

“ Télescopage entre l’AUSCGIE et la Loi bancaire de l’UEMOA : problématique et perspectives ”*

Emmanuel Kagisye

► **To cite this version:**

Emmanuel Kagisye. “ Télescopage entre l’AUSCGIE et la Loi bancaire de l’UEMOA : problématique et perspectives ”*. 2017. <hal-01483355>

HAL Id: hal-01483355

<https://hal-auf.archives-ouvertes.fr/hal-01483355>

Submitted on 8 Mar 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**« *Télescopage entre l'AUSCGIE et la Loi bancaire de l'UEMOA :*
problématique et perspectives »***

1. Dans la perspective de moderniser le droit des sociétés, l'OHADA a adopté en date du 17 avril 1997 l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE). Véritable œuvre de codification, de modernisation et d'intégration, l'AUSCGIE constitue aujourd'hui « *une pièce maitresse de l'arsenal ohada* »¹. L'AUSCGIE s'applique à toutes les sociétés établies dans l'espace ohada et heurte en conséquence les dispositions de l'UEMOA prévues par la Loi uniforme bancaire sur les banques et les établissements financiers. L'existence de ce conflit a fait l'objet d'une grande controverse (B) que nous allons examiner après avoir présenté les termes du conflit entre l'Acte uniforme et la Loi bancaire (A).

A. Les termes du conflits entre l'AUSCGIE et de la Loi bancaire de l'UEMOA

2.L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et la Loi bancaire de l'UEMOA contiennent certaines dispositions dont l'applicabilité à la catégorie des sociétés exerçant dans la distribution du crédit est discutable. Mais avant de relever les dispositions de l'Acte uniforme et la Loi bancaire en conflit (I), il s'avère important de présenter succinctement les deux instruments juridiques(II).

I. Présentation de l'AUSCGIE et de la Loi bancaire de l'UEMOA

3. Nous présenterons successivement l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (a) puis la Loi bancaire de l'UEMOA (b).

*Par Dr. Emmanuel KAGISYE, Professeur d'universités.

¹ En ce sens v. P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et NGUEBOU TOUKAM, J., Sociétés commerciales et GIE, programme de formation en ligne avec le soutien du Fonds francophone des inforoutes, p. 1 ; en ligne sur www.ohada.com.

a) L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et du groupement d'intérêt économique

4. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, AUSCGIE en sigle, a été adopté par le Conseil des Ministres de l'OHADA à Cotonou (17 avril 1997) et révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou. Aux termes de l'article 1^{er}, l'Acte uniforme s'applique à « *toute société commerciale* »², y compris « *celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* » et à « *tout groupement d'intérêt économique* »³. Néanmoins, « *les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique demeurent soumis aux lois non contraires à l'Acte uniforme qui sont applicables dans l'Etat partie où se situe leur siège social* »⁴. L'article 2 précise quant à lui que les dispositions de l'Acte uniforme sont d'ordre public et qu'il n'est pas permis pour les associés d'y déroger ou de compléter les dispositions de l'Acte uniforme que lorsque cette hypothèse est expressément prévue par le texte.

5. Du point de vue contenu matériel, l'Acte uniforme est subdivisé en quatre parties. La première partie comporte des dispositions générales sur les sociétés commerciales : neuf livres traitant respectivement de la constitution de la société, de son fonctionnement, de l'action en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux, des liens de droit entre les associés, de la transformation de la société commerciale, de la fusion, la scission et l'apport partiel d'actifs, de la dissolution et de la liquidation de la société commerciale, de la nullité de la société et des actes sociaux, des formalités de publicité. La deuxième partie comporte des dispositions particulières aux sociétés commerciales, c'est-à-dire chacune des formes

² Cette définition du champ d'application exclut les sociétés civiles. Néanmoins, une société personne morale de droit privé et commerciale par sa forme est soumise à l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêts économiques (CA d'Abidjan, arrêt n° 615 du 20 mai 2003, *Port autonome d'Abidjan (PAA) c/Entreprise Gravier et sables (EGS)*, ohadata J-03-276).

³ La notion de groupement d'intérêt économique (GIE) mérite d'être précisée. Aux termes de l'article 869 « *le groupement d'intérêt économique est celui qui a pour but exclusif de mettre en œuvre pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité* ». Le GIE ne donne pas lieu par lui-même à réalisation et à partage de bénéfices. Le GIE est administré par une ou plusieurs personnes physiques ou morales, sous réserve, si c'est une personne morale, qu'elle désigne un représentant permanent, qui encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il était administrateur en son nom propre. Le contrat qui constitue le GIE détermine librement son organisation et son fonctionnement.

⁴ Article 1^{er} al.2 de l'AUSCGIE.

juridiques de société prévues par l'Acte uniforme⁵. La troisième partie comporte des dispositions pénales. Cette partie définit les différentes infractions relatives à la constitution des sociétés, à la gérance, à l'administration et à la direction des sociétés, aux assemblées générales, aux modifications de capital des sociétés anonymes, au contrôle des sociétés, à la liquidation des sociétés et aux infractions en cas d'appel public à l'épargne⁶. Enfin, la quatrième et dernière partie comporte des dispositions finales et transitoires. Elles visent principalement l'application de l'Acte uniforme dans le temps⁷ et la mise en harmonie des statuts des anciennes sociétés aux dispositions de l'Acte uniforme. Ces dispositions n'excluent pas de leur champ d'application les banques et les établissements financiers, soumis également par la Loi bancaire de l'UEMOA.

b) La réglementation bancaire de l'UEMOA

6. A partir des années 70, le secteur bancaire des Etats de l'Afrique de l'ouest a connu, une longue période de dégradation des bilans d'un bon nombre d'organismes financiers. Aujourd'hui, l'assainissement du secteur bancaire de la zone de l'UEMOA reste le mot d'ordre et une surveillance rigoureuse des activités bancaires et financières a été mise en place pour éviter de nouvelles dérives: une même législation est applicable dans tous les pays de l'Union et des organes autonomes et dotés des pouvoirs les plus étendus ont été mis en place pour l'encadrement des banques et des établissements financiers⁸. C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la Loi bancaire UEMOA ou Loi-cadre portant réglementation bancaire. C'est une loi modèle proposée par les autorités bancaires de l'UEMOA et adoptée dans les mêmes termes par les parlements des Etats membres de cette Union⁹. Aux termes de l'article 1^{er}, elle

⁵Ces formes sont la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée, la société anonyme, la société en participation, la société de fait et les groupements d'intérêt économique.

⁶Rappelons que conformément à la disposition 5 du Traité de Port-Louis, l'Acte uniforme ne prévoit pas des sanctions ou des peines à appliquer. Ces dernières doivent être prévues par les législations nationales.

⁷Les dispositions de cet Acte sont applicables immédiatement pour les sociétés créées à partir de la date d'entrée en vigueur de l'Acte uniforme et dans le délai de deux ans pour les sociétés créées avant cette date et qui auront à mettre leurs statuts en harmonie soit par voie d'amendements aux statuts anciens soit par l'adoption de nouveaux statuts.

⁸ Nous faisons allusion à la Commission bancaire de l'UEMOA et au Conseil régional de l'épargne publique et des marchés financiers. Ces organes disposent de larges pouvoirs de contrôle et de sanctions.

⁹ La Loi bancaire de l'UEMOA a été adoptée dans les différents pays membres par les lois suivantes : Benin, Loi n°90-180 du 27 juil. 1990 ; Burkina Faso, Zatu n° ANII0042FB/PRES du 25 juil. 1990 ; Cote d'Ivoire, Loi n°90-589 du 25 juil. 1990 ; Guinée Bissau, Loi n° 10/97 du 2 déc. 1997 ; Mali, Loi n° 90-74/AN-RM du 4 sept. 1990 ; Niger, Loi n° 90-18 du 6 aout 1990 ; Sénégal, Loi n°90-06 du 26 juin 1990 et le Togo , Loi n° 90-17 du 5 nov. 1990.

s'applique « *aux banques et établissements financiers exerçant leur activité sur le territoire d'un pays membre, quels que soient leur statut juridique, le lieu de leur siège social ou de leur principal établissement et la nationalité des propriétaires de leur capital social ou de leurs dirigeants* »¹⁰.

7. Du point de vue contenu matériel, la Loi bancaire de l'UEMOA renferme des dispositions définissant le domaine d'application de la réglementation bancaire, précisant les conditions d'agrément et de retrait d'agrément des banques et des établissements financiers, des dispositions relatives aux dirigeants et personnel des établissements de crédits, les modalités de contrôle et de sanctions des banques et établissements financiers¹¹. Cette dernière partie contient une disposition qui heurte les dispositions de l'Acte uniforme.

II. Les dispositions de l'AUSCGIE et de la Loi bancaire de l'UEMOA en conflit

8. Le télescopage entre l'AUSCGIE et la Loi bancaire de l'UEMOA a été mis en évidence par la publication d'un article intitulé « *les banques sous contrôles ?* », paru dans Jeune Afrique Economie du 30 août 1998¹². Dans ledit article, l'auteur affirmait que « *selon les nouveaux textes de l'OHADA entrés en vigueur au 1^{er} janvier 1998, les responsables d'établissements bancaires devraient se référer à leurs conseils d'administration avant de donner des garanties* ». Malgré le ton précautionneux souligné par l'utilisation du conditionnel, ce texte avait fini par susciter des interrogations dans la doctrine et dans la corporation des banquiers particulièrement ceux de la zone UEMOA.

9. L'article 449 de l'Acte uniforme, point d'achoppement exige des sociétés anonymes, sans distinction aucune, une autorisation de leur conseil d'administration pour la garantie des

¹⁰ La loi maintient la distinction classique entre banques et établissements financiers. Ainsi, sont considérées comme banques aux termes de l'article 3 « *les entreprises qui font profession habituelle de recevoir des fonds dont il peut être disposé par chèques ou virements et qu'elles emploient, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, en opérations de crédit ou de placement* ». Sont considérées comme établissements financiers aux termes de l'article 4 « *les personnes physiques ou morales, autres que les banques, qui font profession habituelle d'effectuer pour leur propre compte des opérations de crédit, de vente à crédit ou de change, ou qui reçoivent habituellement des fonds qu'elles emploient pour leur propre compte en opérations de placement, ou qui servent habituellement d'intermédiaires en tant que commissionnaires, courtiers ou autrement dans tout ou partie de ces opérations* ».

¹¹ Pour des détails, v. M. SENE, *La réglementation de l'activité bancaire dans les pays de l'UEMOA*, Université de Perpignan, 2001, 51 p.

¹²J. TIETCHEU, « Les banques sous contrôle » in : *Jeune Afrique Economie* du 03 au 30 août 1998.

engagements en faveur des tiers. Elle stipule, en effet, en son alinéa 1er que « *les cautions, avals, garanties et garanties à première demande souscrits par la société pour les engagements de tiers font l'objet d'une autorisation préalable du Conseil d'Administration* ». Les modalités de cette autorisation préalable sont déterminées aux alinéas 2 à 8 de la même disposition, étant entendu qu'en tout état de cause, elle est annuelle et doit fixer le montant-plafond des garanties. L'application aux banques d'une telle règle a de quoi inquiéter. Comment comprendre que l'activité bancaire qui nécessite célérité, s'encombre d'une procédure aussi lourde ? Quel est l'intérêt de se référer au conseil d'administration pour l'exercice normal de l'activité bancaire ? Quelle logique juridique, économique ou financière justifierait le recours à l'autorisation préalable du conseil d'administration de ces organismes financiers pour l'exercice quotidien de leur activité normale ? Tout un tas d'interrogations qui ne soustraient pas pour autant les établissements de crédit à cette obligation, étant donné que ces derniers doivent être constitués sous forme de sociétés anonymes¹³.

10. D'un autre côté, la Loi bancaire de l'UEMOA inclut les opérations de garantie dans les opérations de crédit. L'article 5 de cette loi stipule que « *sont considérées comme opérations de crédit, les opérations de prêt, d'escompte, de prise en pension, d'acquisition de créances, de garantie, de financement de ventes à crédit et de crédit-bail* ». Ces opérations constituent, pour l'essentiel, l'objet social des banques et établissements financiers pour l'exercice duquel les dirigeants sociaux ont les pouvoirs les plus étendus. La Loi bancaire ne fixe aucune formalité particulière pour l'accomplissement de ces opérations, pas plus qu'elle n'exige une quelconque autorisation du conseil d'administration pour l'octroi des garanties. D'où la contrariété avec l'article 449 qui fixe les conditions de délivrance des garanties par des sociétés commerciales. Il s'ensuit un conflit entre les deux normes communautaires qui se pose en termes d'applicabilité ou non de l'article 449 aux banques et établissements financiers de la zone UEMOA¹⁴. Sans devoir insister sur certains arguments de façade¹⁵, il nous paraît

¹³ Cette condition est prévue par la Loi bancaire de l'UEMOA en ses articles 20 et 21. En RDC, la même condition est prévue par la loi n°003/2002 du 2 févr. 2002 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

¹⁴ Le législateur français a prévenu le conflit en indiquant clairement à l'article 98 alinéa 4 de la loi n° 67 – 559 du 12/07/1967, que: « *les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que des établissements bancaires ou financiers, font l'objet d'une autorisation du Conseil d'administration dans les conditions déterminées par décret*».

¹⁵Certains arguments tendent à éluder ce conflit de normes. Les autres essaient de justifier ou d'écarter l'applicabilité de l'article 449 aux établissements de crédits par des arguments qui sont pour le moins convaincants. Par exemple , il été énoncé que l'application de cette disposition aux établissements de crédits, pourrait les amener à mieux se gérer, à développer des systèmes informatiques leur permettant de savoir à tout

opportun, de revenir sur les principaux points qui alimentent le débat. La doctrine nous propose une lecture différente de l'article 449 selon des considérations d'ordre économiques ou juridiques, et la Cour commune de justice et d'arbitrage a adopté une position ne tranchant pas définitivement le conflit.

B. Controverse doctrinale et position de la CCJA sur le conflit entre l'AUSCGIE et la Loi bancaire de l'UEMOA

11. Le conflit entre l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et la Loi bancaire se pose en termes d'applicabilité de l'article 449 aux banques et établissements financiers de l'espace UEMOA. Cette question a été au centre d'un débat doctrinal (I) avant d'être pris en charge et sans pour autant être tranchée par un avis de la Cour commune(II).

I. La controverse doctrinale sur l'applicabilité de l'article 449 aux banques et établissements financiers.

12. La doctrine a développé différents arguments pour ou contre l'applicabilité de l'article 449 aux banques et établissements financiers. Il est fort remarquable que la tendance juridique est pour (a) tandis que la tendance économique est contre l'application de l'article 449 aux banques et établissements financiers (b).

b) L'argumentaire en faveur de l'applicabilité de l'article 449 aux établissements de crédits

moment, quel est le montant des engagements pris ou que la non exclusion des banques et établissements financiers du champ d'application de l'article 449 relève d'un oubli et non d'une volonté délibérée de les obliger à demander une autorisation de crédit, ou encore que cette disposition n'a aucune signification littérale, qu'il faut laisser vivre le texte, et attendre la jurisprudence de la Cour de justice et d'arbitrage. Ces explications ne sont pas du tout convaincantes. D'abord, parce que les banques n'ont pas attendu l'OHADA, pour se mettre au diapason des nouvelles technologies. En effet, dès la fin du 20^{ème} siècle, il suffisait d'interroger un client par son seul numéro de matricule, pour visualiser, et au besoin éditer l'ensemble de ses comptes, y compris tous ses engagements, même par signature. Ensuite, parce que le banquier ne peut pas se contenter d'un oubli, pour ne pas se soumettre aux dispositions légales entrées en vigueur, pas plus qu'il ne peut accepter de s'installer dans une instabilité juridique, sous prétexte de laisser vivre les textes. Enfin, parce qu'on ne peut pas rédiger, et mettre en vigueur une loi, pour dire ensuite qu'elle n'a aucune signification littérale. Sur l'ensemble de ces arguments, v. O. SOW, « particularisme bancaire et acte uniforme ohada relatifs aux sociétés commerciales », *Revue de droit des affaires* n°03 et 04, oct. 2000 à mars 2001.

13. Une partie de la doctrine a vivement soutenu que l'article 449 de l'AUSCGIE est applicable à aux banques et établissements financiers en avançant des arguments axés sur la protection de de ces établissements de crédit¹⁶. A cet effet, il convient de rappeler d'abord qu'aux termes de l'alinéa 1er de la disposition controversée, il est conféré au Conseil d'administration, le pouvoir d'autoriser tous les « *cautions, avals, garanties et garanties à première demande, souscrits par la société pour des engagements pris par des tiers* »¹⁷. Cet alinéa pose un principe de distribution des pouvoirs entre le Conseil d'administration et les dirigeants sociaux de la société anonyme. Conscient qu'il est peu commode pour chaque engagement de cette nature, de requérir l'accord préalable du Conseil d'administration, le législateur ohada a introduit dans l'alinéa 2 de cette disposition, un assouplissement qui permet au Directeur général, par le biais d'une « *autorisation globale* », de contourner les difficultés pouvant naître de l'application d'une pratique d'« *autorisation ponctuelle* » pour chaque engagement. Ainsi faite l'économie de cette disposition, la doctrine favorable se réjouit de ce que le législateur ohada, « *inspiré par la nécessité de préserver les intérêts de la société, des associés et ceux des épargnants susceptibles, adopte des règles destinées à garantir la transparence dans la gestion, et par suite la viabilité d'une telle structure* »¹⁸. Bien d'autres règles, participant de cet impératif de protection existent par ailleurs dans le même Acte uniforme. On peut relever notamment celles relatives à la procédure d'alerte¹⁹, à l'expertise de gestion²⁰, etc.

C'est dans cette perspective que s'inscrit la limitation de l'article 449, qui réserve certaines opérations à caractère exceptionnel au Conseil d'administration. Il est vrai que les pouvoirs des dirigeants sociaux sont toutefois très importants et concentrent l'essentiel de l'activité, c'est à dire des opérations de l'entreprise (contrats, chèques, effets de commerce) qui constituent l'exploitation²¹. Le caractère exceptionnel des opérations énumérées par l'article 449 tient au fait que celles-ci sont réalisées pour couvrir, non pas les engagements propres de

¹⁶ V. spec. J. ISSA-SAYEGH, note sous avis n°02/2000 du 26 avril 2000.

¹⁷ Article 449 de l'Acte uniforme.

¹⁸ M. BASSIROU, « La garantie des engagements des tiers par les banques : remarques sur l'avis consultatif n°02/2000 du 26 avril 2000 », ohadata D-03-10, p.4.

¹⁹ V. les articles 150 à 158

²⁰ V. les articles 159 et 160

²¹ Les articles 465 alinéas 2ème, et 3ème, et 487 alinéas 1er et 2ème conférant au Président Directeur Général (PDG) ou au Directeur Général (DG), la prérogative « *d'assurer la Direction Générale de la société, et de représenter celle – ci dans ses rapports avec les tiers* », le tout dans le cadre de « *pouvoirs les plus étendus à l'intérieur de l'objet* ».

la société, mais ceux souscrits par des tiers, c'est à dire des personnes physiques ou morales étrangères à la société et qui, pour cette raison, sont suffisamment graves pour être laissées à la seule appréciation d'un Directeur général. En effet, de tels actes ont pour conséquence d'engager la trésorerie de la société (lettre de garantie) voire son patrimoine à la couverture d'obligations contractées par des tiers²². Même si de tels actes sont rattachés à l'objet social, ils n'en comportent pas moins des risques importants, risques transférés des entreprises cautionnées, vers la société garante, qui devra répondre au final, de la défaillance éventuelle de ces entreprises.

14. Dans ces conditions, ces considérations de protection restent valables pour toutes les sociétés anonymes, y compris les banques et les établissements financiers. En effet, en application des articles 20 et 21 de la Loi bancaire de l'UEMOA, les banques et les établissements financiers ayant leur siège dans un des Etats membres de l'UMOA, doivent être constitués sous forme de sociétés anonymes²³. Par conséquent, ces dispositions placent les établissements de crédit, sous l'empire de l'Acte uniforme de l'OHADA régissant les sociétés commerciales. Les dispositions de l'Acte uniforme étant impératives et ne permettant d'y déroger que dans les cas prévus par l'Acte uniforme lui-même. Il s'en suit que du point de vue juridique, les Etablissements de crédit, comme toute autre société anonyme doivent s'y soumettre. Ce que conteste la doctrine de tendance économique.

²²Au point de vue matériel, des problèmes pourraient surgir pour déterminer ce qu'une « *garantie pour les tiers* ». Sur cette question en France, v. Cass. com. 11-2- 1986, *Rev. sociétés* 1986 p. 243 note J.J. DAIGRE ; Cass. com. 4-5- 1999, *RJDA* 7/99 n° 794). Il en est ainsi notamment des engagements d'une société filiale, laquelle est considérée comme un tiers (CA Paris 4-10 - 2002 n° 02- 5650, *RJDA* 3/03 n° 271 ; CA Paris 28-2- 2003 n° 02- 632, *RJDA* 7/ 03 n° 734, 2è espèce ; Cass. com. 25- 2- 2003 n° 337 , *RDJA* 7/03 n° 734 1è espèce). En revanche, ne sont pas des engagements souscrits par des tiers : une autorisation de bonne exécution d'un marché de travaux souscrite solidairement à l'égard du maître d'ouvrage par trois associés à l'occasion de la cession de ce marché à une filiale de la commune puisque cet engagement est pris par les sociétés (Cass. com. 1-6- 1993 n° 1005, *RJDA* 7/93 n° 627) ; la garantie des propres engagements de la société, par exemple ceux de ses succursales (CA Dijon 23-4- 2004 n° 03- 548, *RJDA* 11/04 n° 1128).

²³ L'article 20 stipule que« *les banques doivent être constituées sous forme de sociétés. Elles peuvent exceptionnellement revêtir la forme d'autres personnes morales. Celles qui ont leur siège social en () doivent être constituées sous forme de sociétés anonymes à capital fixe ou, par autorisation spéciale du Ministre des Finances donnée après avis conforme de la Commission Bancaire, sous forme de sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable* ». L'article 21 ajoute quant à lui que « *les établissements financiers qui ont leur siège social en (...) doivent être constitués sous forme de sociétés anonymes à capital fixe, de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable* ».

b) L'argumentaire contre l'applicabilité de l'article 449 aux établissements de crédit.

15. L'applicabilité de l'article 449 aux banques et établissements financiers a été en revanche contestée par la doctrine de tendance économique²⁴. Pour ces auteurs, il s'avère que les opérations énumérées par l'article 449 constituent pour une société anonyme en général, des opérations exceptionnelles. Par contre, les banques et les établissements financiers, tout en étant créés sous la forme anonyme, présentent la particularité de pratiquer quotidiennement, dans le cadre de leurs activités normales, ces cautions, avals, garanties à première demande qui, d'opérations exceptionnelles pour les autres sociétés anonymes, revêtent chez ces établissements de crédit une banalité avérée²⁵. Sans que les articles 3 et 4 de la Loi bancaire qui définissent la banque et l'établissement financier, le disent expressément, l'on sait que l'activité de crédit est faite des risques. Elle conduit la banque ou l'établissement financier, soit à mettre à la disposition des clients les ressources nécessaires au financement de leurs besoins de fonctionnement ou d'investissement, soit à les placer en situation de disposer des biens qui auraient été acquis au moyen de ces ressources, en s'engageant directement vis à vis de leurs fournisseurs, à payer en lieu et place de ces clients, s'il advenait qu'ils deviennent défaillants. La mise à disposition de ressources s'analyse en « *crédit par caisse* », en ce qu'il se traduit de la part de l'établissement de crédit, par un décaissement, c'est-à-dire une mise à disposition de fonds. En outre, cet engagement de payer en cas de défaillance, s'analyse au contraire comme un « *crédit ou un engagement par signature* », qui ne nécessite pas *a priori* de décaissement, mais une simple signature, et qui aboutit, pour le crédité, au même résultat: disposer de moyens de fonctionnement et/ou d'investissement.

16. Il reste vrai que cette simplicité apparente des crédits par signature ne doit pas occulter les risques inhérents à ce type de concours, dès lors que celui-ci peut se dénouer par un décaissement en faveur du bénéficiaire de l'engagement, lorsque le client donneur d'ordre ou le débiteur principal, est devenu défaillant. C'est la raison pour laquelle, l'engagement par signature requiert de la part de son émetteur, la même célérité que lorsqu'il s'agit d'un crédit par caisse, puisqu'il s'agit au final de juger de l'aptitude du client pour le compte duquel l'engagement est émis, à honorer ses engagements envers son fournisseur. Cette capacité

²⁴ V. plus part. O. SOW, *op.cit.*, p.7et s. Pour une position nuancée v. P.G. POUGOUE, J.J. NGUEBOU-TOUKAM et F. AOUKAHA, « Commentaire de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique » in : *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, op.cit.*, p.450.

²⁵ O. SOW, *op.cit.*, p.8

d'apprécier les risques qu'ils prennent, d'anticiper sur l'avenir, constitue le métier des établissements de crédit, même si rien juridiquement n'interdit à une société anonyme en général, de s'y essayer, en émettant des engagements par signature. Mais la réserve de l'article 449 prouve s'il en était besoin, la singularité de ce type d'opérations, par rapport à l'activité normale de la société commerciale en général. Tout autre est le cas d'une société qui choisit d'exercer le métier de crédit, et donc de faire des « *crédits par caisse* » ou des « *crédits par signature* », son activité normale, son terrain de prédilection, au sens des articles 3 et 4 de Loi bancaire précitée. D'exception, les avals, cautions, garanties à première demande, bref les engagements par signature, constituent la règle, ce qui pose le problème de l'applicabilité de l'article 449 aux établissements de crédit.

17. Par analogie, l'on peut également évoquer en particulier l'article 33 de la Loi bancaire, qui interdit aux banques « *de se livrer pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, à des activités commerciales, industrielles, agricoles ou de service, sauf dans la mesure où ces opérations sont nécessaires ou accessoires au recouvrement de leurs créances* ». Cette disposition, peut être rapprochée de l'article 449 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Elle vise à nous rappeler que les engagements par signature de l'article 449 sont considérés comme des opérations à caractère exceptionnel au regard de l'activité normale de la société en général, et sont comme telles soumises à limitation, par le jeu subtil de leur attribution à la compétence du conseil d'administration. Corollairement, les activités commerciales, industrielles, agricoles ou de service de l'article 33 de la Loi bancaire revêtent, dans l'exploitation bancaire normale faite des engagements par signature et crédits par caisse, le même caractère exceptionnel et comme telles, ne sont autorisées que dans des cas particuliers. *Rationae materiae*, l'article 33 de la Loi bancaire, dans son esprit et dans sa lettre, traduit le même souci de l'UMOA pour la Banque²⁶, que celui de l'OHADA pour la société commerciale non bancaire, à travers l'article 449 dont l'applicabilité aux établissements de crédit, se révèle une fois encore inappropriée²⁷.

²⁶Dans la même logique, l'on retrouvera au rang des règles de gestion prudentielles de l'UMOA, des dispositions, qui participent du même souci d'éviter que la banque, organisme de crédit par nature, ne puisse s'investir dans des opérations immobilières au détriment de son activité normale et qui plus est, avec les dépôts de la clientèle, dans les crédits importants accordés à ses dirigeants et au personnel au détriment du financement de l'activité économique. Sur l'ensemble de ces mesures le Dispositif prudentiel applicable aux banques et établissements financiers de l'UMOA à partir du 1^{er} janv. 2000, [www. bcea.o. int.](http://www.bcea.o.int) (consulté le 21 sept.2011)

²⁷ O. SOW, *op.cit.*, p.11.

Dès lors, et dans une logique commerciale de recherche de rentabilité, une telle activité ne doit pas être limitée. Elle doit au contraire être développée. Or, aussi bien dans son esprit, que dans sa lettre, l'article 449 vise à limiter les engagements par signature, en les excluant des prérogatives de l'organe gérant, et en les confiant à la diligence du conseil d'Administration²⁸. En effet, le Conseil d'administration n'a pas, comme l'organe gérant, l'avantage de la permanence, de la présence active et quotidienne. Il est au contraire, un organe collégial, intermittent et lointain. Il en résulte que sur le plan de la croissance de l'activité bancaire, l'application de l'article 449 aux établissements de crédits constitue au moins un facteur limitant de la progression du produit net bancaire. Or, le produit net bancaire apparaît comme le principal outil d'analyse de la situation financière des établissements de crédit. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'on ne trouvera pas dans la plupart des réglementations des établissements de crédits, des dispositions de nature à limiter la progression de cet indicateur qu'est le produit net bancaire.

18. Sur le terrain du bon sens, il y a aussi lieu de s'interroger sur la pertinence de la limitation de l'article 449 aux seuls engagements par signature. Paradoxalement et dans le même temps, l'institution bancaire peut développer les crédits par caisse, qui occupent une place bien plus importante (prêt, découvert, facilité de caisse, crédit à moyen terme...) dans la masse des encours de crédit. Or, il est évident que sous certains aspects, ces crédits par caisse sont plus graves, plus dangereux pour l'exploitation puisqu'ils engagent et déséquilibrent par leur décaissement, la trésorerie bancaire et par suite menacent les dépôts de la

²⁸ A défaut d'autorisation préalable, la garantie ne peut produire effet à l'égard de la société (Cass. com. 17-11-1992, *RJDA* 2/93 n° 127). A l'expiration de la durée annuelle de l'autorisation préalable, seule une nouvelle décision du conseil permet d'autoriser valablement les nouvelles garanties mais n'est pas nécessaire pour la confirmation ou le renouvellement des garanties en cours (CA Paris 25-5-1989, *BRDA* 1989/15 p. 21). Pour être valable, l'autorisation doit résulter d'une délibération formelle du conseil d'administration portant sur la garantie. De même, l'absence d'autorisation ne peut être couverte par une confirmation tacite (Cass. com. 15-10-1991, *RJDA* 12/91 n° 1037 ; Cass. com. 11-6-2002 n° 1147, *RJDA* 12/02 n° 1286) ni même par une confirmation expresse en connaissance de cause (CA Paris 13-2-1991, *Bull.* Joly 1991 p. 405 note DELEBECQUE). Il en est ainsi même lorsque la caution a été accordée en garantie des dettes d'une filiale à 100% (Cass. com. 28-4-1987, *Bull. civ.* IV n° 102) et même si le bénéficiaire est un étranger (Cass. com. 8-11-1988, *Bull. civ.* IV n° 302). Le défaut de retranscription, sur le registre des délibérations du conseil, du procès-verbal de la réunion autorisant la garantie est sans conséquence pour le bénéficiaire de la garantie qui peut se prévaloir de cette dernière dès lors qu'une copie de ce procès-verbal lui avait été remise et que la réalité de l'autorisation du conseil n'était pas discutée (Cass. com. 13-2-2001 n° 309, *RJDA* 5/01 n° 595 ; CA Paris 27-6-2002, *Dr. sociétés* 2003 n° 50). Il en est de même de l'irrégularité de l'autorisation donnée par le conseil dès lors que l'autorisation a bien fait l'objet d'une délibération du conseil dont le bénéficiaire ne pouvait pas subodorer l'irrégularité (CA Riom 29-1-2003 n° 01-2690, *RJDA* 6/04 n° 722).

clientèle. « *Voudrait-on contrôler l'activité de crédit, qu'on ne s'y prendrait pas plus mal* », conclura finalement O. SOW²⁹.

19. Sur le plan juridique, l'argument d'une inapplication de l'article 449 aux banques et établissements financiers est niché dans l'article 916 du même Acte uniforme. Ledit article stipule en effet que « *l'Acte uniforme n'abroge pas les dispositions législatives, auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier* ». Peut-on dès lors dénier au commerce de banque, son régime particulier ?³⁰ L'analyse de l'article 22 Traité instituant l'UMOA³¹ nous révèle que le champ d'intervention de cette dernière est balisé par l'article 916 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés. Cet Acte uniforme devient ainsi le droit commun applicable aux banques, dont la forme juridique imposée par la loi bancaire est la société anonyme, étant toutefois entendu que la spécificité bancaire permet d'écarter toutes les dispositions relatives aux sociétés anonymes, qui viendraient contrarier celles édictées au nom de cette spécificité, par l'Union Monétaire Ouest-africaine. En mettant en œuvre cette loi portant réglementation bancaire, le Conseil des Ministres de l'UMOA s'attachait à exercer son rôle de réglementation, quant à l'organisation générale de la distribution, du contrôle du crédit, ainsi qu'aux règles d'exercice de la profession bancaire et des activités s'y rattachant, pour les aspects relevant de la spécificité bancaire. C'est au nom de cette spécificité, que cette loi prescrit aux établissements de crédit la tenue d'une comptabilité particulière de leurs

²⁹ O. SOW, *op.cit.*, p. 7.

³⁰ Il est à noter que la détermination des sociétés qui doivent être considérées comme soumises à un régime particulier est parfois problématique. Mais de toute évidence, la jurisprudence paraît interpréter la notion de particulier d'une façon assez large. Ainsi par exemple, il a été reconnu un statut particulier aux sociétés d'économie mixte d'assurance (CA Niamey, ord. réf. n° 110, 11-7-2001, *SNAR-LEYMA c/ Amadou Hima et autres*, ohadata J-02-36 ou ohadata J-02-28). Dans cette affaire, il a été jugé que « *s'agissant d'une société d'économie mixte d'assurance, soumise au Code CIMA (Conférence interafricaine des marchés d'assurance), les dispositions législatives et statutaires non conformes au Code CIMA ne peuvent recevoir application. Et seules doivent être mises en harmonie avec l'AUSCGIE, les dispositions pour lesquelles le Code CIMA n'a pas légiféré* ». Par contre, dans l'affaire *AIR AFRIQUE* (CCJA, n° 04/2004, 8-1-2004, *ATTIBA Denis et autres c/ Compagnie Multinationale Air Afrique et autres*, *Le Juris Ohada*, n° 1/2004, janv.-mars 2004, p. 23, note M. BROU KOUAKOU ; *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 3, janv.-juin 2004, p. 44 ; ohadata J-04-88 ; ohadata J-05-49). Après avoir reconnu qu'il est vrai que la société Air Afrique, créée par le Traité de Yaoundé auquel sont annexés ses statuts, peut être considérée comme une société soumise à un régime particulier au sens de l'Article 916 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, la Cour commune a jugé qu'« *il n'est pas moins vrai que constituée sous la forme d'une société anonyme de droit privée* » comme l'indique l'Article 4 du Traité susmentionné, *elle reste soumise aux dispositions applicables aux sociétés anonymes* ».

³¹ L'article 22 du Traité UMOA dispose qu'« *Afin de permettre la pleine application des principes d'Union monétaire, les Gouvernements des Etats membres ont convenu d'adopter une réglementation uniforme, concernant notamment :*

- *l'exécution et le contrôle des relations financières avec les pays n'appartenant pas à l'union ;*
- *l'organisation générale de la distribution et du contrôle du crédit ;*
- *les règles générales d'exercice de la profession bancaire et des activités s'y rattachant ;*
- *les effets de commerce ».*

opérations³². C'est également au nom de cette spécificité, que cette loi impose à ces mêmes établissements de crédit, le respect de certaines normes de gestion, auxquelles ne sont pas soumises les autres sociétés commerciales³³. En conséquence, le « *spécial* » de la loi bancaire dérogeant au « *général* » de l'Acte Uniforme, on peut considérer que les banques et établissements financiers sont exclus du champ d'application de l'article 449, étant donné que la dérogation est prévue par un régime particulier admis par l'Acte Uniforme : la Loi bancaire. En dépit de tous ces arguments, cette interprétation a été rejetée par la Cour commune de justice et d'arbitrage.

II. La position de CCJA sur le conflit entre l'Acte uniforme et la Loi bancaire

20. La question du conflit entre l'AUSCGIE et la réglementation bancaire de l'UEMOA a continué à nourrir le débat doctrinal jusqu'à ce qu'elle soit prise en charge par le Garde des Sceaux du Sénégal³⁴. Celui-ci a, sur l'initiative des services juridiques d'un établissement bancaire, adressé une requête d'avis consultatif à la Cour commune de justice et d'arbitrage, conformément à l'article 13 du Traité de l'OHADA. La requête, qui interrogeait la Cour commune sur l'applicabilité aux banques et établissements financiers des dispositions de l'article 449 susvisé rappelait, entre autres, que, tenant compte de la spécificité des opérations bancaires, l'ancienne législation sénégalaise sur les sociétés excluait expressément ces organismes financiers du champ des sociétés devant recourir à une autorisation préalable de leur Conseil d'administration pour la garantie des engagements des tiers³⁵. Comme il a été fort opportunément constaté, l'Avis de la Cour commune ne semble pas répondre directement à la question posée³⁶.

³² Un référentiel comptable bancaire, différent du plan comptable applicable aux entreprises.

³³ Les règles prudentielles, destinées à garantir leur liquidité, leur solvabilité, la division de leurs risques et l'équilibre de leur situation financière.

³⁴ Cf. la requête d'Avis consultatif de la République du Sénégal en date du 06 déc. 1999 enregistrée au greffe de la CCJA le 06 déc. 1999.

³⁵ L'alinéa 2 de l'article 1260 de la loi 85-40 du 29 juil. 1985 portant 4^{ème} partie du COCC disposait que « ...*les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font nécessairement l'objet d'une autorisation du Conseil dans les conditions déterminées par décret* ». C'est l'article 64 du Décret d'application 93-153 du 24/02/1993 qui précisait les modalités de cette autorisation.

³⁶ En ce sens v. ég. M. BASSIROU, *op.cit.*, p.3

En effet, dans son Avis n° 002/2000/EP du 26 avril 2000³⁷, la Cour Commune a estimé que « *les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, l'article 449 dudit Acte uniforme s'applique aux banques et aux établissements financiers entrant dans cette détermination juridique. Les seules dérogations admises sont celles prévues par l'Acte uniforme lui – même qui renvoie à cet égard aux dispositions législatives nationales auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier* ». Ainsi que cela a été constaté et soutenu³⁸, la Cour a axé son avis sur des considérations relatives au caractère impératif de l'Acte uniforme aux conséquences et dérogations qui s'y rattachaient. Néanmoins, d'aucuns pourraient s'interroger sur la portée et la signification de l'avis n°002/2000 qui, comme le fait remarquer M. BASSIROU, peut donner lieu à plusieurs interprétations³⁹.

21. D'un côté, la Cour commune semble bien évidemment être consciente que le métier de banquier ne peut s'accommoder d'une telle procédure qui remettrait fondamentalement en cause l'exercice d'une activité économique et financière de premier ordre. Mais le texte susvisé ne prévoyait aucune dérogation quant aux sociétés anonymes concernées. Par ailleurs, la loi étant impersonnelle et générale et l'article 449 d'ordre impératif, il était difficile, voire impossible, de distinguer là où la loi ne distingue pas ; c'est à dire de considérer que les banques et établissements financiers qui sont légalement constitués en sociétés anonymes ne font pas partie des sociétés commerciales visées par cette disposition. Rapporté à la question posée, cela signifie que l'article 449 s'applique aux banques et établissements financiers sauf dérogations admises par l'Acte Uniforme et prévues par des lois nationales spécifiques. Autrement dit oui, les banques et établissements financiers sont compris dans le champ de l'article 449 parce qu'elles constituent des sociétés commerciales de par leur forme et en dépit de la spécificité de leur objet, mais elles pourraient y déroger dans les conditions prévues par l'Acte uniforme qui renvoie à cet égard aux dispositions législatives nationales applicables

³⁷ CCJA, Avis n° 002/2000/EP du 26 avril 2000. Pour des commentaires sur cet avis v. S. SOUP, « Note sous avis n° 002/2000/EP du 26 avril 2000 » *Juris périodique* n° 46 , 2001, p.95 et s. ; D., MODY KOKO BEBERY, « Sur le domaine d'applicabilité de l'article 449 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales (à propos de l'Avis 02/2000/EP de la CCJA) », *Revue camerounaise de droit et de sciences politiques* n°2, janv. 2007, p.10 et s.

³⁸ J. ISSA-SAYEGH, note sous avis n° 002/2000/EP du 30 avril 2001, déjà cité.

³⁹M. BASSIROU, *op.cit.*, p.3.

aux sociétés à régime particulier. En réalité, cet Avis de la Cour commune n'apporte aucune lumière dans la résolution du conflit entre l'Acte uniforme et la Loi bancaire et laisse subsister le conflit de normes à l'instar du conflit en matière des procédures collectives.
