires : ministère public et MINPOSTEL c/MOUCHIPOU Seydou, ENGO Pierre Désiré c/Etat du Cameroun que les détournements de deniers publics dans les marchés publics ont commencé à défrayer la chronique judiciaire au Cameroun

<sup>34</sup> Voir affaire OLANGUENA AWONO Urbain c/ministère public et Etat du Cameroun (MINSANTE), op cit.

---

<sup>32</sup>Il s'agit du juge administratif.

marchés publics établis en violation des dispositions du code sont passibles des sanctions prévues par les lois en vigueur, n'établit pas nettement, la frontière entre la faute de gestion et la faute pénale d'infraction de détournement. En conséquence, il existe parfois une sorte de brouillage dans le passage du mis en cause, du Conseil de discipline budgétaire et financière où il lui est reproché une faute de gestion, à la juridiction répressive où il est inculqué pour détournement de deniers publics, alors même que la procédure devant le Conseil est différente de celle qui se déroule devant le juge pénal.

En matière pénale, une personne ne peut être déférée à une juridiction de jugement, qu'autant qu'ont été réunis contre elle, des indices graves, précis et concordants permettant de présumer qu'elle peut être l'auteur, le co-auteur ou le complice d'une infraction<sup>35</sup>. Ces indices seront réunis en premier lieu au cours de l'enquête ; s'il s'avère que les indices recueillis au cours de cette première phase sont insuffisants pour établir avec

---

<sup>35</sup> Fondation Stanislas MELONE, le code de procédure pénal en français facile, les éditions de la Fondation Stanislas MELONE, 2009, p.49.

certitude la participation de la personne soupçonnée à l'infraction commise, ils pourront l'être au cours d'une seconde phase, l'information, confiée aux juridictions d'instruction, après qu'ait été prise par le Procureur de la République la décision de poursuivre<sup>36</sup>.

Il importe de relever que cette phase préliminaire au jugement, qu'il s'agisse de l'enquête, de la poursuite ou de l'information judiciaire, présente un caractère commun : *elle est secrète et toute personne qui y concourt est tenue au secret professionnel*<sup>37</sup>. L'on constate que l'enquête englobe toutes les investigations faites à partir du moment où l'infraction est découverte ou dénoncée, jusqu'à celui où le Procureur de la République prend, au regard des présomptions résultant de l'enquête, la décision de poursuivre.

L'enquête est diligentée par les autorités regroupées sous l'appellation de police judiciaire. Ainsi présentée, tout porte à croire qu'au Cameroun, en

---

<sup>36</sup>Voir MAKOUGOM FAHA (Firmine), « Juge d'instruction ou liberté d'informer », in cahiers juridiques et politiques de la FSJP Université de Ngaoundéré, 2014, p.213.

<sup>37</sup> ibidem, p.211.

matière de marchés publics, l'enquête est enclenchée non par la police judiciaire, mais par le Conseil de discipline budgétaire et financière. C'est du moins ce qui ressort de l'article 17 alinéa 3 du décret N°2008/028 du 17 janvier 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil de discipline budgétaire et financière qui énonce « *si l'instruction laisse apparaître des faits susceptibles d'être qualifiés de crimes ou délits, le Président du Conseil transmet le dossier à l'autorité judiciaire. Cette transmission vaut plainte au nom de l'Etat, de la collectivité publique, de l'entreprise publique ou de l'organisme public ou parapublic concerné contre l'agent mis en cause* ».

L'on peut comprendre ici que c'est le président du Conseil, en l'occurrence le Ministre délégué à la présidence chargé du contrôle supérieur de l'Etat qui est juge de l'opportunité de transmettre une affaire relative à une faute de gestion au juge pénal. Pour ce faire, il doit, pendant l'instruction de l'affaire devant le Conseil, déceler des « *fait susceptibles d'être qualifiés de crimes ou délits* ». C'est certainement la raison pour laquelle l'on observe que certains auteurs de fautes de

gestion voient leurs manquements sanctionnés uniquement par le Conseil, par une mise en débet, une amende et une déchéance<sup>38</sup> ; alors que d'autres dont les fautes de gestion ont également fait état de la présence des faits susceptibles d'être qualifiés de crime ou délit, se retrouvent par la suite devant le juge pénal, où ils sont soit innocentés, soit condamnés à une peine privative de liberté<sup>39</sup>.

Le constat qui se dégage de l'observation du droit processuel disciplinaire et pénal au Cameroun, montre que, les sanctions disciplinaires dont peut être l'objet un fonctionnaire à l'occasion des actes accomplis par lui dans l'exercice de ses fonctions relativement aux marchés publics, sont indépendantes des poursuites judiciaires auxquelles les mêmes actes peuvent donner lieu<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> C'est le cas des anciens Recteurs des Universités de Yaoundé I et de Douala, les Professeurs Jean TABI MANGA et Bruno BEKOLO EBE et des anciens doyens des facultés des sciences juridiques et politiques (FSJP) sciences économiques et gestion (FSEG) de l'Université de Yaoundé II, les Professeurs Victor Emmanuel BOKALLI et Georges KOBOU.

<sup>39</sup> C'est le cas du professeur Gervais de MENDO ZE.

<sup>40</sup> Voir CS/CA jugement N°55 du 19 juillet 1984 BIYACK Jean Marie c/Etat du Cameroun.

Très souvent, les autorités investies du pouvoir de sanction préfèrent traduire les fonctionnaires fautifs devant le Conseil de discipline budgétaire et financière et leur éviter parfois les humiliations et les tracasseries de la procédure pénale<sup>41</sup>. Cependant, le fait que le pouvoir disciplinaire soit indépendant des poursuites pénales, n'exclut pas la possibilité pour un même fait, de faire l'objet de deux instructions, l'une disciplinaire et l'autre pénale<sup>42</sup>.

Les interrogations tendancieuses et facilitatrices de confusion qui émanent de certains observateurs et acteurs du droit processuel camerounais<sup>43</sup>, proviennent de ce que le Conseil de discipline budgétaire et financière n'est pas une instance judiciaire<sup>44</sup>. Cependant, il se trouve très

souvent, sous l'instigation des missions de contrôle commanditées par le Ministre en charge du contrôle supérieur de l'Etat auprès de certaines institutions, être le déclencheur des procédures disciplinaires qui se transforment en infraction de détournement devant le juge pénal.

C'est sans doute la raison pour laquelle, il ressort de l'opinion publique l'idée selon laquelle certains procès concernant certaines personnalités sont « à tête chercheuse », sous la houlette d'une justice aux ordres du pouvoir exécutif<sup>45</sup>. Pour mettre un terme à ces procès d'intention, la justice gagnerait à laisser le ministère public mettre en mouvement l'action publique sans toutefois attendre que ce dernier soit saisi par le Conseil de discipline budgétaire et financière.

En effet, au regard de l'article 59 alinéa 1 du code de procédure pénale, toute infraction peut donner lieu, a une action publique et éventuellement à une action civile. En principe, l'action publique est mise en mouvement et exercée par le

---

<sup>41</sup> Voir CS/CA, jugement N°14/94/95 du 26 janvier YAP Jean Emile c/Etat du Cameroun.

<sup>42</sup> CCA N°265 du 27 novembre 1953, MVE Jean c/ Administration du territoire.

<sup>43</sup> Ceci ressort des positions parfois incertaines aussi bien du juge administratif que des opinions de certains avocats du barreau camerounais .voir BILONG Salomon, Memento de la jurisprudence administrative du Cameroun, P.U.D. première édition, 2014, p 483.

<sup>44</sup> Voir BATOUM-BA-NGOUE Samuel Théophile, Démocratisation et processus budgétaire dans les Etat de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), le cas du Cameroun, p 22.

---

<sup>45</sup> L'on pourrait citer à titre d'exemple les affaires OLANGUENA AWONO Urbain c/Etat du Cameroun, ATANGANA MEBARA c/Etat du Cameroun, MARAFA c/Etat du Cameroun.

ministère public. Le fait qu'elle puisse aussi être mise en mouvement par une administration ou par la victime demeure une possibilité déterminée par la loi<sup>46</sup>. À défaut pour le ministère public de le faire et en laissant systématiquement au Conseil, l'initiative de le saisir, il devient difficile de crédibiliser l'indépendance du juge pénal camerounais vis-à-vis du pouvoir exécutif<sup>47</sup>.

Le fait que la quasi-totalité des faits qualifiés par le juge pénal d'infraction de détournement commencent d'abord par être « *labellisés* » fautes de gestion pendant l'instruction menée par le Conseil, porte à faire croire que le régime disciplinaire piloté par ce dernier, n'est autre qu'une branche du droit pénal. Autrement dit la procédure devant le Conseil serait une phase préliminaire à la procédure pénale. Tel n'est cependant pas le cas.

En réalité, il ressort que, l'action publique peut être mise en mouvement en

---

<sup>46</sup> Voir article 61 du code de procédure pénale.

<sup>47</sup> Il convient de rappeler que le Ministre en charge du contrôle supérieur de l'Etat est ministre délégué et que c'est le Président de la République qui reçoit les rapports de contrôle provenant des inspecteurs et contrôleurs d'Etat qui ont pour employeur le ministre chargé du contrôle supérieur de l'Etat.

matière de détournement de deniers publics, dans le domaine des marchés publics, indépendamment de l'instruction menée par le Conseil. Autrement dit, point n'est besoin que le Conseil, au vu des faits susceptibles d'être qualifiés de crime ou de délit amène le Président dudit Conseil à transmettre le dossier à l'autorité judiciaire, pour que la procédure pénale soit actionnée contre l'agent mis en cause. La saisine du juge répressif n'est pas le domaine réservé du Conseil. Il serait d'ailleurs plus légitime que le ministère public puisse se saisir d'office quand la nécessité s'impose, comme cela est énoncé par l'article 135 alinéa 1 du code de procédure pénale. Le déficit de dissociation de la procédure disciplinaire du Conseil de celle qui peut être enclenchée par le ministère public relativement à une infraction de détournement, serait la source de plusieurs interrogations voire confusions.

Tout d'abord, le fait que le Conseil discrimine les dossiers à transmettre au juge pénal de ceux dont l'instruction et les sanctions connaissent un aboutissement devant lui, pourrait laisser croire que la procédure disciplinaire et la procédure pénale sont liées. En conséquence,

l'auteur d'une faute de gestion dont le dossier se retrouverait devant le juge pénal, pourrait évoquer le principe de l'immutabilité du litige devant le Conseil et récuser devant le juge répressif, la transformation des faits qualifiés de faute de gestion, en infraction de détournement<sup>48</sup>. Dès lors que c'est le Conseil qui saisit le juge pénal, ce dernier pourrait exciper comme l'a fait à plusieurs occasions le juge administratif<sup>49</sup> que certaines prétentions des parties ne pourraient être prises en compte devant lui, parce qu'elles n'ont pas été au préalable soulevées devant le Conseil. Evidemment, il s'agirait là d'un abus consistant à assimiler le Conseil à une juridiction de premier degré, ce que le Conseil ne saurait être. Ensuite, certains auteurs de fautes de gestion, sanctionnés devant le Conseil, pourraient, à tort, évoquer devant le juge pénal la règle **NON**

**BIS IN IDEM**, qui signifie que **l'on ne peut pas être jugé deux fois pour le même fait.**

Enfin, il serait difficile d'expliquer le fait que la même personne, auteur d'une faute de gestion et sanctionnée devant le Conseil par une mise en débet, une amende, voire une déchéance, se retrouve par la suite devant le juge pénal pour être condamnée à une peine privative de liberté, et civilement au paiement à titre de dommages et intérêts d'un montant semblable à celui que le Conseil aura réclamé à titre de débet. Le trésor public se trouverait ainsi bénéficiaire doublement de la même somme : d'abord par le canal du débet, devant le Conseil de discipline budgétaire et financière et ensuite par celui de dommages et intérêts devant le juge répressif. Une telle situation peut être évitée si l'on établit clairement la possible qualification des faits d'une faute de gestion d'infraction de détournement.

---

<sup>48</sup>Selon le principe, les éléments et le cadre d'un litige ne devraient pas être modifiés dès lors que l'instance a été définitivement liée. Autrement dit, le cadre de l'instance doit rester identique dans tous ces éléments (objet, la cause et les parties).

<sup>49</sup>Voir l'arrêt de la CFJ (AP du 26 novembre 1969 affaire MOUKOKO James Emmanuel c/Etat du Cameroun, et l'arrêt de la CFJ/CAY du 27 janvier 1970 BODI MBATONGA c/Etat du Cameroun.

## **II - L'EXTENSION CASUISTIQUE ENTRE FAUTE DE GESTION ET DETOURNEMENT DE DENIERS PUBLICS**

D'une manière générale, la responsabilité pénale de l'autorité contractante ou du maître d'ouvrage, se traduit par un reproche fait à ce denier

d'avoir violé une réglementation ou une législation. Il faut préciser que dans la plupart des cas, c'est le juge d'instruction et le cas échéant la juridiction de jugement qui formule ce reproche. Très souvent, le juge d'instruction a une maîtrise approximative du droit des marchés publics. C'est ainsi que les conditions de motivation des actes de l'autorité contractante ou du maître d'ouvrage, ne lui permettent pas de savoir ce qu'on lui reproche exactement.

Certains actes contractuels du marché public qui devraient être annulés par le juge administratif, pour motivation insuffisante, se retrouvent devant le juge pénal sous la qualification de faute pénale par le Conseil. Il en découle un étonnement aussi bien de la part du mis en cause que de l'opinion publique qui crie à la mise au pilori des agents publics par une justice à « vitesse variable ». Cependant, cette perception de la justice pourrait s'estomper, dès lors qu'il est établi que certaines fautes de gestion peuvent aussi être qualifiées en matière pénale d'infraction (A) entraînant ipso facto une sanction alternative, d'abord disciplinaire devant le conseil de discipline

budgétaire et financière ensuite pénale, par le juge répressif (B).

**A - LA FAUTE DE GESTION  
POSSIBLEMENT QUALIFIABLE  
D'INFRACTION DE DETOURNEMENT DE  
DENIERS PUBLICS**

Certains manquements dans la passation et l'exécution des marchés publics, peuvent être qualifiés à la fois de faute de gestion, mais aussi de détournement de deniers publics. Cependant, la qualification d'une faute de gestion d'infraction ne relève pas du Conseil de discipline budgétaire et financière, mais du juge répressif qui doit, déceler dans ladite faute de gestion, des éléments à la fois objectifs et subjectifs de la qualification d'une infraction.

**1- Les éléments objectifs de la  
qualification d'une faute de  
gestion en infraction de  
détournement de deniers publics**

Pour qu'une faute de gestion soit qualifiée de détournement de deniers publics, il faut que la loi pénale le prévoit. Autrement dit, la loi pénale doit avoir prévu une telle infraction ainsi que la sanction y afférente. C'est le principe bien connu en droit pénal de la légalité de la répression pénale illustrée par l'adage

latin « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* », qui signifie : *nul crime, nulle peine sans loi*.

En outre, il faudrait que le juge vérifie que les faits qualifiés de faute de gestion et reprochés à une personne correspondent à l'une des qualifications pénales prévues par les divers textes répressifs. Dans l'affirmative, le juge doit discriminer, éventuellement, parmi plusieurs qualifications voisines, celle qui s'applique exactement aux faits<sup>50</sup>. C'est ainsi qu' à titre d'exemple, en matière d'exécution d'un marché public, la certification et la liquidation des dépenses sans exécution des travaux, de la prestation des services ou de la fourniture des biens, ou alors le paiement d'un marché en dépassement de son montant et de celui de ses avenants, le cas échéant, peuvent être qualifiés par le juge pénal comme la soustraction de la chose d'autrui, et par conséquent, être considérés soit de vol, soit d'escroquerie, soit d'abus de confiance, ou d'extorsion de fonds de la part de l'auteur de ces fautes de gestion relevées par le Conseil de

---

<sup>50</sup>MEBU NCHIMI (JC), « la problématique répression de la corruption en droit camerounais », RASJ Université de Yaoundé II, vol4, N°1, 2007 p.90.

discipline budgétaire et financière. Par cette qualification, la faute de gestion deviendra devant le juge pénal, une infraction de détournement de deniers publics<sup>51</sup>.

Il convient de préciser qu'à côté de cet élément légal de qualification, le juge doit s'assurer de l'existence de l'élément matériel. C'est dire que pour qu'une infraction soit punissable, il faut qu'elle ait effectivement porté préjudice à la victime contre laquelle elle était dirigée. A cet effet, pour un marché public, l'auteur d'une faute de gestion doit avoir, en décidant du paiement d'un marché fictif, soustrait des caisses de l'Etat, les deniers publics. Aussi, il aura porté atteinte à la fortune publique.

En plus de l'élément légal et matériel, une faute de gestion ne pourrait être qualifiée d'infraction de détournement de deniers publics que si ce détournement peut être imputé à l'auteur de la faute de gestion. Ceci découle du

---

<sup>51</sup> YAWAGA (SPENER), « la poursuite du processus de spécialisation de la justice pénale en matière de détournement des deniers publics (à propos de la loi portant création du tribunal criminel spécial et des textes subséquents) » in cahiers juridiques et politiques, revue de la FSJP, Université de Ngaoundéré, numéro spécial : le juge et le droit, 2014, p 121.

principe selon lequel la responsabilité pénale n'existe que si se retrouvent réunies la culpabilité et l'imputabilité<sup>52</sup>. La qualification d'une faute de gestion d'infraction de détournement peut également être conditionnée par des éléments subjectifs.

**2- Les éléments subjectifs de la qualification d'une faute de gestion en infraction de détournement de deniers publics**

L'étiquette juridique que le juge appose sur un fait en le qualifiant d'infraction soulève plusieurs problèmes : celui du moment où la qualification est retenue ; celui de l'autorité qui a le pouvoir de qualification, et celui du choix entre plusieurs qualifications possibles.

En effet, un fait peut être qualifié d'atteinte à la fortune publique, puis en fonction de l'évolution des mœurs, celui-ci peut être disqualifié et le fait devient licite. Si l'on s'en tient à l'écriture de l'article 184 du code pénal camerounais relatif au détournement, il ressort qu'est considéré comme auteur de détournement, « *Quiconque par quelque moyen que ce soit obtient ou retient*

*frauduleusement quelque bien que ce soit, mobilier ou immobilier, appartenant, destiné ou confié à l'Etat unifié, à une coopérative collectivité ou établissement public, ou soumis à la tutelle administrative de l'Etat, ou dont l'Etat détient directement ou indirectement la majorité du capitale ».*

Il semble aisé d'appliquer cette disposition à l'ensemble des intervenants impliqués dans le processus de passation, d'exécution et de contrôle des marchés publics, chaque fois que l'Etat du Cameroun subira un préjudice financier<sup>53</sup>. Profitant de cette conception large de l'infraction de détournement, le Conseil de discipline budgétaire et financière va discriminer les fautes de gestion susceptibles de se retrouver devant le juge pénal de celles dont la connaissance et éventuellement la sanction s'arrêtent devant le Conseil. Ainsi, à la suite de ce dernier, le juge pénal, bénéficiant de son large pouvoir d'appréciation et de qualification des faits, pourra qualifier aussi bien les actes de l'autorité contractante que ceux du

<sup>52</sup>Encyclopédie juridique de l'Afrique, op.cit., p.44.

<sup>53</sup>C'est ce qui ressort de l'article 188 alinéa 1 et 2 du code des marchés publics.

comptable public d'infraction de détournement.

S'agissant de l'autorité contractante ou du maître d'ouvrage, le juge peut être amené à qualifier d'infraction de détournement, au regard de l'interprétation qu'il fait de l'article 184 du code pénal, le fait pour un maître d'ouvrage ordonnateur de crédit, de procéder à la certification et à la liquidation des dépenses sans exécution des travaux de la prestation des services ou de la fourniture des biens. De même, le fait pour un maître d'ouvrage d'accorder des exonérations des droits, taxes, redevance, impôt ou contribution ; de délivrer un prix inférieur à celui qui est prescrit, les produits de l'Etat, d'une coopérative, d'une collectivité ou d'un établissement soumis à la tutelle administrative de l'Etat ou dont l'Etat détient directement ou indirectement la majorité du capital, pourra avoir la même qualification de détournement.

Pour ce qui concerne le comptable public chargé du paiement des prestations du contractant de la personne publique, le juge pénal peut le qualifier de complice d'un détournement de deniers public, en cas d'aliénation de biens affectés aux

droits du trésor public, par privilège ou hypothèque, en violation de l'article 6 de la loi N°73/7 du 07 décembre 1973 relative aux droits du trésor pour la sauvegarde de la fortune publique.

Pareillement, le fait pour un comptable public de mettre à son profit personnel les biens livrés par un prestataire pour le compte de l'Etat, ou celui de retenir frauduleusement les biens mobiliers ou immobiliers appartenant à une personne publique ou d'en faire un usage personnel, peut être qualifié de détournement de deniers publics.

Si, à l'issue de son instruction, le Conseil trouve des faits susceptibles d'être qualifiés de crimes ou délits et décide de transmettre le dossier au juge pénal, il n'en demeure pas moins que l'auteur de la faute de gestion subira pour le même fait des sanctions successives : une première sanction lui sera infligée devant le Conseil de discipline budgétaire et financière et une seconde devant le juge pénal.

**B - LA SANCTION ALTERNATIVE  
RELATIVE A LA FAUTE DE GESTION ET A  
L'INFRACTION DE DETOURNEMENT DE  
DENIERS PUBLICS**

La société camerounaise, avec l'activation de l'opération dite « *Épervier* »<sup>54</sup> relativement aux auteurs des fautes de gestion et des détournements de deniers publics, ne semble plus se contenter des sanctions de mise en débet, des amendes et des déchéances. L'opinion publique veut des responsables, mieux des coupables<sup>55</sup>. Tout porte à croire que le contribuable exige la sanction du responsable coupable à travers le procès pénal avec toute la publicité que cela comporte<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Dans le cadre de l'assainissement des finances publiques, de la lutte contre la corruption et les détournements de deniers publics, plusieurs responsables à tous les niveaux de l'Etat ont été inculpés et condamnés au Cameroun par le juge pénal. Ces différentes condamnations ont été regroupées sous le vocable « Opération Epervier ».

<sup>55</sup> Les différentes arrestations des personnalités ayant prétendument porté atteinte à la fortune publique, suscitent toujours un vif intérêt de la part des citoyens qui exigent non seulement les condamnations des auteurs de ces infractions mais aussi le remboursement au trésor public des sommes distraites.

<sup>56</sup> Les arrestations à coup de publicité de certaines personnalités ayant occupé de hautes fonctions dans l'Etat, et aujourd'hui condamnés à des peines privatives de liberté continuent de défrayer la chronique des journaux et plateaux de télévision.

D'un autre côté, la posture des juges judiciaires tend à encourager cette évolution des choses, dès lors qu'un homme public est en cause. La pénalisation de la vie publique en général et des marchés publics en particulier a été relayée par les médias<sup>57</sup>. Cette situation a été favorisée par le fait que le fonctionnaire n'est pas un prévenu ordinaire. Bien plus, le juge pénal n'était pas toujours préparé à la mission nouvelle qui lui était confiée en la matière<sup>58</sup>. L'intérêt et surtout la curiosité suscités par cette opération de lutte contre les atteintes à la fortune publique et visant à faire du Cameroun une « *République exemplaire* »<sup>59</sup>, ont pour origine, la multiplication des sanctions pour les mêmes faits. En réalité certains citoyens

---

Voir YAWAGA (Spener) « la poursuite du processus de spécialisation de la justice pénale en matière de détournement des deniers publics », op.cit., p.125.

<sup>57</sup> Contrairement au principe selon lequel la phase préliminaire au jugement doit être entourée du secret professionnel et de la confidentialité. Voir MAGOUKOU FAHA (Firmine), « Juge d'instruction et liberté d'informer », op.cit., p.211.

<sup>58</sup> Cette nouvelle mission consistant à procéder à la qualification des fautes de gestion d'infraction de détournement de deniers publics.

<sup>59</sup> Voir le message du Chef de l'Etat camerounais à l'occasion de la célébration de la 46<sup>ème</sup> édition de la fête nationale de la jeunesse du 10 février 2012.

ne se trouvent pas au même niveau de compréhension, s'agissant de l'application des sanctions alternatives. Autrement dit ceux-là semblent ignorer qu'une même faute peut être sanctionnée sur le plan disciplinaire, sur le plan civil et sur le plan pénal.

**1- La sanction disciplinaire et financière par le Conseil de discipline budgétaire et financière**

D'une manière générale, les agents publics au Cameroun sont soumis à de fortes sujétions alors qu'en contrepartie leur protection est faible. Il existe des manquements spécifiques aux fonctionnaires de même que des sanctions qui leur sont propres<sup>60</sup>. Le domaine de la Commande publique constitue un secteur à fort risque de sanctions pour les maîtres d'ouvrage<sup>61</sup>. Il existe pour ces derniers un

---

<sup>60</sup> Il s'agit des sanctions prévues soit par le statut de la fonction publique, soit par la loi pénale.

<sup>61</sup> C'est ce qui ressort de la pluralité des condamnations relativement aux maîtres d'ouvrages gestionnaires des crédits publics dans le cadre des marchés publics. On peut citer à titre d'illustration des personnalités contre lesquelles des peines d'une sévérité exceptionnelle ont été prononcées : J. EDOU ancien Directeur Général du Crédit Foncier condamné à 40 ans d'emprisonnement, A BOOTO A NGON, condamné à 40 ans d'emprisonnement, SIYAM SIEWE, ancien Directeur Général du PAD, condamné à vie, G.

mécanisme de sanctions alternatives dans la mesure où toute procédure pénale peut s'accompagner d'une procédure disciplinaire à incidence financière.

Selon l'article 11 nouveau de la loi N°74/18 du 05 décembre 1974 relative au contrôle des ordonnateurs, gestionnaires et gérants de crédits publics et des entreprises d'Etat telle que modifiée et complétée par la loi N°76/4 du 08 juillet 1976, la saisine du Conseil de discipline budgétaire et financière ne fait obstacle ni à l'action pénale, ni à celui de l'action disciplinaire. L'article 2 du décret N°2008/028 du 17 janvier 2008 portant organisation du Conseil fait de ce dernier l'organe chargé de la sanction des responsabilités, des ordonnateurs et gestionnaires de crédits publics et des entreprises publiques.

A ce titre, il sanctionne les fautes de gestion commises par les ordonnateurs et gestionnaires de crédit de l'Etat, des collectivités territoriales décentralisées, des entreprises et organismes publics ou

---

ONDO NDONG, ancien Directeur Général du FEICOM condamné à 20 ans d'emprisonnement, E ETONDE EKOTO, ancien PCA du PAD condamné à 10 ans d'emprisonnement. Voir BITTINI (F), la protection des décideurs publics face au droit pénal, Paris, LG. DJ, 2008 ; p.320.

parapublics et toute autre personne agissant en cette qualité. Il sanctionne également les commissaires aux comptes, censeurs et commissaires du gouvernement auprès des entreprises publiques et toute personne agissant en cette qualité.

Il importe de préciser que, selon l'article 15 de la loi N°74/18 du 05 décembre 1974 relative au contrôle des ordonnateurs, gestionnaires et gérants de crédits publics, les ministres et vice-ministres ne sont pas justiciables du Conseil, durant l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, les fautes de gestion engageant leur responsabilité font l'objet d'un rapport au Président de la République, à la diligence du Conseil, à moins que l'enquête n'ait établi leur bonne foi. Dans ce cas, la responsabilité des agents qui leur ont fait prendre la décision entachée d'irrégularité se substitue à la leur<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup>C'est ce qui pourrait expliquer le fait que l'ancien ministre des enseignements secondaires, Monsieur BAPES Louis s'est retrouvé en détention provisoire alors qu'il se trouvait en fonction et a été obligé d'être libéré conformément à cette réglementation. Voir NNA (Mathurin) « la judiciarisation de la vie politique camerounaise », in cahiers juridiques et politiques, revue de la faculté des sciences juridiques et politiques (FSJP),

Par ailleurs, les décisions du Conseil ne sont pas susceptibles de recours gracieux préalable. Cependant elles peuvent faire l'objet de recours en annulation devant la juridiction administrative compétente. En conséquence, les décisions du Conseil ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. C'est dire que le Conseil n'est pas une juridiction. Les faits et actes dommageables des autorités contractantes et des maîtres d'ouvrage, ordonnateurs et gestionnaires des crédits publics et des entreprises publiques retenus par le Conseil ont un caractère non répréhensible. Les sanctions infligées par le Conseil sont de nature disciplinaire et pécuniaire. Le Conseil peut mettre à la charge des autorités contractantes, des maîtres d'ouvrage ou maîtres d'ouvrage délégués, gestionnaires de crédits publics à titre de débet, le montant réel du préjudice subi soit par la puissance publique en vertu des dispositions prévues à cet effet par le régime financier de l'Etat, soit par les entreprises d'Etat

---

Université de Ngaoundéré, numéro spécial : le juge et le droit, 2014, p.335.

conformément au droit commun de la responsabilité civile<sup>63</sup>.

Il ne serait pas superflu de rappeler que selon l'article 17 alinéa 3 du décret portant organisation et fonctionnement du Conseil, la saisine de ce dernier ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action pénale. C'est le Conseil qui transmet le dossier au juge pénal compétent dès que son instruction fait apparaître des faits susceptibles d'être qualifiés de crimes ou délits. Cette transmission vaut plainte au nom de l'Etat, de la collectivité publique

---

<sup>63</sup>C'est à ce titre que le Pr. MENDO ZE Gervais ex Directeur Général de la CRTV a été constitué débiteur envers le trésor public de la somme de 2 616 725 FCFA par la décision N°0008/D/PR/CONSUPE/CDBF du 09 février 2008. Parmi les fautes de gestion retenues contre lui, on peut mentionner : le paiement intégral d'un marché nonobstant l'existence d'un matériel non conforme d'une valeur de 25 000 000 FCFA, le paiement sans justificatif d'un marché public en dépassement, le Conseil lui a par ailleurs infligé une amende spéciale de 2 000 000 FCFA et prononcé à son encontre une déchéance pour une durée de cinq ans. De même, YAP Jean Emile a été condamné par le Conseil de discipline budgétaire et financière, par décision N°018/PR/IGRA/CD/BC du 25 janvier 1988 à un débet de 178 112 613 francs représentant le montant du préjudice réel subi par l'Etat de son fait, une amende spéciale de 2 000 000 de francs pour gestion défectueuse ; une déchéance pendant un délai de cinq ans, lui interdisant d'assurer les fonctions d'ordonnateur de gestionnaire de crédits ou de comptable dans un service, organisme public ou parapublic ou dans les entreprises d'Etat.

ou de l'entreprise concernée contre le mis en cause.

Il importe de s'intéresser à la nature juridique du Conseil relativement aux rapports qu'il entretient avec le juge pénal<sup>64</sup>. En effet, plusieurs questions peuvent être soulevées à ce niveau. Tout d'abord, sur quel fondement juridique le Conseil décide-t-il « *les faits susceptibles d'être qualifiés de crimes ou délits* », lesquels impliquent *ipso facto* la transmission du dossier à l'autorité judiciaire? Ensuite, le Conseil qui n'est pas une juridiction a-t-il qualité pendant son instruction pour relever les faits des fautes de gestion susceptibles d'être qualifiés de crimes ou délits? Enfin la transmission du dossier par le Conseil au juge pénal oblige-t-elle ce dernier à déclencher la procédure pénale? Le ministère public peut-il décider de classer le dossier sans suite? Doit-il toujours attendre d'être saisi par le Conseil pour déclencher la procédure

---

<sup>64</sup>Il s'agit de savoir si le principe de l'immutabilité du litige devant le Conseil de discipline budgétaire et financière peut être soulevé devant le juge pénal lorsqu'il est saisi. Voir CFJ/CAY N°65 du 03 septembre 1969 MBARGA NYATTE (Daniel) « de l'incompétence de la juridiction administrative au Cameroun » in cahiers juridiques et politiques revue de la faculté des sciences juridiques et politiques (FSJP) Université de Ngaoundéré numéro spécial : le juge et le droit, 2014, p.78.

pénale? Ne peut-il pas prendre l'initiative de le faire à travers une auto-saisine? La réponse à toutes ces questions peut contribuer à apporter un éclairage aux rapports qui existent entre le Conseil et le ministère public, et à dissiper l'idée selon laquelle la justice est aux ordres de l'exécutif dont dépend hiérarchiquement le Conseil. Quoiqu'il en soit, il s'avère que l'auteur d'une faute de gestion peut être sanctionné aussi bien par le Conseil que par le juge pénal.

### **2- La sanction de l'infraction de détournement de deniers publics par le juge pénal**

La faute de gestion qualifiée par le juge pénal d'infraction de détournement, peut voir son auteur sanctionné par le juge répressif. D'une manière générale, la constatation matérielle des faits opérée par le juge pénal, lie l'autorité disciplinaire qui est le Conseil de discipline budgétaire et financière. Il s'agit d'une position ancienne qui a été adoptée par le juge administratif camerounais dans l'arrêt du CCA/CAY du 30 janvier 1953 MBOTO OTTO C/Administration du territoire. Ainsi le requérant ayant fait l'objet d'une condamnation pénale pour les faits qui lui étaient reprochés, ceux-ci devaient s'imposer à l'autorité disciplinaire. Il s'agit

d'une manifestation du principe selon lequel, le pénal tient l'administration en l'état.

Il faut néanmoins relever qu'au Cameroun, l'autorité disciplinaire est libre de qualifier les faits. Cette situation est facilitée par l'absence de définition de la faute de gestion et l'inexistence en droit disciplinaire du principe *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine lege*<sup>65</sup>. Au regard du jugement KEYANFE<sup>66</sup>, l'on observe une illustration importante des rapports complexes qui existent entre la répression pénale et la répression disciplinaire<sup>67</sup>.

Il est certes tentant de tenir les deux régimes pour similaires. Pourtant, malgré les points de convergence, leur autonomie est certaine. En ce qui concerne les analogies, il convient de relever leur caractère répressif, du fait que

---

<sup>65</sup> Cela ressort du jugement du 21 novembre 1983 de la chambre administrative de la Cour suprême, ATEBA Victor c/Etat du Cameroun selon lequel la faute disciplinaire n'est pas toujours expresse : « Attendu que la répression disciplinaire atteint des agissements qui sont réputés faute disciplinaire et ces agissements ne sont pas expressément énumérés dans un texte législatif ou administratif »

<sup>66</sup> CS/CA, jugement N°54/78-79 du 26 avril 1979 du 26 avril 1979 KEYANFE Jean Robert c/Etat du Cameroun

<sup>67</sup>Ibidem

les deux aboutissent à la sanction des manquements commis à l'encontre de certaines normes par certains ordonnateurs et comptables publics<sup>68</sup>, les sanctions étant rigoureusement interprétées en vertu du principe de la légalité des peines. Autrement dit, le Conseil de discipline budgétaire et financière et le juge pénal ne peuvent prononcer que les peines prévues par les textes, soit le statut des fonctionnaires, soit le code pénal<sup>69</sup>. D'un autre côté, les règles de procédure et de garantie de la personne mise en cause sont presque les mêmes. C'est le cas à titre d'exemple du respect des droits de la défense.

Au regard de ce qui précède, certains auteurs peuvent conclure que le régime disciplinaire du Conseil de discipline budgétaire et financière n'est rien d'autre qu'une branche du droit pénal<sup>70</sup>. Pourtant, sans être antinomiques, les deux types de répressions peuvent être

menés simultanément et donner lieu à des sanctions différentes contre le même acteur et pour les mêmes faits. Cette situation résulte de la distinction qui existe entre le constat de la matérialité des faits et leur qualification. La matérialité des faits opérée par le juge répressif est constante. Autrement dit, lorsque le juge a retenu les faits, il ne revient plus au Conseil de les remettre en cause<sup>71</sup>. Toutefois, le rapprochement s'arrête à ce niveau, étant entendu que le Conseil de discipline budgétaire et financière reprend sa liberté en matière de qualification des faits. Il peut, en conséquence, soit disculper l'ordonnateur ou le comptable public poursuivi, soit retenir à son passif une faute de gestion quelle que soit l'attitude du juge pénal. Quoiqu'il en soit, l'on doit reconnaître que le juge pénal a plus de moyens d'investigation lui permettant de faire des constatations matérielles des faits ou leur inexistence matérielle qui s'imposent à

---

<sup>68</sup> Arrêt de la CFJ/CAY N°65 du 03 septembre 1969 EVINA ADA Christophe c/Etat du Cameroun

<sup>69</sup> Arrêt N°002/SSP/CS du 05 août, OLANGUENA AWONO Urbain c/ministère public et Etat du Cameroun (MINSANTE)

<sup>70</sup> CS/CA jugement N°54/78 du 26 avril 1979 du 26 avril 1979 KEYANFE Jean robert c/Etat du Cameroun

---

<sup>71</sup> C'est ce qui ressort des décisions CCC, 30 janvier 1953 MBOTTO OTTO c/administration du territoire, CS/AP, 08 novembre 1973, AKONO ESSAM Jean Lebon c/Etat du Cameroun, Réc. MBOUYOM, T1, p.21.

l'organe disciplinaire<sup>72</sup>. Le juge pénal sanctionne les maîtres d'ouvrage et soumissionnaires rendus coupables de violations des procédures de passation des marchés publics<sup>73</sup>. Il est habilité à sanctionner les infractions commises au cours de la passation des marchés publics, lorsque celles-ci portent atteinte à la fortune publique<sup>74</sup>. Ces sanctions se déclinent soit en paiement des dommages et intérêts, ainsi que des amendes, soit en peine privative de liberté, soit en confiscation des biens accompagnée des déchéances<sup>75</sup>. C'est ce qui ressort de l'affaire ministère public et MINPOSTEL C/MOUCHIPOU SEIDOU. Ce dernier est accusé avec ses collaborateurs d'avoir détourné et tenté de détourner les deniers publics, par le biais de la

---

<sup>72</sup>C'est ce qui pourrait expliquer le fait que certains montants des sommes distraites par certains auteurs des fautes de gestion, devant le Conseil de discipline budgétaire et financière, sont parfois revus à la baisse devant le juge pénal.

<sup>73</sup>Arrêt N°002/SSP/CS du 05 août 2015, OLANGUENA AWONO Urbain c/ministère public et Etat du Cameroun (MINSANTE)

<sup>74</sup> Voir FOKO Athanase, le Tribunal Criminel Spécial : un dernier né particulièrement controversé dans la carte judiciaire camerounaise, in cahiers juridiques et politiques, revue de la FSJP Université de Ngaoundéré, 2012, P.122.

<sup>75</sup>Ibidem.

surfacturation et du fractionnement des marchés publics<sup>76</sup>.

Le juge pénal saisi par le Conseil de discipline budgétaire et financière a procédé à plusieurs qualifications des fautes de gestion d'infractions relativement à la fortune publique. Aussi plusieurs manquements dans la passation et l'exécution des marchés publics ont-ils reçu, devant le juge pénal des qualifications multiformes d'infractions et des sanctions pénales s'en sont suivies pour leurs auteurs. La plupart de ces infractions essaient les procédures de passation et d'exécution des marchés publics au Cameroun<sup>77</sup>.

Plusieurs fautes de gestion possiblement qualifiables d'infractions entourent les procédures de passation et

---

<sup>76</sup> L'on pourrait également mentionner les affaires ministère public et PAD C/ETONDE EKOTTO Edouard Nathanaël, SIYAM SIEWE et autres, ministère public et SIC C/Gilles Roger BELINGA.

<sup>77</sup> L'on pourrait à titre d'exemple évoquer comme infractions : la corruption (article 134 CP), l'intérêt dans un acte (article 135 CP), la participation dans une affaire (article 136 CP), le déficit non signalé (article 138 CP), le trafic d'influence (article 161 CP), le faux dans un acte (article 144 CP), le favoritisme (article 143 CP), le refus d'un service dû (article 148 CP), la négligence systématique (article 151 CP), la coaction (article 96 CP), la complicité (article 97 CP).

d'exécution des marchés publics au Cameroun. Cependant l'arsenal répressif prévu et les sanctions y afférentes ne sont pas suffisamment actionnés aussi bien par le ministère en charge des marchés publics<sup>78</sup> que par l'Agence de Régulation des Marchés Publics. C'est quasiment de manière incidente que le ministère public saisi par le Conseil de discipline budgétaire et financière, déclenche le processus de pénalisation des manquements relatifs aux marchés publics.

Bien plus, les soumissionnaires et cocontractants de l'Etat lésés dans la passation ou l'exécution des marchés publics, encore moins la Commission Nationale de la Concurrence ne requièrent l'office du juge relativement aux pratiques parfois anti-concurrentielles que l'on rencontre dans le paysage de la commande publique. Dans la mesure où le code des marchés publics régit les prestations dont les montants sont supérieurs à cinq millions de francs, la

quasi-totalité des violations des dispositions dudit code constituent dans la classification des infractions, des crimes. En conséquence, les condamnations prévues dans le code pénal varient entre un et vingt ans d'emprisonnement alors que les amendes, elles, varient entre 20 000 francs et deux millions en fonction des infractions commises.

Par ailleurs le code pénal camerounais prévoit l'emprisonnement à vie, lorsque la valeur des biens détournés excède 500 000 (cinq cent mille) francs CFA. C'est certainement pour traduire la volonté de l'Etat de lutter contre les atteintes à la fortune publique en général et dans le domaine des marchés publics en particulier, qu'un tribunal criminel spécial a été créé<sup>79</sup>. En effet, ce tribunal est compétent lorsque le préjudice est d'un montant minimum de 50 000 000 (cinquante mille) francs CFA. Lorsqu'on sait que les montants de la plupart des marchés publics sont très souvent supérieurs à cette somme, l'on peut

---

<sup>78</sup> Voir le décret N°2012/075 du 08 mars 2012, portant organisation du ministère des marchés publics. Voir NTONGA BOMBA (SV), « la protection de la fortune publique camerounaise : une efficacité relative? » in revue africaine des sciences juridiques, Université de Yaoundé II, vol.7, N°1, 2010.

---

<sup>79</sup> Voir YAWAGA (Spener), « la poursuite du processus de spécialisation de la justice pénale en matière de détournement des deniers publics : (A propos de la loi portant création du tribunal criminel spécial et les textes subséquents), op.cit., p.121.

penser que la création de ce tribunal a un lien avec cette hydre que semble être le détournement de deniers publics au Cameroun.

Tout porte à croire qu'avec la cohabitation sur le plan institutionnel d'une juridiction pénale ordinaire, d'un tribunal de première instance, d'un tribunal criminel spécial, d'une chambre des comptes, de l'Agence Nationale d'Investigation financière, d'un ministère des marchés publics, d'un ministère en charge du contrôle supérieur de l'Etat, d'un Conseil de discipline budgétaire et financière, d'une commission nationale anti-corruption, d'une Agence de régulation des marchés publics, l'on pourrait réduire considérablement les fautes de gestion possiblement qualifiables d'infraction de détournement de deniers publics au Cameroun<sup>80</sup>. Quoi qu'il en soit, les citoyens quant à eux, ont le devoir d'être au même niveau de compréhension relativement à la faute de gestion et à l'infraction de détournement. Ils doivent savoir qu'un même « *infracteur* » auteur de ces deux manquements peut se voir infliger une sanction alternative :

pécuniaire, disciplinaire et privative de biens et de liberté au Cameroun

---

<sup>80</sup> Voir BITTINI (F), la protection des décideurs publics face au droit pénal, op.cit.

## JURISPRUDENCE

*LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, 03 JUILLET 2019, AFFAIRE SOCIETE GROUPE DUVAL C/ SOCIETE SPBI*

Sur le moyen unique, pris en ses deuxième, troisième, quatrième et cinquième branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 19 septembre 2017), que la société SPBI a conclu des contrats de distribution exclusive avec la société Boat développement (la société Boat), laquelle avait pour associé unique la société JEM développement, détenue par la société Fedent, elle-même détenue par la société Imfined, aux droits de laquelle vient la société Groupe Duval ; que par un jugement du 15 octobre 2011, un tribunal de commerce a condamné la société SPBI à verser à la société Boat la somme de 800 000 euros de dommages-intérêts pour rupture abusive des contrats de distribution ; que la société SPBI ayant saisi le premier président d'une cour d'appel d'une demande de suspension de l'exécution provisoire dont était assortie cette décision, la société Boat, qui s'opposait à cette demande, a produit aux débats une lettre d'intention de la société Imfined du 14 novembre 2011, stipulant : "En notre qualité d'associé majoritaire de la SARL Boat développement au travers de nos différentes participations nous ne pouvons que nous réjouir de la décision ayant été rendue le 25 octobre 2011 par le

tribunal de commerce de Paris vous opposant à la SA SPBI. (...) vous avez sollicité de notre part que nous vous confirmions par écrit notre soutien dans le cadre de ce contentieux ; ce à quoi nous pouvons répondre favorablement sans aucune difficulté. Imfined est une société dont la solidité financière ne peut être discutée. Au-delà d'un capital social de 35 millions d'euros, les fonds propres d'Imfined, au 31 décembre 2010, s'élevaient à plus de 48,3 millions d'euros. (...) Comme vous le savez, Imfined a toujours apporté son soutien ' y compris financier ' à Boat développement, notamment par avances réalisées en compte courant d'associé. Nous vous confirmons bien volontiers que Imfined continuera à soutenir Boat développement dans le cadre du contentieux l'opposant à SPBI et ce même si, par extraordinaire, la cour d'appel de Paris devait infirmer le jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 25 octobre 2011, obligeant votre société à restituer en tout ou en partie, la somme de 800 000 € concernée. Nous vous autorisons bien évidemment à produire la présente lettre de confort et ses annexes dans le cadre de l'assignation en référé à fin de suspension de l'exécution provisoire délivrée à la demande de SPBI devant Monsieur le Président de la Cour d'Appel de Paris." ; que par une ordonnance du 10 janvier 2012, le premier président a rejeté la demande de suspension de l'exécution provisoire ; que le 12 mars 2013, la société Imfined a dénoncé à la société Boat la résiliation de la lettre du 14 novembre

2011, puis par un « contrat de cession à terme de parts sociales » du 14 mars 2013, la société Fedent a cédé 51 % de sa participation dans la société JEM développement à une société CPR Belgium, avec effet au 31 décembre 2013 ; que par un arrêt du 15 janvier 2014, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement du 15 octobre 2011 et condamné la société Boat à restituer à la société SPBI la somme de 800 000 euros ; que la société Boat a été mise en liquidation judiciaire le 12 mars 2014 ; que le 1er avril 2014, la société SPBI a assigné la société Imfined en responsabilité, sur le fondement de l'article 1382 du code civil ;

Attendu que la société Groupe Duval fait grief à l'arrêt de condamner la société Imfined à payer à la société SPBI la somme de 800 000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du manquement fautif à son engagement du 14 novembre 2011 alors, selon le moyen :

1°/ que le juge a l'obligation de ne pas dénaturer les documents de la cause ; qu'en affirmant que la société Imfined s'était « abstenue d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800.000 euros » résultant de la lettre d'intention qu'elle avait signée le 14 novembre 2011 au profit de la société Boat développement, quand ladite lettre stipulait « nous vous confirmons bien volontiers que Imfined continuera à soutenir Boat Développement dans le cadre du contentieux l'opposant à SPBI et ce même si, par extraordinaire, la cour d'appel de Paris devrait infirmer le

jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 25 octobre 2011, obligeant votre société à restituer, en tout ou partie, la somme de 800.000 euros concernés », ce dont il ne résultait qu'une obligation de faire, à l'exclusion de toute obligation monétaire, la cour d'appel a dénaturé ladite lettre en violation du principe susvisé, ensemble de l'article 1192 du code civil, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2°/ qu'un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ; que la cession de la participation d'une société mère dans sa filiale bénéficiaire d'une lettre de confort emporte la caducité de celle-ci ; qu'ainsi, la lettre de confort du 14 novembre 2011 donnée par la société Imfined à la seule société Boat développement était caduque à la suite de la cession de la participation de la première dans la seconde par acte du 14 mars 2013 et qu'en retenant qu'en s'abstenant d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800 000 euros, tel qu'il résulterait de la lettre de confort, à la suite de l'arrêt infirmatif du 15 janvier 2014, la société Imfined avait commis une faute, la cour d'appel a violé l'article 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble les principes gouvernant la caducité des actes juridiques codifiés à l'article 1186 du code civil dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

3°/ que l'effet relatif des contrats n'interdit pas au tiers à une convention de se prévaloir du manquement contractuel

commis par une partie, dès lors que ce manquement est directement à l'origine d'un préjudice subi par lui ; qu'en ne constatant pas que la prétendue faute de la société Imfined ayant consisté à s'abstenir d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800 000 euros à la société Boat développement à la suite de l'arrêt infirmatif de la cour d'appel de Paris du 15 janvier 2014 était directement à l'origine du préjudice invoqué par la société SPBI, créancière de la restitution à l'égard de la société Boat développement, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et l'article 1382, devenu 1240 du code civil ;

4°/ que seul le préjudice en relation de cause à effet avec la faute commise est indemnisable ; qu'en retenant que le montant des dommages-intérêts dus à la société SPBI était « déterminé par l'engagement auquel la société Imfined a manqué » soit une somme de 800 000 euros correspondant à l'obligation souscrite par la société Imfined envers la société Boat développement, débitrice de la restitution envers la société SPBI, sans constater que la société SPBI, tiers à cet engagement, aurait été en mesure de saisir effectivement, hors tout concours avec d'autres créanciers, la somme de 800 000 euros si elle avait été payée à la suite de l'arrêt infirmatif de la cour d'appel de Paris du 15 janvier 2014, et ce après avoir constaté que la société Boat

développement avait été déclarée en liquidation judiciaire le 12 mars 2014, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1382, devenu 1240, du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'analysant la portée de la lettre d'intention du 14 novembre 2011 et recherchant la commune intention des parties en tenant compte du contexte judiciaire dans lequel elle avait été produite, la cour d'appel a retenu que la société Imfined s'était engagée à apporter son soutien à la société Boat pour qu'elle puisse restituer à la société SPBI la somme de 800 000 euros, dans le cas d'une décision à venir sur le fond du litige infirmant la condamnation de première instance, faisant ainsi ressortir qu'elle s'était engagée à un tel résultat ;

Attendu, en deuxième lieu, que, contrairement à l'affirmation du moyen, pris en sa deuxième branche, la seule cession de la participation de la société Imfined dans le capital de sa filiale n'a pas eu pour effet de rendre caduque la lettre d'intention ;

Et attendu, enfin, qu'ayant évalué le préjudice subi du fait de l'inexécution de l'obligation contractée par la société Imfined au montant de la somme non restituée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le

moyen, pris en sa première branche, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Groupe Duval aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société SPBI la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du trois juillet deux mille dix-neuf.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Boutet et Hourdeaux, avocat aux Conseils, pour la société Groupe Duval venant aux droits de la société Imfined

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement du tribunal de commerce de Nanterre du 11 mai 2016 et, statuant à nouveau, d'AVOIR condamné la société Imfined aux droits de laquelle vient la société Groupe Duval à verser à la société SPBI la somme de 800.000 €uros de dommages et intérêts en réparation de son manquement fautif à son engagement du 14 novembre 2011 produit en justice ;

AUX MOTIFS QUE « la société SPBI, constructeur de bateaux commercialisés sous la marque Jeanneau, a convenu des

contrats de distribution exclusive avec la société Boat Développement (société Boat), laquelle avait pour associé unique la société JEM Développement, détenue par la société Fedent, elle-même détenue par la société IMFINED ayant pour objet la participation financière pour l'acquisition de valeurs immobilières et mobilières ; que saisi par la société Boat d'une demande de rupture des contrats de distribution aux torts de la société SBPI, le tribunal de commerce de Paris a condamné cette dernière à verser, avec exécution provisoire la somme de 800.000 euros de dommages et intérêts par jugement du 15 octobre 2011 ; que la société SPBI a contesté cette exécution provisoire devant le premier président de la cour d'appel de Paris, et au soutien du rejet de cette demande, la société Boat a mis aux débats une lettre d'intention de la société IMFINED du 14 novembre 2011 stipulant : "En notre qualité d'associé majoritaire de la SARL BOAT DEVELOPPEMENT au travers de nos différentes participations nous ne pouvons que nous réjouir de la décision ayant été rendue le 25 octobre 2011 par le tribunal de commerce de Paris vous opposant à la SA SPBI (

) vous avez sollicité de notre part que nous vous confirmions par écrit notre soutien dans le cadre de ce contentieux ; ce à quoi nous pouvons répondre favorablement sans aucune difficulté. IMFINED est une société dont la solidité financière ne peut être discutée. Au-delà d'un capital social de 35 millions d'euros, les fonds propres d'IMFINED au 31 décembre 2010,

s'élevaient à plus de 48,3 millions d'euros (€ 48.338.657). (

). Comme vous le savez, IMFINED a toujours apporté son soutien – y compris financier – à BOAT DEVELOPPEMENT, notamment par avances réalisées en compte courant d'associé. Nous vous confirmons bien volontiers que IMFINED continuera à soutenir BOAT DEVELOPPEMENT dans le cadre du contentieux l'opposant à SPBI et ce même si, par extraordinaire, la cour d'appel de Paris devait infirmer le jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 25 octobre 2011, obligeant votre société à restituer en tout ou partie, la somme de 800.000 € concernée. Nous vous autorisons bien évidemment à produire la présente lettre de confort et ses annexes dans le cadre de l'assignation en référé à fin de suspension de l'exécution provisoire délivrée à la demande de SPBI devant Monsieur le Président de la cour d'appel de Paris"; qu'aux termes de son ordonnance du 10 janvier 2012, le premier président a rejeté la demande de suspension de l'exécution provisoire au motif, notamment que "BOAT DEVELOPPEMENT bénéficie du soutien de son associé majoritaire Imfined dont les comptes font apparaître la bonne santé financière, disposant de capitaux propres d'un montant de 48.000.000 €; si la lettre de confort en date du 14 novembre 2011 ne remplit pas les conditions d'une caution solidaire, elle n'en constitue pas moins un engagement à l'égard de SPBI d'apporter son concours financier à BOAT DEVELOPPEMENT dans l'hypothèse d'une

obligation de restitution des sommes fixées par le tribunal de commerce"; que par lettre remise en main propre le 12 mars 2013, la société IMFINED a dénoncé à la société Boat la résiliation de la lettre du 14 novembre 2011, puis, par un « contrat de cession à terme de parts sociales » du 14 mars 2013, la société Fedent a cédé pour 1 euro, 51 % de sa participation à la société JEM Développement à une société de droit belge CPR Belgium, avec effet au 31 décembre 2013; qu'en suite de l'arrêt du 15 janvier 2014 par lequel la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement du 15 octobre 2011 et condamné la société Boat à reverser la somme de 800.000 euros, la société SPBI a vainement mis en demeure le 5 mars 2014 la société IMFINED de lui régler cette somme en vertu de l'engagement du 14 novembre 2011, avant de l'assigner le 1er avril 2014 en paiement et sur le fondement de l'article 1382 du code civil, la société Boat ayant été déclarée en liquidation judiciaire le 12 mars 2014; que sur la qualification du manquement à l'engagement de garantir l'exécution provisoire dans les conséquences du litige; que pour conclure à la confirmation du jugement en ce qu'il a rejeté la demande de dommages et intérêts de la société SPBI sur le fondement de l'article 1382, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la société IMFINED soutient qu'aucune faute ne peut lui être imputée, qu'aucun lien de causalité n'est démontré avec le dommage invoqué, lequel n'est enfin pas certain dans son quantum, et soutient que cette

responsabilité ne peut être fondée sur le bénéfice de la garantie de l'article 2322 du code civil que la société SPBI prétend tirer de la lettre du 14 novembre 2011, alors que cette « lettre de confort » a été consentie au seul profit de la société Boat, que les conditions de l'engagement quant au résultat de l'appel sur le jugement était incertain, sa durée indéterminée, qu'en tout état de cause, cet engagement a été régulièrement résilié le 12 mars 2013, et qu'en toute hypothèse, il est devenu caduc en suite de la cession de la totalité des parts que la société Fedent détenait dans la société Boat ; mais que si, en effet, la société BPFI (sic) ne peut revendiquer la garantie de son préjudice sur le fondement de la lettre d'intention du 14 novembre 2011 qui ne la désigne pas en qualité de bénéficiaire, l'autorisation que cette lettre stipule qu'elle soit produite devant la juridiction saisie pour décider des conditions susceptibles de suspendre l'exécution de la condamnation réclamée par la société BPFI (sic) avait pour objet, et a eu pour effet de déterminer le premier président de la cour d'appel de Paris dans l'appréciation qui lui était dévolue de refuser la demande en suspension, et tandis que le terme, la cause et l'objet de cet engagement sont déterminables dans la restitution de la somme de 800.000 euros dans le cas d'une décision à venir sur le fond du litige infirmant pour tout ou partie la condamnation de première instance, il en résulte qu'en s'abstenant d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800.000 euros, la société IMFINED a commis une faute

engageant sa responsabilité envers la société SPBI, et alors que le montant des dommages est déterminé par l'engagement auquel la société IMFINED a manqué, il convient par ces motifs d'infirmar le jugement et de condamner la société IMFINED à verser à la société SPBI la somme de 800.000 euros » ;

ALORS DE PREMIERE PART QUE, sauf circonstances particulières non caractérisées en l'espèce, ne constitue pas une faute susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, l'autorisation donnée à une société filiale par sa société mère de produire à l'occasion d'une procédure de suspension d'exécution provisoire une lettre de confort dont l'appréciation de la portée est laissée à la discrétion du premier président, lors même qu'elle aurait pour objet et pour effet de déterminer la juridiction présidentielle à refuser la demande de suspension ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas caractérisé l'existence d'une faute et violé l'article 1382, devenu 1240 du code civil ;

ALORS DE DEUXIEME PART QUE le juge a l'obligation de ne pas dénaturer les documents de la cause ; qu'en affirmant que la société Imfined s'était « abstenue d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800.000 euros » résultant de la lettre d'intention qu'elle avait signée le 14 novembre 2011 au profit de la société Boat Développement, quand ladite lettre stipulait « nous vous confirmons bien volontiers que Imfined continuera à soutenir Boat Développement

dans le cadre du contentieux l'opposant à SPBI et ce même si, par extraordinaire, la cour d'appel de Paris devrait infirmer le jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 25 octobre 2011, obligeant votre société à restituer, en tout ou partie, la somme de 800.000 euros concernés », ce dont il ne résultait qu'une obligation de faire, à l'exclusion de toute obligation monétaire, la cour d'appel a dénaturé ladite lettre en violation du principe susvisé, ensemble de l'article 1192 du code civil, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

ALORS DE TROISIEME PART, SUBSIDIAIREMENT, QU'un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ; que la cession de la participation d'une société mère dans sa filiale bénéficiaire d'une lettre de confort emporte la caducité de celle-ci ; qu'ainsi, la lettre de confort du 14 novembre 2011 donnée par la société Imfined à la seule société Boat Développement était caduque à la suite de la cession de la participation de la première dans la seconde par acte du 14 mars 2013 et qu'en retenant qu'en s'abstenant d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800.000 euros, tel qu'il résulterait de la lettre de confort, à la suite de l'arrêt infirmatif du 15 janvier 2014, la société Imfined avait commis une faute, la cour d'appel a violé l'article 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble les principes gouvernant la caducité des actes juridiques codifiés à l'article 1186 du code civil dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

ALORS DE QUATRIEME PART, SUBSIDIAIREMENT, QUE l'effet relatif des contrats n'interdit pas au tiers à une convention de se prévaloir du manquement contractuel commis par une partie, dès lors que ce manquement est directement à l'origine d'un préjudice subi par lui ; qu'en ne constatant pas que la prétendue faute de la société Imfined ayant consisté à s'abstenir d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800.000 euros à la société Boat Développement à la suite de l'arrêt infirmatif de la cour d'appel de Paris du 15 janvier 2014 était directement à l'origine du préjudice invoqué par la société SPBI, créancière de la restitution à l'égard de la société Boat Développement, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et l'article 1382, devenu 1240 du code civil ;

ALORS DE CINQUIEME ET DERNIERE PART, SUBSIDIAIREMENT, QUE seul le préjudice en relation de cause à effet avec la faute commise est indemnisable ; qu'en retenant que le montant des dommages et intérêts dus à la société SPBI était « déterminé par l'engagement auquel la société Imfined a manqué » soit une somme de 800.000 euros correspondant à l'obligation souscrite par la société Imfined envers la société Boat Développement, débitrice de la restitution envers la société SPBI, sans constater que la société SPBI, tiers à cet engagement, aurait été en mesure de saisir effectivement, hors tout concours avec

d'autres créanciers, la somme de 800.000 euros si elle avait été payée à la suite de l'arrêt infirmatif de la cour d'appel de Paris du 15 janvier 2014, et ce après avoir constaté que la société Boat

Développement avait été déclarée en liquidation judiciaire le 12 mars 2014, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1382, devenu 1240, du code civil.

*OBSERVATIONS SOUS CASS. COM., 3  
JUILLET 2019, AFFAIRE SOCIETE  
GROUPE DUVAL C/ SOCIETE SPBI)*

*LETTRE D'INTENTION D'UNE SOCIETE  
MERE A SA FILIALE ET DISTINCTION  
ENTRE OBLIGATION DE MOYENS ET  
OBLIGATION DE RESULTATS*

*Dr Bienvenue DODOU  
Chargé d'enseignement  
Université de Strasbourg*

**Résumé :**

*L'engagement par lequel une société mère, émettrice d'une lettre d'intention au profit de sa filiale, aux fins de restitution à titre de dommages-intérêts d'une somme de 800. 000 euros, en cas d'infirmité du jugement qui les lui avait alloués, doit s'analyser en une obligation de résultat.*

Le contentieux nourri et toujours brûlant des lettres d'intention est générateur de solutions jurisprudentielles qui continuent de surprendre les commentateurs d'arrêts par l'audace de leur construction<sup>1</sup>. Mais la vérité c'est que le phénomène ne doit rien à une subite volonté prétorienne de désorienter ceux qui se piquent de critiquer leurs décisions

1. (J.-L.) MÉDUS, note sous Cass. com., 4 octobre 1994, bull. Joly 1994.1318 ; (Y.) REINHARDT et (R.) MICHA-GOUDET, sous Lyon 13 novembre 1996, D. 1998.J.250 ; (J.-F.), BARBIÉRI, note sous Cass., com. 9 décembre 1997, bull. Joly 1998.231.

mais au paradoxe qui aboutirait, si l'on suivait la pure logique juridique (encore elle !), à reporter sur le créancier les conséquences pécuniaires souvent importantes d'une imprudence ou, dans nombre de cas, d'une manœuvre délibérée des dirigeants de leur débiteur<sup>2</sup>. Cela expliquerait que les lettres d'intentions continuent à susciter moult interrogations et soient sources de difficultés. Pour s'en tenir au cas le plus fréquent, la société mère, présentant en principe toutes garanties de sérieux et de solvabilité, prodigue au destinataire de la lettre, en des termes pouvant être très variables mais généralement lénifiants, des apaisements quant à la bonne fin des crédits consentis ou à consentir à la filiale<sup>3</sup>. L'exemple vient d'être fourni par l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 3 juillet 2019 qui traite tant de la nature et du régime de l'engagement souscrit par une société mère au profit de sa filiale. En dépit de sa publication au bulletin avec la mention

2. (Cl.) CHAMPAUD, « La lettre d'intention fait naître un obligation de résultat », RTD com. 2000 p. 949.

3. (R.) BAILLOD, « Les lettres d'intention », RTD com. 1992 p. 547.

minimale (F-D), son intérêt n'en demeure pas moins saisissant.

L'espèce a véritablement le mérite de mettre en lumière la complexité de l'affaire. En effet, plusieurs branches du droit, non des moindres, sont sollicitées : le droit des entreprises en difficultés, particulièrement le droit des filiales en difficultés<sup>4</sup>, le droit spécial des sociétés commerciales, le droit des contrats, le droit transitoire<sup>5</sup>, le droit des sûretés personnelles, le droit de la responsabilité civile. La société SPBI, qui est spécialisée dans la construction de tableaux commercialisés sous la marque Jeanneau, avait conclu des contrats de distribution exclusive avec la société à responsabilité limitée Boat développement. Celle-ci avait pour associé unique la société JEM développement, qui était détenue par la société Fedent laquelle était à son tour détenue par la société Imfined dont l'essentiel de l'activité est la participation financière en vue de l'acquisition de

valeurs immobilières et mobilières. Aux droits de cette dernière, vient la société Groupe Duval.

En raison de la rupture abusive des contrats de distribution qui les liait, la société SPBI a été condamnée, le 15 octobre 2011, par un jugement du tribunal de commerce de Paris au versement de la somme de 800.000 euros de dommages-intérêts au profit de la société Boat. C'est alors que la société SPBI avait cru bon de devoir saisir le premier président de la cour d'appel de Paris d'une demande de suspension de l'exécution provisoire de cette décision. La société Boat, créancière de ces dommages-intérêts fit opposition à cette demande, versa aux débats une lettre d'intention de la société Imfined. Signée et datée le 14 novembre 2011 par les soins de la société Imfined, cette lettre d'intention stipulait ceci : « *En notre qualité d'associé majoritaire (...) au travers de nos différentes participations, nous ne pouvons que nous réjouir de la décision [du] tribunal de commerce (...). Vous avez sollicité de notre part que nous vous confirmions par écrit notre soutien dans le cadre de ce contentieux ; ce à quoi nous pouvons répondre favorablement sans aucune difficulté (...). Comme vous le*

---

4. Sur la question, (F.-X). LUCAS, « Les filiales en difficulté », LPA, 04 mai 2001, n° 89, p.66.

5. Les faits étaient nés avant la réforme du droit des contrats réalisée par l'ordonnance n° 2016- 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Voir J.O du 21 avril 2018).

*savez, [notre société] a toujours apporté son soutien y compris financier à [votre société], notamment par avances réalisées en compte courant d'associé. Nous vous confirmons bien volontiers que [notre société] continuera à soutenir [votre société] dans le cadre du contentieux l'opposant à [votre ex-cocontractant] et ce, même si, par extraordinaire, la cour d'appel de Paris devait infirmer le jugement (...), obligeant votre société à restituer en tout ou en partie la somme de 800.000 € concernée ».*

Or, ce qui était craint arriva. En effet, le premier président de la cour d'appel de Paris, rejeta par une ordonnance en date du 10 janvier 2012, la demande de suspension de l'exécution provisoire sollicitée. Près de trois mois plus tard, précisément le 12 mars 2013, la société qui avait signé la lettre d'intention en a dénoncé la résiliation à la société Boat. Deux jours plus tard, le 14 mars 2013, la société Fedent qui appartenait à ce groupe de sociétés a cédé 51 % des parts qu'elle détenait dans la société JEM développement à la société CPR Belgium. La particularité de cette cession était qu'elle donnait effet aux parts sociales ainsi cédées au 31 décembre 2013. La cour

d'appel de Paris, par un arrêt en date du 15 janvier 2014, infirmait le jugement rendu le 15 octobre 2011 puis condamnait la société Boat à la restitution de la somme de 800.000 euros au profit de la société SPBI. Or, il lui était impossible de s'exécuter puisqu'elle était mise en liquidation judiciaire le 12 mars 2014. La conséquence étant que cette restitution était totalement compromise. Près de trois semaines plus tard, le 1<sup>er</sup> avril 2014, la société SPBI assignait la société Imfined en responsabilité, fondant son action sur l'ancien article 1382 du Code civil, devenu 1240. Un pourvoi fut alors formé.

La société Groupe Duval fait grief à l'arrêt d'appel de condamner la société Imfined à devoir payer à la société SPBI la somme de 800.000 euros à titre des dommages intérêts aux fins de réparer le manquement portant sur son engagement du 14 novembre 2011. Elle soutenait, entre autres que :

- D'abord, que les juges du fond avaient, d'une part, dénaturé les documents de l'espèce et d'autre part, violé la lettre de

l'article 1192<sup>6</sup> du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016- 131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ci-après ordonnance n° 2016-131). Autrement dit, la société Groupe Duval faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel de Paris de retenir que la société Imfined s'était « *abstenue d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800. 000 euros* », et ce, conformément à la lettre d'intention du 14 novembre 2011 au profit de la société Boat développement. En effet, suivant la demanderesse au pourvoi, la stipulation aux termes de laquelle, il était dit« *nous vous confirmons bien volontiers que Imfined continuera à soutenir Boat Développement dans le cadre du contentieux l'opposant à SPBI et ce même si, par*

*extraordinaire, la cour d'appel de Paris devrait infirmer le jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 25 octobre 2011, obligeant votre société à restituer, en tout ou partie, la somme de 800.000 euros concernés* » devait, en tout état de cause, s'analyser en une obligation de faire, qui excluait toute obligation monétaire.

- Ensuite, il était grief à l'arrêt des juges du fond de violer l'article 1382, devenu 1240 du Code civil, ensemble les principes qui régissent la caducité des actes juridiques tels que codifiés à l'article 1186 du Code civil<sup>7</sup>, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 ; le pourvoi soutenait que la lettre

---

6. Le texte énonce : « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ».

---

7. « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. ».

de confort en date du 14 novembre 2011 donnée par la société Imfined à la société Boat développement était caduque puisque la cession de la participation de la première dans la seconde a été faite par acte en date du 14 mars 2013. De même, le pourvoi arguait que les juges d'appel ont violé l'article 1382, devenu 1240 du Code civil, en décidant que le fait de s'abstenir de son engagement personnel de reverser la somme de 800. 000 euros, tel que le prévoit la lettre de confort, à la suite de l'arrêt infirmatif rendu le 15 janvier 2014, constituait une faute de la part de la société Imfined ;

- Par ailleurs, le pourvoi faisait également valoir que les juges du fond avaient privé leur décision de toute base légale, par la violation des articles 1147<sup>8</sup> du Code civil, dans sa

rédaction antérieure à l'ordonnance n° 216- 131 et 1382, devenu 1240 du Code civil. Pour le pourvoi qui soutenait que : *« l'effet relatif des contrats ne fait pas obstacle à ce que le tiers à une convention de se prévaloir du manquement contractuel commis par une partie, dès lors que ce manquement est directement à l'origine d'un préjudice subi par lui »*, ainsi l'arrêt des juges du 10 Boulevard de Paris encourait le grief mentionné *supra*, en ne *« constatant pas que la prétendue faute de la société Imfined ayant consisté à s'abstenir d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800 000 euros à la société Boat développement à la suite de l'arrêt infirmatif de la cour d'appel de Paris du 15 janvier 2014 était directement à*

---

8. L'article 1147 ancien du Code civil énonce : *« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution,*

---

*toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. ».*

*l'origine du préjudice invoqué par la société SPBI, créancière de la restitution à l'égard de la société Boat développement ».*

- Enfin, le pourvoi faisait grief à l'arrêt d'appel d'avoir violé l'article 1382, devenu 1240 du Code civil. Il soutenait en effet que *« seul le préjudice en relation de cause à effet avec la faute commise est indemnisable »*. Or, à travers une longue argumentation, il opposait à la cour d'appel le fait qu'elle ait retenu que le montant des dommages intérêts dus à la société SPBI soit, [ *« déterminé par l'engagement auquel la société Imfined a manqué » soit une somme de 800.000 euros correspondant à l'obligation souscrite par la société Imfined envers la société Boat développement, débitrice de la restitution envers la société SPBI, sans constater que la société SPBI, tiers à cet engagement, aurait été en mesure de saisir effectivement,*

*hors tout concours avec d'autres créanciers, la somme de 800.000 euros si elle avait été payée à la suite de l'arrêt infirmatif de la cour d'appel de Paris du 15 janvier 2014, et ce, après avoir constaté que la société Boat développement avait été déclarée en liquidation judiciaire le 12 mars 2014].*

***Le problème juridique principal dont dépendaient les autres était de savoir si l'engagement pris par une société mère d'apporter son soutien à une de ses filiales consistant pour celle-ci en une obligation de faire, de restitution des dommages-intérêts en cas d'infirmité d'un jugement les lui ayant alloués, devait s'analyser en une obligation de résultat.***

***L'autre problème auquel la Haute juridiction était appelée à donner une réponse est celui de savoir si la seule cession de la participation de la société Imfined, qui était la société mère dans le capital de sa filiale avait pour effet de rendre caduque la lettre d'intention.*** Enfin, il se posait la question de savoir si, en l'espèce, le montant des dommages-

intérêts dus par la filiale, la société Boat développement, au débiteur, la société SPBI, devait être déterminé par l'engagement auquel par la société mère a manqué, soit à la somme qui correspondait à l'obligation souscrite par la société mère envers la société Boat sa filiale.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas cru devoir répondre à toutes les branches du moyen. Elle choisit de répondre à quatre d'entre elles à savoir : les deuxième, troisième, quatrième et cinquième.

Le pourvoi ainsi que les moyens qui lui servent de fondement sont rejetés de point en point. Pour la Haute juridiction, une réponse affirmative doit être donnée à la question principale. Ainsi, l'engagement pris par la société mère d'un groupe de sociétés d'apporter son soutien à une de ses filiales consistant pour celle-ci en une obligation juridique de faire de restitution des dommages-intérêts en cas d'infirmité du jugement les lui ayant alloués, s'analyse en une obligation de résultat. Du reste, suivant les juges consulaires du Quai de l'Horloge, la seule cession de la participation de la société mère Imfined dans le capital de sa filiale ne saurait avoir pour effet de rendre

caduque la lettre d'intention. De même, l'arrêt de cassation retient que le montant des dommages et intérêts dus par la filiale est légalement justifié, dans la mesure où le préjudice subi du fait de l'exécution de l'obligation contractée par la société mère, avait été évalué conformément au montant de la somme non restituée.

Si l'analyse de la société mère est complètement écartée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, qui reconnaît qu'elle reste bien redevable de la somme de 800.000 euros, l'arrêt rendu offre l'occasion de revenir sur la nature de l'obligation de la société mère dans l'engagement pris aux côtés de sa filiale (I). En effet, suivant qu'il s'agisse d'une obligation de moyens ou de résultats, seront appliquées telles règles en lieu et place de telle autres. En d'autres termes, seule la nature de l'obligation commande l'application de tel ou tel régime juridique (II).

**I. LA NATURE DE L'OBLIGATION DE  
LA SOCIETE MERE DANS SON  
ENGAGEMENT AUX COTES DE  
SA FILIALE**

La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier<sup>9</sup>. Une telle proposition, qualifiée de *volontairement sibylline*<sup>10</sup>, peut être complétée par une définition doctrinale, « *La lettre de confort (ou d'intention, de patronage, de parrainage, de support, d'apaisement, de soutien, de bonne fin) est un écrit par lequel une personne fait part à un créancier, en des termes variables et souvent imprécis, de sa volonté de soutenir le débiteur afin de permettre à ce dernier d'exécuter ses engagements. [...] En pratique, l'émission d'une lettre de confort émane le plus souvent d'une société mère ou contrôlaire, désireuse de permettre à l'une de ses filiales, ou sociétés contrôlées, d'obtenir un crédit qui, en général,*

*dépasse ses capacités financières* »<sup>11</sup>. De cette définition, se dégage une première distinction nécessaire, fondée sur l'engagement pris par la société mère dans son rapport à sa filiale (A). Les obligations contractées par l'émetteur de la lettre d'intention peuvent être fondées sur une deuxième distinction : obligations de moyens ou de résultat (B).

**A - LA PREMIERE DISTINCTION UTILE,  
OBLIGATION DE FAIRE ET OBLIGATION DE  
NE PAS FAIRE**

Le souscripteur d'une lettre d'intention souscrit, en réalité, une obligation de comportement lorsqu'il prend l'engagement d'effectuer un acte ou un fait positif ou négatif, déterminé ou non. Ce fait se distingue de celui qui peut consister à se substituer au débiteur défaillant ou de payer en lieu et place de celui-ci, ce qui revient à s'engager au paiement de la dette, type d'obligation de donner et non de faire (donner des choses de genre telles que des instruments

---

9. Article 2322 du Code civil. L'on se demande si la réglementation de la lettre d'intention n'aurait pas mieux trouvé sa place dans le Code civil commerce que dans le Code civil, étant donné le type d'application.

10. (E.) NETTER, Les garanties indemnitaires, préf. (N.) RONTSCHEVSKY, PUAM, coll. « Institut de droit des affaires », mars 2014, n° 61, p. 62.

---

11. (C.) KOERING et (N.) RONTSCHEVSKY, « Lettre d'intention (ou de confort) », in Lamy droit des sûretés, fasc. 145, mars 2009, n° 145-3 ; *Adde*(E.) NETTER, Les garanties indemnitaires, *op.cit.* ; V. cependant (I.) NAJJAR, « L'autonomie de la lettre de confort », D., 1989, chron. p. 217, spécialement, p. 219, pour qui les expressions « lettre d'intention » et « lettre de confort » correspondent à deux réalités distinctes. Cette opinion est restée, semble-t-il, relativement isolée.

monétaires)<sup>12</sup>. En règle générale, une lettre d'intention donne naissance soit à une obligation de faire (I) soit à une obligation de ne pas faire (II).

### **1- L'obligation de faire**

Le fait positif (le comportement qu'il promet) du débiteur de la lettre d'intention se déduit de son contenu qui peut consister dans l'emploi de termes tels que surveiller le trésorerie de la filiale, assurer la couverture des besoins financiers de la filiale ; informer le créancier ou les créanciers de tout désengagement du capital de la filiale, accorder un prêt ou une avance en compte courant ; consentir un abandon de créances ; assurer les besoins financiers de la filiale par apport en compte courant<sup>13</sup>. Ces exemples traduisent de la part de la société mère des engagements déterminés à l'égard de la filiale. Au contraire, si la lettre contient plutôt les engagements tels que faire (tout le nécessaire) pour que ; faire en sorte que le

débiteur c'est-à-dire la filiale exécute les engagements pris ; mettre tout en œuvre pour que soient assurés les besoins financiers de la filiale ou la couverture de ceux-ci ou venir en aide au débiteur en cas d'incapacité d'honorer ses engagements. Dans ces dernières hypothèses, il ne peut s'agir que d'engagements indéterminés de la société mère à l'égard de la filiale.

Dans l'arrêt rapporté ce 3 juillet 2019, l'engagement de la société mère à l'égard de la filiale, atteste bien qu'il s'agit d'une obligation de faire. Aux termes de la lettre d'intention signée de la société mère, l'on notera ainsi une présence abondante des engagements : [*« vous avez sollicité de notre part que nous vous confirmions par écrit notre soutien dans le cadre de ce contentieux »* ou *« ce à quoi nous pouvons répondre favorablement sans aucune difficulté. Imfined est une société dont la solidité financière ne peut être discutée »*]. Au-delà d'un capital social de 35 millions d'euros, les fonds propres d'Imfined, au 31 décembre 2010, s'élevaient à plus de 48,3 millions d'euros. (...) Comme vous le savez, *« Imfined a toujours apporté son soutien 'y compris financier' à Boat développement »*, notamment *« par avances réalisées en*

---

12. Voir, en particulier, (J.) CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. IV, éd., Thémis, Droit privé, PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000, n° 10 ; *contra*, (G.) VINEY et (P.) JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1998, n° 54.

13. Tous ces exemples sont empruntés à (C.) KOERING et (N.) RONTCHEVSKY, « Lettre d'intention (ou de confort) », *op.cit.*, n° 145-29.

*compte courant d'associé » ou encore « nous vous confirmons bien volontiers que Imfined continuera à soutenir Boat développement dans le cadre du contentieux l'opposant à SPBI »]. Le Doyen SIMLER avait justement pu faire observer, à ce propos, que « de tels engagements de faire impliquent de la part de son auteur un rôle actif, tandis que la caution est normalement passive : elle (attend) et espère qu'à l'échéance le débiteur garanti paiera »<sup>14</sup>.*

## **2- L'obligation de ne pas faire**

Les engagements qui caractérisent l'obligation de ne pas faire de la société mère à l'égard de la filiale ont une autre consistance. Ils peuvent, par exemple, avoir les formulations que voici : ne pas céder ou réduire sa participation dans la filiale ; ne pas céder ou réduire sa participation dans la filiale sans préavis donné au créancier ; s'interdire de procéder à la réclamation de l'exécution de ses créances vis-à-vis de la filiale avant que celle-ci n'ait pas payé la dette garantie ou encore ne pas céder ou réduire sa participation dans la filiale avant que celle-ci n'ait exécuté son obligation vis-à-vis du

bénéficiaire de la lettre. En l'espèce, aucun de ces engagements ne portait sur l'obligation de ne pas faire. L'obligation de ne pas faire était ainsi moins en vue que l'obligation de faire<sup>15</sup>.

## **B - LA DEUXIEME DISTINCTION BENEFIQUE, OBLIGATION DE MOYENS ET OBLIGATION DE RESULTAT**

Rendons à René DEMOGUE ce qui lui appartient. En effet, nous lui devons la proposition, par cette appréhension « dualiste » qu'il eut des obligations contractuelles, de classification en fonction de leur objet. L'auteur tentait par ce biais de réconcilier les articles 1137<sup>16</sup> et 1147<sup>17</sup> anciens du Code civil qui semblaient se contredire, du moins,

---

15. Sur la diversité des types d'engagements, cf. (X.) BARRÉ, La lettre d'intention, préf. (Ch.) GAVALDA, Paris, Economica, coll. « Droit des Affaires et de l'Entreprise », 1995, n° 277 et s.

16. « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent ».

17. « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

---

14. (P.) SIMLER, « Le nouvel article 2322 et le régime de la lettre d'intention », RJDA 2008, chron., p. 740.

antagoniques. De cette façon, René DEMOGUE montra qu'il y avait une unité entre les responsabilités contractuelle et délictuelle reposant toutes les deux sur l'existence d'une faute qui, tantôt doit être prouvée en établissant une négligence ou une imprudence, tantôt découle du simple fait que le résultat n'est pas atteint. Au regard de ce qui aura été promis par le débiteur et de ce que le créancier pouvait raisonnablement attendre du contrat, l'obligation serait tantôt de moyens (I), tantôt de résultat (II). Une pareille distinction en matière de lettre d'intention semble peut-être mouvante, mais « *le droit n'est pas fait pour les besoins de l'esprit, mais pour des réalités sociales* »<sup>18</sup>.

### **1- L'obligation de moyens**

L'obligation de moyens de la société mère recouvrait un sens plus ou moins précis jusqu'au moment où la Cour de cassation rend deux arrêts respectivement les 26 janvier 1999<sup>19</sup> et 18

avril 2000<sup>20</sup>. La jurisprudence et la doctrine s'accordaient à reconnaître que constitue une obligation de moyens, l'engagement du signataire d'une lettre d'intention qui ne promet pas la réalisation d'un acte déterminé, mais qui s'engage à mettre en œuvre certains moyens permettant au débiteur conforté d'exécuter ses engagements vis-à-vis de son créancier, destinataire de la lettre. Les obligations de moyens sont regardées comme des engagements indéterminés vierges de toute assurance d'obtention d'un résultat explicitement précisé<sup>21</sup>.

Il y a eu un moment de doute lorsque les arrêts « *Sony* » et « *Compagnie française Chaufour investissement* » sont venus semer le trouble puisque la Chambre commerciale de la Cour de cassation devait décider que sont obligations de moyens toutes les

18. (R.) Demogue, « La notion de sujet de droit », RTD civ. 1909, p. 630 s., spéc. p. 630.

19. Voir notamment Cass. com., 26 janvier 1999, n° 97-10.003, bull. civ. IV, n° 31, D. 1999, jur., p. 579, note (L.) AYNÈS, D; aff. 1999, p. 344, obs. (M). B ; JCP G 1999, II, n° 10087, note (D.) LEGEAIS; JCP E 1999, n° 40, p. 1581, n° 7, obs. (Ph.) SIMLER; Defrénois 1999, art. 37008, obs. (D.) MAZEAUD ; bull. Joly Sociétés 1999, p. 540, note (J.-

F) BARBIÉRI; RTD com. 1999, p. 424, obs. (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; RTD com. 1999, p. 443, obs. (B.) PETIT et (Y.) REINHARD ; LPA 1999, n° 40, p. 9, note (P.) M.

20. Cass. com., 18 avril 2000, n° 97-19.043, bull. civ. IV, n° 78, D. 2000, AJ, p. 257, obs. (J.) FADDOUL ; JCP E 2000, n° 50, p. 2007, note (L.) LEVENEUR ; Banque et droit 2000, n° 72, p. 53, obs. (N.) RONTCHEVSKY ; RD bancaire et fin. 2000, n° 4, p. 230 et s., obs. (J.-P.) MATTOUT, RTD com. 2000, p. 664, obs. (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; Rev. sociétés 2000, p. 520, note (A.) CONSTANTIN.

21. (C.) KOERING et (N.) RONTCHEVSKY, « Lettre d'intention (ou de confort) », *op.cit.*, n° 145-37.

stipulations qui ne contiennent pas « *l'engagement de payer aux lieu et place du débiteur* ». Autrement dit, emportaient seules une obligation de résultat, les lettres de confort formulant une obligation de payer le créancier, soit, en réalité, une obligation de donner et non de faire ou de ne pas faire<sup>22</sup>. On ne voyait plus, dès lors, la différence entre la lettre de confort formulant une obligation de résultat et, d'une part, le cautionnement et, d'autre part, le constitut<sup>23</sup>. Les foudres de la doctrine unanime se sont abattues sur cette analyse qui a conduit la Chambre commerciale de la Cour de cassation revenait rapidement sur sa solution.

Ainsi, dès le 26 février 2002, la Haute juridiction affirmait que : « *Par l'engagement de faire le nécessaire envers la société Lordex (le débiteur "conforté"), (...) il résultait qu'elle (la société "confortante") s'était engagée à un tel résultat* »<sup>24</sup>. Dans la mesure où, il n'est pas

aisé de faire une distinction entre les engagements de « *faire ses meilleurs efforts* », « *faire tout son possible* », « *faire le nécessaire* », « *faire en sorte que* », « *prendre toutes les dispositions pour* », « *tout mettre en œuvre pour* », « *veiller à* », « *s'assurer de* », « *apporter son appui ou son soutien au débiteur* », ceux comportant une obligation de moyens et ceux contenant une obligation de résultat, la doctrine<sup>25</sup> propose de retenir dans cette catégorie qui est constituée par les obligations de moyens, ce qu'elle nomme *stipulations indiscutables* et *stipulations discutables*.

22. (C.) KOERING et (N.) RONTCHEVSKY, « Lettre d'intention (ou de confort) », *op.cit.*, n° 145-37.

23. Sur le constitut, voir (F.) JACOB, Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie, préf. (Ph.) SIMLER, Paris, LGDJ, Coll. « Thèses », t. 294, 1998, 408 p.

24. Cass. com., 26 février 2002, n° 99-10.729, bull. civ. IV, n° 43, D. 2002, p. 1273, obs. (A.) LIENHARD; bull. Joly Sociétés 2002, p. 607, note (J.-F.) BARBIÉRI ; JCP E 2002, n° 918, note (D.) LEGAIS ; Dr. sociétés 2002, comm. 105,

obs. (Th.) BONNEAU ; Banque et droit 2002, n° 83, p. 42, obs. (N.) RONTCHEVSKY ; RD bancaire et fin. 2002, n° 3, p. 129, obs. (A.) CERLES et (D.) LEGAIS. La solution semble désormais stable (dans le même sens, v. notamment, Cass. com., 9 juillet 2002, n° 96-19.953, bull. civ. IV, n° 117, D. 2002, p. 3322, obs. (L.) AYNÈS ; D. 2003, p. 545, note (G.) DONDÉRO ; JCP G 2002, I, n° 188, n° 9, obs. (J.-J.) CAUSSAIN, (F.) DEBOISSY et (G.) WICKER ; JCP G 2002, II, n° 10166 (et rectification, n° 10175 bis), note (G.) FRANÇOIS ; JCP E 2003, n° 234, note (A.) FERREIRA ; Cass. Com., 16 novembre 2004, n° 00-19.829, bull. Joly Sociétés 2005, p. 366, note (J.-F.) BARBIÉRI ; Cass. com., 11 janvier 2005, n° 02-12.370, Dr. Sociétés 2005, comm. 5, obs. (F.-G.) TRÉBULLE ; Cass. com., 19 avril, 2005, n°s 01-12.347 et 03-11.567, bull. Joly Sociétés 2005, p. 1223, note (J.-F.) BARBIÉRI ; JCP E 2005, n° 1860, n° 11, obs. (Ph.) SIMLER ; Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.882, Bull. civ. IV, n° 62, RJDA 2007, n° 626, JCP E 2007, n° 1661, note (F.) DESCORPS-DECLÈRE ; D. 2007, p. 807, note (X.) DELPECH.

25. (C.) KOERING et (N.) RONTCHEVSKY, « Lettre d'intention (ou de confort) », *op.cit.*, n° 145-37.

Dans les stipulations indiscutables constitutives d'obligations de moyens figurent tous les engagements de la société mère suivants : « *faire tout son possible pour que le débiteur exécute son engagement* » ; « *faire ses meilleurs efforts pour que le débiteur soit en mesure de faire face à ses obligations* »<sup>26</sup> ; « *veiller à ce que la filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour assurer le paiement de sa dette* »<sup>27</sup> ; « *veiller au déroulement régulier des opérations bancaires de la filiale en prenant toutes dispositions pour assurer la bonne fin de ses engagements* »<sup>28</sup> ; « *veiller très étroitement à ce que les engagements pris (par la filiale) vis-à-vis de l'établissement de crédit soient tenus* »<sup>29</sup> ; « *vérifier très étroitement que la filiale*

*confortée apporte les diligences habituelles au respect de ses engagements ; (promettre que la filiale) bénéficiera de l'assistance de (la société mère) et fera l'objet de contrôles périodiques de cette dernière* »<sup>30</sup> ; « *apporter son appui ou son soutien financier dans les engagements de la filiale* »<sup>31</sup> ; « *venir en aide au débiteur* » en cas d'incapacité d'honorer ses engagements »<sup>32</sup> ; ou encore « *donner à la filiale les moyens de poursuivre son redressement déjà bien engagé (...)* ; *volonté de soutenir sa filiale* »<sup>33</sup>. Ces différents engagements constituent des obligations de moyens car leur auteur ne promet pas que le débiteur exécutera son engagement, mais promet simplement de mettre en place certains moyens, choisis par lui, afin qu'il en soit ainsi, telles que par exemple, la recapitalisation de la société par abandon de créances, la souscription à une augmentation de son

---

26. Cass. com., 17 octobre 1995, n° 93-20.459, bull. Joly Sociétés 1996, p. 40, note (C.) PRIÉTO ; v. également, CA Paris, 10 mars 1989, D. 1989, jur., p. 436, 4<sup>e</sup> esp., D. 1989, somm., p. 294, obs. (L.) AYNÈS ; Gaz. Pal. 1989, 1, jur., p. 292, obs. (J.-P.) MARCHI ; RD bancaire et bourse 1989, p. 137, obs. (M.) CONTAMINE-RAYNAUD.

27. Cass. com., 15 octobre 1996, n° 94-14.176, D. 1997, jur., p. 330, note (S.) PIEDELIÈVRE.

28. CA Paris, 2 octobre 1992, D. 1993, I.R., p. 39.

29. CA Versailles, 9 février 1989, D. 1991, somm., p. 35, obs. (M.) VASSEUR ; Banque 1989, p. 863, obs. (J.-L.) RIVES-LANGE ; confirmé par Cass. com., 19 mars 1991, n° 89-16.464, bull. civ. IV, n° 110, D. 1992, jur., p. 53, 2<sup>e</sup> esp., note (I.) NAJJAR ; RD bancaire et bourse 1991, p. 151, obs. (M.) CONTAMINE-RAYNAUD ; bull. Joly Sociétés 1991, p. 523, obs. (P.) LE CANNU ; JCP G 1992, I, n° 3583, n° 10, obs. (Ph.) SIMLER.

---

30. CA Versailles, 7 mars 2002, n° RG : 00/06958, bull. Joly Sociétés 2002, p. 784, note (P.) LE CANNU.

31. Cass. com., 16 juillet 1991, n° 89-18.399, bull. civ. IV, n° 265 ; D. 1992, jur., p. 53, 3<sup>e</sup> esp., note (I.) NAJJAR.

32. CA Dijon, 27 juin 1996, inédit.

33. Cass. com., 18 mai 2005, n° 02-20.615, Inédit.

capital ou l'alimentation de son compte courant<sup>34</sup>.

Les stipulations dites discutables sont d'une appartenance critiquable à la catégorie des obligations de moyens. Il s'agit de celles qui engagent la société mère à : « *faire (tout) le nécessaire pour* » et à « *faire en sorte* ». Le « *faire (tout) le nécessaire pour* » a pendant longtemps été considéré comme une obligation de résultat par la jurisprudence<sup>35</sup> avant de connaître un revirement, puisque qualifié par la Chambre commerciale de la Cour de cassation comme une obligation de moyens dans les arrêts « *Sony* » et «

---

34. (C.) KOERING et (N.) RONTCHEVSKY, « Lettre d'intention (ou de confort) », *op.cit.*, n° 145-37.

35. CA Paris, 25 avril 1979, D. 1980, I.R., p. 55, obs. (M.) VASSEUR ; Banque 1981, p. 1455, obs. (L.-M) MARTIN ; T. com. Paris, 30 avril 1985, D. 1986, I.R., p. 325, obs. (M.) VASSEUR ; T. com. Paris, 16 juin 1986, D. 1987, somm., p. 297, obs. (M.) VASSEUR ; RJ com. 1987, p. 53, note (Ch.-H.) GALLET ; CA Paris, 18 décembre 1987, D. 1989, jur., p. 436, 3<sup>e</sup> esp. ; CA Paris, 31 mai 1989, deux arrêts, D. 1989, somm., p. 327, obs. (M.) VASSEUR ; Gaz. Pal. 1989, 2, jur., p. 603, note (J.-P.) MARCHI ; JCP G 1989, IV, n° 371 ; Cass. com., 23 octobre 1990, n° 85-12.924, bull. civ. IV, n° 256 ; D. 1992, somm., p. 34, obs. (M.) VASSEUR ; bull. Joly Sociétés 1991, p. 403, note (M.) JEANTIN ; Rev. sociétés 1991, p. 86, note (Ph.) DELEBECQUE ; JCP G 1991, II, n° 21684, note (Ch.) LARROUMET ; Gaz. Pal. 1992, 1, jur., p. 350, note (C.) VAN DEN BUSSCHE ; Dr. Sociétés 1991, p. 4, note (M.) MARTEAU-PETIT ; Banque 1991, p. 207, obs. (J.-L.) RIVES-LANGE ; CA Paris, 26 septembre 1991, JCP G 1992, I, n° 3583, n° 10, obs. (Ph.) SIMLER. et (Ph.) DELEBECQUE ; JCP E 1992, II, n° 345, note (V.) GRELLIÈRE ; CA Paris, 15 octobre 1991, RD bancaire et bourse 1993, p. 50 ; CA Paris, 12 janvier 1996, Gaz. Pal. 1996, 2, somm., p. 342, note (H.) VRAY.

*Compagnie française Chaufour Investissements* » cités *supra*<sup>36</sup>. Il n'est pas excessif de se montrer sensible à la qualification d'obligation de moyens à la charge d'une société mère qui entend « faire (tout) le nécessaire ». Pour s'en convaincre, il suffirait de se référer au Dictionnaire le Littré. En effet, faire le nécessaire, « *c'est s'acquitter de ce qu'il y a de plus important quand on ne peut pas faire le tout* »<sup>37</sup>. Le nécessaire, semble s'assimiler « *au maximum* » ou « *au mieux* », ce qui fait apparaître forcément un aléa quant à la réussite de l'opération pour laquelle le nécessaire sera fait. Pour une partie de la doctrine, l'existence de cet aléa demeure contraire au concept même d'obligation de résultat<sup>38</sup>. L'inexécution de l'obligation de la société mère ne signifie pour autant pas qu'elle n'a pas fait le « *nécessaire* ». Au contraire, ce que signifiait le « *nécessaire* » n'était

---

36. Note 17.

37. Littré P.-E., Dictionnaire de la langue française, éd. du Cap, Monte-Carlo, 1971, V<sup>o</sup>, Nécessaire, 5<sup>e</sup> sens.

38. (G.) VINEY et (P.) JOURDAIN, Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2001, n° 541 ; CA Montpellier, 10 janvier 1985, D. 1985, I.R., p. 340, obs. (M.) VASSEUR ; Banque 1985, p. 305, obs. (J.-L.) RIVES-LANGE ; RTD civ. 1985, p. 730, obs. (J.) MESTRE ; (L.-M) MARTIN, note sous T. com. Paris, 27 octobre 1981, Banque 1981, p. 1458 ; (B.) SAINT-ALARY, « La lettre d'intention », Dr. et patr. 1995, n° 29, p. 34.

pas suffisant. Sauf à considérer que l'engagement de la société mère consistait à se substituer à sa filiale (ce serait alors un cautionnement) ou à payer pour elle (l'opération serait un constitut) ou une garantie autonome de payer la dette d'autrui. Le créancier de l'impayé aurait été, en pareille occurrence, à l'abri de l'inexécution de l'obligation de la société mère.

Mais il nous modérer l'analyse, en songeant à l'autre signification du terme « *nécessaire* » dans le Littré précité. En effet, l'adverbe nécessairement y est défini en référence à l'adverbe « *infailliblement* ». Ce qui renvoie à l'absence « *d'échec* ». Appliquée à la lettre d'intention souscrite par une société mère, faire le nécessaire, pourrait également s'entendre de « *faire en sorte que le résultat puisse être atteint* ». L'échec est proscrit. La Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est montrée sensible à une telle analyse. Elle a ainsi pu retenir que l'expression « *faire (tout) le nécessaire* » relève de la catégorie des obligations de résultat. La Haute juridiction a ainsi purement et simplement conclu que l'engagement pris de « *faire le*

*nécessaire* » doit s'analyser en une obligation de résultat<sup>39</sup>.

L'expression « *faire en sorte que* » a également connu à son tour une fortune variable, entre obligations de moyens et obligations de résultat. D'abord, elle avait été qualifiée par une juridiction de fond, le tribunal de commerce de Paris notamment, d'obligation de résultat<sup>40</sup>. Puis, ce fut la cour d'appel de Paris de décider qu'elle est une obligation de moyens. Deux arrêts sont en ce sens<sup>41</sup>. Or,

---

39. Voir notamment Cass. com., 19 janvier 2010, n° 09-14.438, RJDA 2010, n° 430 : sur l'engagement d'une société mère de faire le nécessaire pour que sa filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour rembourser un prêt.

40. Cette juridiction a ainsi pu décider que « Si elle (la lettre d'intention) ne comporte pas directement l'engagement de payer les dettes de cette dernière (la filiale débitrice), elle oblige néanmoins la société mère à prévenir ses défaillances éventuelles par des moyens laissés à sa discrétion » (T. com. Paris, 16 juin 1986, D. 1987, somm., p. 297, obs. (M.) VASSEUR ; RJ com. 1987, p. 53, note (Ch.-H.) GALLET ; RTD com. 1987, p. 233, obs. (M.) CABRILLAC et (B.) TEYSSIÉ.

41. CA Paris, 16 janv. 2001, bull. Joly Sociétés 2001, p. 374, (H.) LE NABASQUE, dans lequel est une obligation de moyens l'engagement souscrit par une société mère de « *faire en sorte que la société bénéficiaire d'un financement effectue les paiements dus* ». Le second arrêt en date du 15 juin 2005, (CA Paris, 15 juin 2005, SA Balmain et a. c/ W., bull. Joly Sociétés 2005, p. 1227, note (J.-F.), BARBIÉRI. La même cour a jugé qu'en prenant l'engagement « *de faire en sorte que les besoins de trésorerie de la société X soient assurés au mieux* », les actionnaires ont exprimé « *la volonté d'une limitation de cet engagement à ce qui est possible ou raisonnable ; que cet engagement s'analyse ainsi en une obligation de moyens* ».

« en sorte que » paraît faire appel à une obligation de moyens<sup>42</sup>. Mais la jurisprudence de la Chambre commerciale de Cour de cassation semble s'y opposer.

En effet, deux arrêts, dont l'un a été qualifié d'équivoque par la doctrine<sup>43</sup> et l'autre dans lequel, avait été retenu que l'engagement souscrit par une société mère à l'égard de sa filiale, est une obligation de résultat<sup>44</sup>, attestent de cette position des juges consulaires.

---

42. Voir le Littré, Dictionnaire de la langue française, précité, V<sup>o</sup> Sorte « *De sorte que, en sorte que gouvernent le subjonctif quand c'est d'un but à atteindre qu'il s'agit : faites-en sorte que, faites de sorte que vous arrivez avant moi. De sorte que, en sorte que gouvernent l'indicatif quand c'est d'un résultat obtenu ou à obtenir qu'il s'agit : il a fait de sorte ou en sorte qu'il arrivera à temps, il a travaillé en sorte ou de sorte qu'il a été le premier de la classe* ».

43. (C.) KOERING et (N.) RONTCHEVSKY, « Lettre d'intention (ou de confort) », *op.cit.*, n<sup>o</sup> 145-37. Dans un premier temps, sa position ne paraissait certes pas parfaitement claire, dès lors que la Haute juridiction n'avait pas été tenue de qualifier la formule « faire en sorte que » pour rendre la décision l'ayant confrontée à cette formule (Cass. com., 4 octobre 1994, n<sup>o</sup> 92-19.720, bull. Joly Sociétés 1994, p. 1318, note (J.-L.) MÉDUS ; Dr. sociétés 1995, n<sup>o</sup> 4, note (Th.) BONNEAU : l'arrêt énonce que « *La lettre (portant engagement de) "faire en sorte que la société filiale soit toujours en mesure de respecter ses engagements" envers (la banque) et de conserver sa participation dans le capital de cette (filiale)* », ne constitue pas un acte soumis à autorisation préalable du conseil d'administration).

44. La Haute juridiction a énoncé, dans un arrêt du 20 février 2007, qu'en contractant « *l'obligation d'assurer "au mieux" les besoins en trésorerie de la société* », les actionnaires majoritaires d'une société avaient souscrit « *l'engagement de faire en sorte que les besoins de trésorerie de celle-ci soient couverts au mieux pendant*

Dans l'arrêt commenté, aucune expression employée dans la lettre d'intention de la société mère à l'égard de sa filiale ne pouvait permettre aux juges du fond de retenir que la société Groupe Duval entendait souscrire une obligation de moyens. Reste alors à vérifier qu'elle avait plutôt souscrit un engagement duquel peut se déduire une obligation de résultat.

## **2- L'obligation de résultat**

Une jurisprudence abondante, soutenue par la doctrine dominante, considère que sont des obligations de résultats les engagements de la société mère qui comporteraient ; un accord déterminé de réaliser une augmentation du capital social, de consentir un ou des abandon (s) de créances au profit de la filiale confortée, promettre de maintenir

---

*une durée d'une année, ce dont il se déduit que ceux-ci s'obligeaient à l'obtention de ce résultat* » (Cass. com., 20 février 2007, n<sup>o</sup> 05-18.882, bull. civ. IV, n<sup>o</sup> 62, JCP E 2008, n<sup>o</sup> 1036, n<sup>o</sup> 14, obs. (Ph.) SIMLER, JCP E 2007, n<sup>o</sup> 1661, note (F.) DESCORPS-DECLÈRE.), jugeant que les actionnaires majoritaires d'une société qui s'engagent dans un pacte d'actionnaires à faire en sorte que les besoins de trésorerie de cette société soient couverts au mieux pendant une certaine durée s'obligent à l'obtention de ce résultat. Adde pour une réitération de la solution par un arrêt du 17 mai 2011 (Cass. com., 17 mai 2011, n<sup>o</sup> 09-16.186, bull. Joly Sociétés 2011, p. 551, note (J.-F.) BARBIÈRI. ; Dr. & patr. 2011, n<sup>o</sup> 205P, p. 106, obs. (L.) AYNÈS et (Ph.) DUPICHOT ; Banque et droit, juillet-août 20P., p. 52, obs. (N.) RONTCHEVSKY.

chez celle-ci certains *ratios* financiers, s'engager à ne pas demander l'exécution de ses propres créances vis-à-vis de la filiale qu'en tant que créances subordonnées ou de dernier rang ; toutes les obligations de ne pas faire<sup>45</sup> c'est-à-dire les engagements consistant à « *ne pas céder ou réduire sa participation dans la filiale* »<sup>46</sup> ; à « *ne pas céder ou réduire sa participation dans la filiale avant que celle-ci n'ait exécuté son obligation vis-à-vis du bénéficiaire de la lettre* »<sup>47</sup>. D'où l'interrogation face à l'arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le 4 mai 1993, qui avait jugé « *qu'une lettre de confort était constitutive d'un simple engagement moral malgré l'engagement pris par la mère de ne pas réduire sa participation dans la filiale à un seuil inférieur à 26 % de son capital* »<sup>48</sup> ; à « *s'interdire de réclamer*

*l'exécution de ses créances vis-à-vis de la filiale avant que celle-ci n'ait payé la dette garantie* ».

La jurisprudence range aussi dans les obligations de résultats, les engagements indéterminés issus de stipulations, par lesquels, la société mère s'oblige, par exemple, à « *garantir que nous nous organiserons pour que le débiteur puisse honorer son ou ses engagements* »<sup>49</sup> ; à « *donner l'assurance que le créancier ne subira aucun préjudice du fait de la société débitrice* »<sup>50</sup> ; à « *assurer du respect du plan de financement remis au créancier et en particulier de l'octroi, à la filiale concessionnaire, du crédit fournisseur nécessaire à son activité* »<sup>51</sup> ; à « *mettre*

45. (F.) TERRÉ, (Ph.) SIMLER et (Y.) LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Paris Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 562.

46. Comp. CA Versailles, 9 février 1989, D. 1991, somm., p. 35, obs. (M.) VASSEUR ; Banque 1989, p. 863, obs. (J.-L.) RIVES-LANGE, qui a qualifié la stipulation d'« *obligation de moyens* » ; Adde CA Paris, 4 mai 1993, bull. Joly Sociétés 1993, p. 729, note (Ph.) DELEBECQUE, qui a, quant à elle, qualifié cet engagement « d'engagement moral »).

47. T. com. Paris, 27 octobre 1981, précité.

48. Voir CA Paris, 4 mai 1993, précité ; v., dans le même sens, (M.) VASSEUR, obs. sous T. com. Paris, 27 octobre 1981, D. 1982, I.R., p. 198 qui semble qualifier de « *moral* » l'engagement de non-cession.

49. (Ph.) SIMLER et (Ph.) DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2012, n° 325 ; *contra*, Cass. com., 26 janvier 1999, n° 97-10.003, précité). Ces auteurs précisent opportunément que l'engagement de « *garantir que les engagements du débiteur* » ne doit pas être confondu avec celui de « *garantir les engagements du débiteur* », constitutif d'un cautionnement (Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, précité).

50. Voir notamment, (Ph.) SIMLER et (Ph.) DELEBECQUE, *op.cit.* ; (B.) SAINT-ALARY., « La lettre d'intention », *op.cit.*, p. 33.

51. Voir CA Paris, 11 mai 1993, JCP G 1993, I, n° 3715, n° 10, obs. (A.) VIANDIER et (J.-J.) CAUSSAIN ; JCP E 1993, II, n° 512, note (J.-F.) BARBIÉRI, Rev. sociétés 1993, p. 589, note (Ph.) DELEBECQUE, la lettre de confort visée dans cet arrêt prévoyait, en outre, que la société mère confirmait au créancier l'« *intérêt qu'elle portait à sa*

*tout en œuvre pour assurer la couverture des besoins financiers de la filiale »<sup>52</sup> ; à « faire (tout)le nécessaire pour que le débiteur conforté dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face aux obligations souscrites » ou « respecte ses engagements envers un tiers »<sup>53</sup> ; à « faire le nécessaire pour couvrir les créances d'une banque à l'égard de l'une de ses filiales »<sup>54</sup> ; à «prendre toutes les dispositions pour que la société débitrice*

---

*filiale à 100 % », lui rappelait « la grande importance (qu'elle accordait) au bon déroulement (des opérations engagées par sa filiale, lui confirmait) à cet égard que le choix que nous avons fait tant de l'implantation de la concession que de la personne du gérant, notre coassocié dans la SARL, est de nature à vous donner tous apaisements sur la rentabilité future de notre investissement commercial, elle-même garantie du dénouement financier satisfaisant à votre opération de crédit-bail, s'engageait (à lui apporter) tout le soutien nécessaire aussi bien sur le plan technique et commercial qu'administratif »).*

52. Voir (Ph.) SIMLER et (Ph.) DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, op.cit.*, ; *contra*, Cass. com., 15 janvier 1991, D. 1992, jur., p. 53, 1<sup>re</sup> esp., note (I.) NAJJAR., qui qualifie implicitement un tel engagement d'obligation de moyens, la cassation intervenant pour défaut de base légale au motif que la cour d'appel n'a pas recherché « en quoi consistait l'obligation de "tout mettre en œuvre", et, par là même, (n'a pas) défini la faute imputée au souscripteur de la lettre ».

53. Cass. com., 11 janvier 2005, n° 02-12.370, précité ; Cass. com., 19 avril 2005, n° 03-11.567, précité.

54. Cass. com., 19 avril, 2005, n° 01-12.347, précité.

*soit en mesure de tenir ses engagements à l'égard du créancier »<sup>55</sup>.*

En l'espèce, aucune des expressions recensées *supra* pouvait correspondre à celle utilisée dans la lettre d'intention de la société mère, le Groupe Duval. En effet, les expressions « *En notre qualité d'associé majoritaire de la SARL Boat développement au travers de nos différentes participations nous ne pouvons que nous réjouir de la décision ayant été rendue le 25 octobre 2011 par le tribunal de commerce de Paris vous opposant à la SA SPBI* », « *vous avez sollicité de notre part que nous vous confirmions par écrit notre soutien dans le cadre de ce contentieux* » ; « *ce à quoi nous pouvons répondre favorablement sans aucune difficulté. Imfined est une société dont la solidité financière ne peut être discutée* » ; « *Comme vous le savez, Imfined a toujours apporté son soutien 'y compris financier' à Boat développement, notamment par avances réalisées en compte courant*

---

55.T. com. Paris, 27 octobre 1981, Banque 1981, p. 1455, obs. (L.-M.) MARTIN; D. 1982, I.R., p. 198 ;CA Montpellier, 10 janvier 1985, D. 1985, I.R., p. 340obs. (M.) VASSEUR; Banque 1985, p. 305, obs. (J.-L.) RIVES-LANGE,RTD civ. 1985, p. 730, obs. (J.) MESTRE ; *Adde*(C.) KOERING et (N.) RONTCHEVSKY, « Lettre d'intention (ou de confort) », *op.cit.*, n° 145-37, pour d'autres stipulations interprétées par la jurisprudence comme des « obligations de résultat ».

*d'associé » ; « Nous vous confirmons bien volontiers que Imfined continuera à soutenir Boat développement dans le cadre du contentieux l'opposant à SPBI et ce même si, par extraordinaire, la cour d'appel de Paris devait infirmer le jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le (...),obligeant votre société à restituer en tout ou en partie, la somme de 800 000 € concernée » ; « Nous vous autorisons bien évidemment à produire la présente lettre de confort et ses annexes dans le cadre de l'assignation en référé à fin de suspension de l'exécution provisoire délivrée à la demande de SPBI devant Monsieur le Président de la Cour d'Appel de Paris » ne sauraient suffire à conclure s'il s'agissait d'une obligation de moyens ou d'une obligation de résultat.*

Même la stipulation par laquelle la société Groupe Duval énonçait que : *« Comme vous le savez, Imfined a toujours apporté son soutien 'y compris financier' à Boat développement, notamment par avances réalisées en compte courant d'associé »*, qui pourrait, à la première vue, être rapprochée de celle déjà connue

par la Chambre commerciale<sup>56</sup> le 24 octobre 2000, s'en distingue nettement. En effet, dans cette dernière lettre, la société mère s'était engagée à *« assurer l'intégralité des besoins financiers de la filiale par apport en compte courant »* contrairement à l'espèce soumise à la censure de la Cour de cassation, ce 3 juillet 2019. Soit après une vingtaine d'années après. Les termes de la lettre signée par la société mère, le Groupe Duval, n'étaient pas suffisamment clairs pour en déduire la nature de l'obligation souscrite. Dans ces conditions, la recherche de la commune intention des parties et la prise en compte du contexte judiciaire dans lequel la lettre avait été produite par la société mère étaient donc nécessaires pour dégager une solution<sup>57</sup>.

Or, la recherche de l'intention des parties relève de l'appréciation des juges du fond. En l'espèce, il n'était pas impossible de déterminer cette intention commune. L'engagement de la société mère le Groupe Duval a été interprété selon le sens que lui donnerait une

---

56. Cass. com., 24 octobre 2000, n° 97-21.796, RJDA 2001, n° 164, BRDA 2000, n° 22, p. 4, JCP E 2000, n° 25, p. 1042, n° 10, obs. (Ph.) SIMLER.

57. Voir déjà pour une solution similaire, Cass. com. 18-5-2005 n° 730 F-D : RJDA 8-9/05 n° 983.

personne raisonnable placée dans la même situation<sup>58</sup> c'est-à-dire dans le sens de la réalisation de ce à quoi elle s'était engagée ; atteindre un résultat. L'intensité de son engagement à l'égard de la filiale, déduite des termes même de la lettre d'intention, conforte cette analyse. La cour d'appel a retenu que la société Imfined s'était engagée à apporter son soutien à la société Boat pour qu'elle puisse restituer à la société SPBI la somme de 800.000 euros, dans le cas d'une décision à venir sur le fond du litige infirmant la condamnation de première instance, faisant ainsi ressortir qu'elle s'était engagée à un tel résultat. Une telle qualification par les juges d'appel s'aurait fondamentale, dans la mesure où la nature juridique de l'obligation contestée rejaillit nécessairement sur son régime<sup>59</sup>.

## **II - LE REGIME DE L'OBLIGATION DE LA SOCIETE MERE DANS SON ENGAGEMENT AUX COTES DE SA FILIALE**

La société mère tentait, sans succès, de soutenir que le passage de la lettre qui faisait état de la confirmation du soutien apporté à sa filiale « *même si par*

*extraordinaire, la cour d'appel de Paris devait infirmer le jugement (...), obligeant [cette] société à restituer (...) la somme de 800 000 € » ne caractérisait qu'une obligation de faire, à l'exclusion de toute obligation « monétaire ».* La Chambre commerciale de la Cour de cassation ne se laisse pas convaincre par cette stratégie de défense. Elle retient que la société mère doit exécuter son obligation, qui est de résultat. Dans la mesure où c'est de cet attendu principal que se déduisent les autres solutions de la Cour, il nous paraît donc opportun d'analyser le régime de l'obligation de résultat (A) puis les autres régimes, constitués de l'absence de caducité de la cession des parts sociales réalisée en l'espèce et l'absence de dénaturation (B).

### **A - LE REGIME DE L'OBLIGATION DE RESULTAT DE LA SOCIETE MERE**

La sanction de l'engagement souscrit par la société mère réside dans la responsabilité civile contractuelle. La responsabilité de la société, Groupe Duval est fonction de l'obligation dont elle était tenue. Or, celle-ci est une obligation de résultat. La défaillance de la filiale est à mettre en rapport avec la responsabilité de la société mère. L'inexécution par le

58. Voir en ce sens l'article 1188 alinéa 1 du Code civil.

59. (J.-L.)BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », RTD civ. 1984, n° 3.

débiteur c'est-à-dire la filiale se confond assurément avec la faute de l'émetteur de la lettre<sup>60</sup>. Aussi, l'inexécution imputée au débiteur ne caractérise pas nécessairement une faute de sa part. En l'espèce, une telle hypothèse se vérifie. En effet, l'inexécution prouvée de l'obligation par la société mère d'alors la société Imfined avait consisté à s'« *abstenir d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800.000 euros* » résultant de la lettre d'intention qu'elle avait signée le 14 novembre 2011 au profit de la société Boat (la créancière) développement], sa filiale. La responsabilité contractuelle du fait d'autrui, en l'occurrence, la filiale, ne saurait recevoir application. La raison étant que la responsabilité contractuelle du fait d'autrui ne se conçoit, en toute logique, que lorsqu'il s'agit d'une même obligation contractuelle pesant, tout à la fois, sur autrui et sur le responsable<sup>61</sup>. Or, dans le cas d'espèce, l'émetteur, la société mère, ne s'est pas engagée à la même chose que sa filiale.

---

60. Trib. com., Paris, 16 juin 1986 : D. 1987 somm., p. 297, obs. (M.) VASSEUR ; bull. Joly Soc. 1987, p. 579.

61. (M.) BOURASSIN et (V.) BRÉMOND, Droit des sûretés, Paris, Sirey, 5<sup>e</sup> éd., 2016, n° 471, p. 247.

L'obligation de l'émetteur étant une obligation de résultat, selon les juges du fond, la société mère encourt une responsabilité de plein droit à raison du préjudice causé au destinataire par la défaillance du débiteur. Elle peut en être exonérée si elle parvient à administrer la preuve de l'existence d'un cas de force majeure. Le créancier de la restitution de la somme de 800.000 euros n'a d'autre preuve à rapporter, que celle de sa créance et de l'inexécution par le débiteur garanti de ses engagements. Tel est par définition le cas des obligations de ne pas faire. Si l'engagement de faire est de résultat, il est doté d'une efficacité très semblable à celle d'un cautionnement, dès lors que le préjudice éprouvé par un créancier impayé est très généralement égal au montant de sa créance, en principal et accessoires. Il ne peut être exclu, cependant, que ce préjudice soit supérieur, par exemple si, du fait de la défaillance du débiteur, le créancier, s'est trouvé en difficulté vis-à-vis de ses propres créanciers ou a même été contraint au dépôt de bilan<sup>62</sup>. En l'espèce, la situation

---

62. (Ph.) SIMLER, « Le nouvel article 2322 du Code civil et le régime de la lettre d'intention », RJDA, 7/08, p. 739 et s.

est différente. En effet, la société SPBI avait cru bon de devoir saisir le premier président de la cour d'appel de Paris aux fins d'obtenir une demande de suspension de l'exécution provisoire de la décision qui la condamnait au paiement des 800.000 euros au titre des dommages intérêts pour la rupture abusive du contrat de distribution. Or, cette juridiction de fond, par un arrêt rendu le 15 janvier 2014, a infirmé le jugement du 15 octobre 2011 et condamné la société Boat à la restitution de la somme de 800.000 euros au profit de la société SPBI. Dans ces conditions, il lui était impossible de s'exécuter puisqu'elle était mise en liquidation judiciaire le 12 mars 2014.

L'obligation étant, suivant les juges du fond, de résultat, c'est l'entier préjudice qui doit être réparé. L'arrêt rendu est également en ce sens. En effet, pour la Cour de cassation, une telle difficulté n'avait pas lieu d'être dans la mesure où, les juges du fond ont évalué le préjudice subi du fait de l'inexécution de l'obligation contractée par la société Imfined au montant de la somme non restituée. Cela étant, la condamnation prononcée en appel contre la société Boat, est bien justifiée. Sa confirmation en

cassation en l'espèce à 800.000 euros, ne saurait être désapprouvée. Le moyen avait tenté d'expliquer que la caducité de la cession des parts sociales et la dénaturation des documents de la cause devaient être retenues par les juges de droit. Rien n'y fit. Aucun de ces arguments n'a été reçu par la Cour de cassation.

### **B - LE REGIME DE LA CESSION DES PARTS SOCIALES ET DE LA DENATURATION**

Il convient de distinguer le rejet de l'argumentation de la caducité de la cession des parts sociales (1) et de la dénaturation (2).

#### **1- Le rejet de l'argumentation de la caducité des parts sociales**

En droit des contrats, la caducité<sup>63</sup> est la sanction qui frappe un acte régulièrement formé mais qui perd un élément essentiel de sa validité, à l'instar contenu<sup>64</sup>, postérieurement à sa conclusion. L'acte ainsi caduc se verra privé d'effet pour l'avenir. La caducité se distingue de la nullité qui, elle, sanctionne

---

63. (N.) FRICERO, La caducité en droit judiciaire privé, thèse Nice, 1979 ; (M.) RAYROUX, « La caducité prud'homale », Gaz. Pal. 1987, Doct. 21 ; (R.) CHAABAN, La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil, préf. (Y.) LEQUETTE, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 445, 2006.

64. Son objet ou sa cause.

l'inobservation d'une condition de formation du contrat.

Appliquée à l'espèce, le moyen soutenait « *que la cession de la participation d'une société mère dans sa filiale bénéficiaire d'une lettre de confort emporte la caducité de celle-ci* ». L'astuce de la « *société mère nouvelle* », la société Groupe Duval, venue aux droits de la société Imfined « *société mère ancienne* » consiste à essayer de faire admettre à la Haute juridiction que : « *La lettre de confort du 14 novembre 2011 donnée par la société Imfined à la seule société Boat développement était caduque à la suite de la cession de la participation de la première dans la seconde par acte du 14 mars 2013* ».

Une telle tentative visait à expliquer que la société Imfined n'était pas tenue envers la société Boat à la date du 14 mars 2013 puisque à cette date, la première société n'était pas tenue à l'égard de la seconde. En effet, le raisonnement tenu par la société Groupe Duval pourrait se décliner de la façon suivante : d'abord, la société Imfined, société mère ancienne, avait dénoncé à la société Boat, sa filiale, la résiliation de la lettre d'intention du 14 novembre 2011.

Elle ne serait donc pas tenue, à cette date, à l'égard de la société Boat, sa filiale ; ensuite, que le « *contrat de cession à terme de parts sociales* » du 14 mars 2013, par lequel la société Fedent avait cédé pour 1 euro, les 51 % de sa participation à la société JEM Développement à une société de droit belge CPR Belgium, avec prise d'effet prévu au 31 décembre 2013 ne pouvait qu'être caduc, en conséquence de la résiliation du 14 novembre 2011 ; ainsi dans la mesure où la société Imfined n'était pas liée à la société Boat, sa filiale, par l'obligation de restituer à la société SPBI, la somme de 800. 000 euros, le Groupe Duval, la « *société mère nouvelle* » estimait ne pas l'être davantage et par déduction. Ce qu'elle dit en substance, pour ne pas s'exécuter.

La caducité, énonce l'article 1187 du Code civil, « *met fin au contrat et précise qu'elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 et suivants du Code civil* » certes, mais, en l'espèce, suivant la Chambre commerciale de la Cour de cassation, « *contrairement à l'affirmation du moyen, pris en sa deuxième branche, la seule cession de la participation de la*

*société Imfined dans le capital de sa filiale n'a pas eu pour effet de rendre caduque la lettre d'intention* ». La société mère, reste tenue. Aussi bien, le grief de la dénaturation n'a pas prospéré devant la Haute juridiction.

## **2- Le rejet de l'argumentation de la dénaturation**

Selon le pourvoi, les juges du fond avaient dénaturé les documents de la cause en retenant en l'espèce quela société mère s'est « *abstenue d'exécuter son engagement personnel de reverser la somme de 800.000 euros* ». A la vérité, ce n'était pas l'absence d'exécution de l'engagement de la société mère qui posait problème. Était plutôt en cause la nature de l'obligation. Alors que les juges du fond avaient conclu à une obligation monétaire, le pourvoi soutenait que n'était visée qu'une obligation de faire. D'où l'évocation du moyen de la dénaturation sur le fondement de l'article 1192 du Code civil, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2016- 131. Aux termes de cet article « *On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* ». Or, le contrôle exercé par la Haute juridiction aux fins de déterminer l'éventuelle dénaturation commise par les

juges du fond marque assurément une limite visible au pouvoir souverain d'appréciation des faits reconnu à celui-ci. En effet, il est une règle aux termes de laquelle la juridiction de fond, qui est amenée à interpréter, les actes juridiques, *lato sensu*, (les contrats, les actes unilatéraux, lettre missive, témoignage, conclusions), doit, en effet, se garder des interprétations dites « dénaturantes », qui méconnaissent la lettre claire des actes.

On se doute que le grief de dénaturation, assez fréquemment agité dans les pourvois (parce qu'il est finalement le seul moyen de revenir, en cause de cassation, sur l'exercice par le juge du fond de son pouvoir souverain), ne se nourrit pas d'interprétations caricaturalement déformantes de lettres absolument claires ; il oblige le plus souvent le juge de cassation à se demander, en premier lieu, si la lettre de l'acte est aussi claire que prétendu par l'auteur du pourvoi et, dans l'affirmative, en second lieu, si le juge du fond l'a, sous couvert d'interprétation, altérée au point de la dénaturer<sup>65</sup>. Le grief de dénaturation

---

65. Voir notamment le Rapport\_ccassation\_2012.pdf, p. 137 ; Adde, (J.) VOULET, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », JCP G, 1971, n° 2410.

sera retenu si le juge du fond a, pour se prononcer, fait d'un écrit une lecture contraire aux termes clairs et précis qu'il contient<sup>66</sup>. Dans l'hypothèse inverse d'un document obscur ou ambigu, appelant une nécessaire interprétation, le sens et la portée de cette pièce sont laissés au libre arbitre des juges, quand bien même la Cour de cassation n'approuverait pas la solution, toute interprétation, en dehors de la loi, étant par nature souveraine<sup>67</sup>. Le contrôle de la Cour de cassation, qui remonte à un arrêt du 19<sup>e</sup> siècle, en date du 15 avril 1872<sup>68</sup> s'étend à la fois aux documents de preuve<sup>69</sup>, aux actes contractuels, aux écritures des parties et aux décisions de justice.

Si les contrats et conventions dont les clauses claires n'ont pas à être

interprétées<sup>70</sup> tel n'est pas le cas en l'espèce. La Chambre commerciale de la Cour de cassation avait estimé que le grief de dénaturation n'était pas recevable, puisque les juges du fond ont « *retenu que la société Imfined [et la société Groupe Duval] s'étaient engagées à apporter son soutien à la société Boat pour qu'elle puisse restituer à la société SPBI la somme de 800 000 euros* ». L'arrêt rapporté n'a pas fait l'objet de commentaires abondants de la part de la doctrine<sup>71</sup>. Cela semble être lié à deux facteurs : d'abord, l'arrêt s'inscrit dans le sens des décisions antérieures qui ont retenu que l'obligation de la société émettrice de la lettre d'intention, en raison de son contenu, est de résultat. Ensuite, on peut remarquer que les mentions qui accompagnent l'arrêt sont réduites aux mentions minimales : F-D<sup>72</sup>. En effet, les cinq lettres « *P.B.R.I.D* » permettent de hiérarchiser les arrêts de la

---

66. Rapport\_ccassation\_2012.pdf, *op.cit.*; (J.) VOULET, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *op.cit.*,

67. Rapport\_ccassation\_2012.pdf, *op.cit., eod., loc.*; (J.) VOULET. « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *op.cit.*,

68. Voir pour l'arrêt inaugural, *Veuve Foucauld et Coulombe contre Pringault*, Cass. Civ., 15 avril 1872, in H. CAPITANT, (F.) TERRÉ et (Y.) LEQUETTE, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2008, n° 161, p. 156.

69. Pour une application récente, voir un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 avril 2012, n° 10-24.991, pour des attestations.

---

70. Voir Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-24.869, bull. civil, IV, 2011, n° 80.

71. Voir Bulletin Rapide de droit des Affaires 15-16/19.

72. Voir (G.) CANIVET, « Vision prospective de la Cour de cassation », disponible sur le site de la Cour de cassation à l'adresse [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/p\\_b\\_11926.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/p_b_11926.html); Adde, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », (d'A.) LACABARATS, D. 2007, p. 889.

juridiction du Quai de l'Horloge. Elles définissent ainsi la nature de la publication, qui est décidée par les magistrats de la chambre à l'issue du délibéré. La lettre « P » désigne, selon le cas, les arrêts qui sont publiés soit dans le Bulletin des arrêts des chambres civiles soit le Bulletin des arrêts de la chambre criminelle. La lettre « B » vise quant à elle les arrêts publiés au Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC). La lettre « R » renvoie aux arrêts analysés au rapport annuel de la Cour de cassation. La lettre « I » réfère aux arrêts diffusés sur le site internet de la Cour de cassation. Enfin, la lettre « D » qui accompagne les arrêts sont ceux qui font l'objet d'une diffusion sur Jurinet, la base des arrêts de la Cour de cassation, accessible sur le site intranet de la Cour (non public). Ils sont également accessibles via le site Legifrance.gouv.fr sous la mention « *inédits* ».

Aussi, selon la complexité des pourvois, les formations des chambres diffèrent-elles. Elles sont signalées par les lettres d'autres lettres, qui précèdent généralement les cinq premières. Il s'agit des lettres ou des groupes de lettres « FP » qui rappelle la formation plénière de chambre ; de la « FS

» qui désigne la formation de section<sup>73</sup>, la lettre « F » ou les lettres « FR » qui désigne (ent) la formation restreinte<sup>74</sup> de la Haute juridiction. L'arrêt commenté est rendu par une formation restreinte et sera également diffusé sur Jurinet et sur le site Legifrance.gouv.fr sous la mention « *inédits* »

---

73. Qui se composent de 9 à 15 magistrats selon les chambres.

74. Le président, le doyen et le conseiller rapporteur.