

LA SOCIETE NATIONALE APRES LE DIALOGUE DES NORMES

Cheikh Abdou Wakhab NDIAYE
Agrégé des facultés de droit
FSJP-UCAD

Résumé

L'actionnariat n'est pas l'apanage des personnes privées. L'Etat actionnaire est devenu une réalité manifeste. Lorsqu'il est le seul à détenir les titres sociaux d'une société, le droit sénégalais qualifie celle-ci de société nationale pour lui appliquer un régime dérogatoire. Se pose alors la question de l'articulation entre un tel régime et celui posé par l'OHADA. Quel droit pour la société nationale ? Réceptacle de deniers publics, la société nationale est-elle appréciée comme une simple société commerciale ?

Summary

Shareholding is not the prerogative of private individuals. The State as shareholder has become an obvious reality. When it is the only one to hold the shares of a company, Senegalese law qualifies it as a national company in order to apply a derogatory regime to it. This raises the question of the articulation between such a regime and that of OHADA. Which law for the national company? As a recipient of public funds, is the national company appreciated as a simple commercial company?

PLAN

I. La société nationale, une personne morale de droit privé

A. Un sujet de l'AUDSGIE

B. Une entreprise privée

II. La société nationale, une société sous contrôle

A. Une naissance encadrée

B. Une vie scrutée

OUTLINE

I. The national company, a legal entity under private law

A. A subject of the AUDSGIE

B. A private company

II. The national company, a company under control

A. A framed birth

B. A life under scrutiny

Dès son accession à l'indépendance, le Sénégal a senti la nécessité pour l'Etat d'avoir une double casquette ; d'une part, celle d'une puissance publique et, d'autre part, celle d'un acteur du monde des affaires, un « Etat entrepreneur ». Une telle ambition sera traduite dans les lois n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration¹ et n° 66-27 du 2 mai 1966 relative aux établissements publics, aux sociétés d'économie mixte et aux personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique. A côté de l'Etat central, le Sénégal a créé de nombreuses entités ayant des missions de politiques publiques et utilisant des ressources publiques. Elles sont classées en quatre grandes catégories : les Etablissements publics, les Agences publiques autonomes, les Sociétés nationales et les Sociétés à participation publique majoritaire. L'Etat est donc un investisseur mais d'un genre particulier. Il utilise « l'argent du contribuable »². Ainsi, il ne pouvait, en raison du rôle de direction qui lui incombe dans l'essor économique et surtout pour la bonne gestion des finances publiques, se désintéresser de la bonne marche de ces entreprises. Il en résultait un nécessaire regard sur l'organisation et le contrôle desdites structures. La réforme institutionnelle réalisée par la loi n°87-19 du 3 août 1987³ traduisait déjà une volonté de simplification du cadre de

¹ JO 1965, p. 945.

² En 2015, le portefeuille de l'Etat était constitué à hauteur de 81,65% par 13 sociétés nationales avec une capitalisation de 399,758 milliards francs CFA ; v. Ministère de l'économie des finances et du plan, Direction du secteur parapublic, Rapport 2014-2015 sur le secteur parapublic, p. 12.

³ Loi n° 87-19 du 3 août 1987 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique. Cette loi abroge la loi n° 77-89 du 10 août 1977 relative aux établissements publics, aux sociétés nationales, aux sociétés d'économie mixte et aux personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance

l'autonomie des entreprises du secteur parapublic. Mais cette loi sera abrogée et remplacée par la loi de 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique⁴.

La loi de 1990 avait pour ambition de créer un cadre institutionnel propre à insuffler un dynamisme nouveau aux entreprises de l'Etat et à améliorer leur potentiel de production. Les finances publiques se trouveraient ainsi soulagées d'une partie des charges qui pesaient sur elles⁵ et le budget de l'Etat alimenté⁶.

Elle consacre une notion évolutive du secteur parapublic. Comme par le passé, sont exclus du champ de la loi, les établissements publics à caractère administratif⁷. On note par ailleurs, une volonté de renforcer l'autonomie des établissements publics par la suppression du Centre des Établissements publics et de ses organes d'exécution : l'Agence Comptable centrale des Établissements publics et le Contrôle des Opérations financières.

Le secteur parapublic comprend :

- les établissements publics à caractère industriel et commercial ;
- les sociétés nationales ;
- les sociétés anonymes à participation publique majoritaire initialement dénommée sociétés d'économie mixte⁸.

publique et qui a remplacé celle n° 72-48 du 12 juin 1972. En effet, la loi de 1996 a été abrogée par celle de 1972 sur le même objet.

⁴ JO du 7 juillet 1999.

⁵ Voir exposé des motifs de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précitée.

⁶ Sur la base de l'exploitation des états financiers, l'analyse de l'activité des entreprises du secteur parapublic objet, révèle un net redressement du résultat net cumulé qui ressort bénéficiaire pour un montant de 833, 261 millions francs CFA en 2014 contre des pertes de 9,343 milliards francs CFA en 2013. Sur la même période, le chiffre d'affaires cumulé a augmenté de 3,92% en 2014, passant de 492,661 milliards francs CFA à 511,98 milliards francs CFA. Le total bilan s'établit à 1 735,541 milliards francs CFA en 2014, en repli de 2,48% par rapport à 2013. Enfin, la capitalisation de ces entreprises s'élève à 428,472 milliards francs CFA pour des capitaux propres de 579,838 milliards francs CFA. Le chiffre d'affaires se situe à 511,98 milliards francs CFA en 2014 en progression de 3,92 % par rapport à l'exercice 2013, soit 19,318 milliards francs CFA en valeur absolue ; v. Ministère de l'économie des finances et du plan, Direction du secteur parapublic, Rapport 2014-2015 sur le secteur parapublic, p. 13. La valeur ajoutée globale s'établit à 144,107 milliards francs CFA en 2014, en croissance de 28,589 milliards francs CFA en valeur absolue et 24,75% en valeur relative par rapport à l'exercice précédent. Elle représente 28,15% du chiffre d'affaires en 2014 ; v. Ministère de l'économie des finances et du plan, Direction du secteur parapublic, Rapport 2014-2015 sur le secteur parapublic, p. 14.

⁷ Cette exclusion résulte de la loi n° 87-19 du 3 août 1987, précitée.

⁸ Aux termes des dispositions de l'article 6 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, les sociétés anonymes à participation publique majoritaire, régies par le Code des obligations civiles et commerciales, sont des sociétés dans lesquelles une ou plusieurs personnes publiques possèdent directement ou indirectement au moins 50% du capital social. La participation d'une personne publique au capital social de ces sociétés par l'intermédiaire d'un organisme est calculée comme suit :

Les sociétés nationales sont des sociétés par actions de droit privé dont le capital est intégralement souscrit par l'État et, le cas échéant, par d'autres personnes morales de droit public. Dans tous les cas, la participation directe de l'État est supérieure à 50% du capital social⁹.

L'organisation et le contrôle interne et externe de la société nationale et des deux autres entreprises du secteur parapublic sont régis principalement par la loi de 1990 dérogeant ainsi aux dispositions du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) qui constituaient le droit commun sénégalais en matière de sociétés commerciales.

Si elles naissent et vivent dans un cadre juridique bien élaboré, les sociétés nationales étaient, jusqu'en 1984, soumises à la législation française de 1867 sur les sociétés commerciales par rapport aux modalités de leur liquidation. Pour prendre en compte la particularité qu'entraîne la participation de l'État à leur capital, est votée la loi n° 84-64 du 16 août 1984 fixant les modalités de la liquidation des établissements publics, des sociétés nationales et des sociétés d'économie mixte.

Toujours dans l'arsenal juridique sénégalais, les lois de 1984 et 1990 interpellent devant la « limitation de compétence qu'implique tout engagement international »¹⁰. Le Sénégal, en association avec quatorze autres pays d'Afrique, a adopté le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Île Maurice) le Traité pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)¹¹. Entré en vigueur en 1995, ce traité matérialise pour ses signataires une ambition de promouvoir un bon climat des investissements dans les États parties. En effet, il a pour objet l'harmonisation¹² du droit des affaires dans ces États par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples,

– si la puissance publique possède 50% du capital social de l'organisme intermédiaire, sa participation est décomptée pour une valeur égale à la part détenue par l'organisme intermédiaire lui-même ;

– dans le cas contraire, la participation publique est calculée au prorata de sa participation au capital social de l'organisme intermédiaire.

⁹ Art. 4 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précitée.

¹⁰ Décision du Conseil constitutionnel n° 3/C/93 du 16 décembre 1993, affaire n° 3/C/93 du 16 décembre 1993, Ohadata J-02-30 ; v. Cour constitutionnelle du Sénégal, arrêt n° 3/C/93 du 16 décembre 1993, Penant n° 827, p. 225, note A. SALL. Le Conseil apportait une réponse suite à sa saisine par le Président de la République sur la conformité des articles 14 à 16 du Traité de l'OHADA à la Constitution.

¹¹ Il est révisé le 17 octobre 2008 par le Traité du Québec. Par ailleurs, l'OHADA compte aujourd'hui 17 États membres (le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République centrafricaine, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad, le Togo et l'Union des Comores).

¹² Malgré le fait que le Traité fasse état d'une harmonisation, des voix autorisées considèrent, à juste titre, qu'il s'agit, au fond d'une unification des règles ; Nd. DIOUF, L'adoption de l'Acte uniforme relatif à la médiation : une nouvelle avancée vers l'unification du droit des affaires dans l'espace OHADA et un nouveau recul des lois nationales ?, Mélanges en l'honneur de Jacques MESTRE, LGDJ, 2019, p. 395. Cette lecture résulte du fait qu'il y a « une réglementation unique, identique en tout point de vue pour les États concernés » ; P-G. POUGOUE, Présentation générale et procédures en OHADA, PUA, coll. Droit uniforme, p. 11.

modernes et adaptées à la situation de leurs économies par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels¹³. Les actes pris pour l'adoption des règles communes sont qualifiés d'« actes uniformes »¹⁴. Préparés par le Secrétariat permanent¹⁵ en concertation avec les gouvernements des États parties, ils sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure¹⁶.

Le droit des affaires est le terrain d'expression de l'OHADA. La naissance de l'OHADA conduisit ainsi à l'élaboration de lois supranationales (les Actes uniformes), couvrant des domaines assez variés, dont une frange importante du COCC sénégalais, comme par exemple l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Qu'est-il alors advenu des lois de 1990 et de 1984 ainsi que des ambitions qu'elles portaient ? L'intérêt de la question se trouve dans le fait qu'elles soient encore d'application, alors qu'une consultation de leur contenu permet de noter des divergences avec le droit OHADA. Il se pose aussi la question de savoir si, pour préserver l'OHADA, tout droit national contraire était mis sous silence. Le droit OHADA saisit la société nationale mais, en considération de la composition de son capital et des missions qui lui sont souvent assignées, peut-elle être appréhendée comme « une simple société commerciale » ? La réponse à une telle question est à chercher aussi bien dans le droit sénégalais interne que dans le droit OHADA.

De la discussion des normes, la société nationale apparaît comme une société particulière. Elle traduit des compromis tributaires d'une prise en compte de ce qui fait sa singularité. La loi de 1990, outre ses dispositions qui ne sont pas contraires, n'est pas totalement éclipsée. Par ailleurs, en droit OHADA, comme en droit interne, un régime dérogatoire lui est reconnu. Si le législateur sénégalais renforce son contrôle, celui de l'OHADA lui reconnaît, des fois, des privilèges.

I. La société nationale, une personne morale de droit privé

Créée par l'État, la société nationale n'en demeure pas moins être une personne morale de droit privé. Elle obéit aux règles de l'AUDSCGIE (A) et doit ainsi être qualifiée d'entreprise privée (B).

¹³ Art. 1 du Traité.

¹⁴ Art. 5 du Traité.

¹⁵ C'est l'un des organes de l'OHADA. L'OHADA comprend la Conférence des chefs d'État et de gouvernement, le Conseil des ministres, la Cour commune de justice et d'arbitrage et le Secrétariat permanent.

¹⁶ Art. 10 du Traité.

A. Un sujet de l'AUDSGIE

La société nationale est toujours constituée en société anonyme avec conseil d'administration¹⁷. Mais s'agit-il de celle organisée par le droit OHADA ? Aux termes des dispositions de l'article 4 de la loi de 1990, « les sociétés nationales sont des sociétés par actions de droit privé », donc de droit OHADA.

L'AUDSCGIE connaît deux sociétés par actions. D'une part, il y a la société anonyme et, d'autre part, la société par actions simplifiée¹⁸. Société anonyme, la société nationale est une société commerciale.

Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet¹⁹. La société anonyme est une société commerciale par sa forme²⁰. La présence de l'Etat dans la société n'annihile en rien la qualification. Toute société commerciale, 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 est soumise aux dispositions de l'AUDSCGIE²¹. Ainsi, « l'Etat, qui est libre de créer des entreprises publiques suivant ses modes d'expression traditionnels, participe à créer une société commerciale de droit privé lorsqu'il accepte d'en être associé »²².

Sur le fondement de la loi de 1990, les règles d'organisation et de fonctionnement de la société nationale devaient être conformes à des statuts types fixés par décret²³. Avec l'avènement du droit OHADA, le contenu de ces statuts ne pouvait plus relever de la compétence exclusive de l'Etat. Il doit être conforme à l'AUDSCGIE sauf dans les cas où ce dernier autorise expressément l'associé unique ou les associés à lui substituer ou à le compléter par des clauses statutaires. Sous peine d'être réputée non écrite, toute clause statutaire de la société nationale doit respecter les dispositions de l'Acte uniforme²⁴. En effet, il neutralise toutes les règles de droit interne contraires. Mais s'agit-il d'une simple neutralisation ? Même s'il ne le mentionne

¹⁷ Art. 9 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précité. La règle s'applique aussi à la société anonyme à participation publique majoritaire.

¹⁸ C. A. W. NDIAYE, Droit des sociétés de capitaux, L'Harmattan, 2019.

¹⁹ Art. 6 AUDSCGIE.

²⁰ Art. 6 AUDSCGIE.

²¹ Art. 1 AUDSCGIE.

²² CCJA, arrêt n° 368/2020 du 26 novembre 2020, Société Ivoirienne de Concept et de Gestion Mali (SICG-Mali) c/ Banque Malienne de Solidarité et Banque Malienne de Solidarité Côte d'Ivoire.

²³ Art. 5 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précité.

²⁴ Art. 2 AUDSCGIE.

pas expressément, l'Acte uniforme, comme le souligne la CCJA, abroge les dispositions nationales contraires.

« L'acte 10 du traité de l'OHADA contient une règle de supranationalité puisqu'il prévoit l'application directe et obligatoire des actes uniformes dans les États parties et leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures. En vertu du principe de supranationalité, l'article 10 contient une règle relative à l'abrogation du droit interne par les actes uniformes. Sauf dérogation prévue par les actes uniformes eux-mêmes, l'effet abrogatoire de l'article 10 concerne l'abrogation de tout texte législatif ou réglementaire de droit interne présent, ou l'interdiction de tout texte législatif ou réglementaire de droit intérieur à venir. Cette abrogation concerne toute disposition de droit interne ayant le même objet que celles des actes uniformes, qu'elle soit contraire ou identique (...). L'effet abrogatoire du droit uniforme de l'OHADA découlant du Traité lui-même et les actes uniformes découlant de celui-ci, il s'ensuit que les actes uniformes n'ont pas seul compétence pour déterminer leur effet abrogatoire sur le droit interne.

Il se déduit également des dispositions impératives et suffisantes des articles 9 et 10 du Traité qui sont superfétatoires des textes d'abrogation expresse du droit interne que pourraient prendre les États parties pour l'application des actes uniformes. Selon les cas d'espèce, une loi contraire peut s'entendre aussi bien d'un texte de droit interne ayant le même objet qu'un acte uniforme et dont toutes les dispositions sont contraires à celles d'un autre acte uniforme, que d'une loi ou d'un règlement dont seulement l'une des dispositions ou quelques-unes de celles-ci sont contraires ; dans ce dernier cas, les dispositions du droit interne non contraires à celles de l'acte uniforme considéré demeurent applicables »²⁵. Mais la loi de 1990 ne peut-elle pas être qualifiée de régime particulier ?

²⁵ CCJA, Avis du 30 avril 2001, Ohadata J-02-04. La position de la haute juridiction est discutable. D'une part, comme le souligne un auteur, l'article 10 du Traité règle la primauté du droit supranational sur le droit interne. Lui reconnaître une portée abrogatoire « c'est lui conférer ce qui, probablement, n'a pas été envisagé » ; A. T. NDIAYE, La portée abrogatoire des droits supranationaux de l'espace OHADA sur les dispositions du COCC, Code des obligations civiles et commerciales (COCC) : cinquante ans après, CREDILA-L'harmattan, 2018, vol. 2, p. 413. D'autre part, c'est une solution qui risque d'installer une impasse. L'abrogation d'un texte abrogatoire ne ressuscite pas les textes abrogés par la loi révisée (Droit français, Cass. soc., 16 mai 1979, Bull. civ. V, n° 421. Observations DEUMIER, Abrogation sur abrogation ne vaut, RTD civ. 2010.55). Comme le souligne, à juste titre, une voix autorisée, « ce texte ne prévoit pas l'abrogation (...) Ce n'est pas parce que les dispositions de la loi nationale sont contraires à celles de l'Acte uniforme qu'elles vont cesser, par l'effet de leur suppression, d'être applicables pour l'avenir. Ces dispositions peuvent parfaitement survivre pour s'appliquer à des situations non prévues par l'Acte uniforme » ; Nd. DIOUF, L'adoption de l'Acte uniforme relatif à la médiation : une nouvelle avancée vers l'unification du droit des affaires dans l'espace OHADA et un nouveau recul des lois nationales ?, précité, p. 400.

L'Acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties²⁶.

D'après la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), par un avis rendu en 2016, la notion de « société soumise à un régime particulier » désigne toute structure juridique revêtant l'une des formes prévues par l'AUDSCGIE qui, en raison de ses activités ou de la mission d'intérêt général qu'elle accomplit, est soumise à certaines règles de droit sectorielles ou dérogatoires du droit commun des sociétés commerciales de l'OHADA²⁷. Pour la Haute juridiction, les critères de détermination de la « société soumise à un régime particulier » tiennent essentiellement à la nature spécifique de l'activité qu'elle exerce ou à la mission d'intérêt général qu'elle accomplit et qui nécessite un régime spécial. Entrent notamment dans la définition du « régime particulier » la réglementation spécifique, sectorielle ou dérogatoire du droit commun de l'OHADA, applicable à la société concernée, les privilèges, prérogatives particulières et autres exonérations à elles accordés.

Dans un arrêt récent, la haute juridiction qualifie les sociétés créées par les Etats sous des formes autres que celles prévues par l'AUDSCGIE de « sociétés d'un régime particulier »²⁸. Malgré la formulation, il est permis de penser qu'elle fait une application de l'article 916 AUDSCGIE. En d'autres termes, qu'il s'agit de « société soumise à un régime particulier ». Une question cependant demeure ; sommes-nous devant un revirement de jurisprudence ?

Les deux décisions de la Cour ne portent pas sur les mêmes faits. L'une concerne l'hypothèse d'une société commerciale soumise à l'AUDSCGIE et, l'autre, aborde une situation où un Etat crée « des entreprises publiques suivant ses modes d'expressions traditionnels ». On assiste ainsi à une extension du périmètre des sociétés soumises à un régime particulier.

Lorsque la société nationale s'intègre dans les critères posés par l'avis de la CCJA, une survie de la loi de 1990 semble pouvoir être admise. L'Acte uniforme 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier²⁹. C'est seulement les clauses des statuts de ces sociétés, conformes aux dispositions abrogées par l'Acte uniforme mais contraires à son contenu et non prévues par le régime particulier desdites sociétés, qui

²⁶ Art. 916 AUDSCGIE.

²⁷ CCJA, Avis n°002/2016 du 18 octobre 2016.

²⁸ CCJA, arrêt n° 368/2020 du 26 novembre 2020, Société Ivoirienne de Concept et de Gestion Mali (SICG-Mali) c/ Banque Malienne de Solidarité et Banque Malienne de Solidarité Côte d'Ivoire.

²⁹ Art. 916 AUDSCGIE de 1997.

devaient être mises en harmonie. Le nouvel article 916 AUDSCGIE s'inscrit sensiblement sur la même dynamique. La question se pose par contre pour les sociétés nationales dont l'objet est purement commercial.

Il a été jugé que lorsqu'une « société d'Etat » a « pour objet l'exploitation de l'hôtel Sarakawa et d'autres installations hôtelières et de restauration, ainsi que la fourniture de services dans les domaines de l'hôtellerie, de restauration et du tourisme » la nature commerciale des activités ainsi menées l'obligeait, comme « société » constituée antérieurement à l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, à se mettre en conformité avec le droit uniforme. Ne l'ayant pas fait dans le délai à lui imparti, il relève, en l'état, du régime des sociétés de fait³⁰. En conséquence, les règles de la société en nom collectif seront applicables aux associés³¹.

Les sociétés nationales « commerciales » constituées avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme de 1997 sur les sociétés commerciales avaient donc l'obligation de mettre leurs statuts en harmonie dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme. A défaut, les clauses statutaires contraires sont réputées non écrites³². L'opération de mise en harmonie ne rend pas obligatoire la modification de la forme juridique de la société, mais peut parfois l'entraîner ou la nécessiter³³.

Les dispositions contraires de la loi de 1990 sont donc neutralisées si une adaptation n'est pas possible. Il en est ainsi, par exemple, pour la nomination du directeur général où la chronologie doit désormais être renversée.

Aux termes des dispositions de l'article 19 de la loi de 1990, dans les sociétés nationales et les établissements publics à caractère industriel et commercial, le directeur général est nommé après avis du ministre chargé de la tutelle technique par décret, pour trois ans renouvelables, sur proposition du Conseil d'Administration³⁴. Cependant, avec l'article 485 AUSCGIE, c'est le Conseil d'administration qui nomme le directeur général. Ainsi, désormais, l'effet du décret ne saurait être qu'une proposition à la nomination. La révocation du directeur général obéit aussi à la règle de la révocation *ad nutum*³⁵ et doit relever de la compétence du Conseil.

³⁰ CCJA, 1^{ère} ch., arrêt n° 168/2020 du 14 mai 2020, Société American Eagle Guard Security c/ Hôtel Sarakawa.

³¹ Art. 868 AUDSCGIE.

³² Art. 915 AUDSCGIE.

³³ CCJA, Avis du 23 juin 2015, Ohadata J-16-208.

³⁴ Dans les sociétés anonymes à participation publique majoritaire, il est nommé par le Conseil d'Administration sur proposition du ministre chargé de la tutelle technique.

³⁵ CS de Côte d'Ivoire, chambre judiciaire, arrêt n° 351/07 du 14 juin 2007, Ohadata J-09-307.

En ce qui concerne le conseil d'administration, sur bien des points, le droit OHADA et la loi de 1990 convergent. Il en est ainsi pour le nombre maximum de membres et pour ses attributions. Cependant, en présence de points de divergence, comme c'est le cas avec l'article 12 de la loi sénégalaise relativement aux sanctions en cas d'irrégularité ou de carence caractérisée³⁶, naturellement les dispositions de l'Acte uniforme l'emportent.

Avec la loi de 1990, certains actes de l'Etat en relation avec la société nationale sont pris par décret. Outre la nomination et la révocation, la rémunération et la liste des avantages et indemnités des directeurs généraux des sociétés nationales sont fixées par décret³⁷. Si, sans conteste, ces décrets n'ont aujourd'hui qu'un effet de proposition, reste à savoir si le conseil d'administration est lié. En d'autres termes, peut-il ne pas respecter un décret dans ces domaines.

Le Conseil d'administration est un organe délibératif. Il ne jouit pas de la personnalité juridique mais reste très présent dans la stratégie et la prise de décisions dans la société. Il tire sa légitimité de l'Acte uniforme. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent³⁸. Il ne saurait alors être lié, être dépendant. Une lecture *a contrario* de l'article 435 *in fine* AUDSCGIE³⁹ permet cependant de noter la possibilité d'un encadrement des pouvoirs du conseil par les statuts ou des délibérations de l'assemblée générale. La pratique en offre déjà des exemples. Très souvent, dans des pactes d'actionnaires, on assiste à une répartition des postes de direction dans la société. En effet, sans porter atteinte à la compétence du conseil, il arrive que le pacte désigne l'associé qui propose celui à nommer et détermine même la rémunération et les avantages. Mais c'est une répartition qui installe seulement un droit de proposition au Conseil d'administration. Sa violation ne doit pas pouvoir être appréhendée sur le terrain de la nullité de l'acte pris par le conseil. La même solution devrait être valable dans l'hypothèse d'un décret-proposition mais différente si l'encadrement des pouvoirs du conseil s'inscrit dans les

³⁶ « En cas d'irrégularité ou de carence caractérisée, le Conseil d'Administration peut être suspendu ou dissous par décret modifié : le décret de suspension ou de dissolution désigne un comité d'administration provisoire pour une durée maximale de six mois. Au terme de ce délai, un nouveau Conseil d'Administration est constitué ».

³⁷ Art. 22 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précité. C'est aussi le cas pour le directeur général de la société anonyme à participation publication majoritaire.

³⁸ Art. 435 AUDSCGIE.

³⁹ « Les clauses des statuts ou délibérations de l'assemblée générale limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont inopposables aux tiers de bonne foi ».

hypothèses posées par l'article 435 *in fine* AUDSCGIE. Dans cette situation, elle lie la société seulement à l'égard des tiers de bonne foi.

Le non-respect d'un décret-proposition ne peut plus donner effet à un décret de suspension ou de dissolution du conseil d'administration⁴⁰. Actionnaire unique ou majoritaire de la société⁴¹, l'Etat ne peut que révoquer le ou les administrateurs suite à une assemblée générale ordinaire⁴².

Sujet de l'AUDSCGIE, la société nationale échappe-t-elle à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUOPCAP) ? L'interrogation résulte de l'article 1 de la loi n° 84-64 du 16 août 1984 fixant les modalités de la liquidation des établissements publics, des sociétés nationales et des sociétés d'économie mixte. Il considère que les dispositions de cette loi « s'appliquent aux établissements publics et aux sociétés nationales à l'exclusion de toute autre procédures relative à la liquidation des biens et au règlement judiciaire ». Toujours en application au Sénégal⁴³, la loi de 1984 est-elle encore compétente pour régir la société nationale ?

Aux termes des dispositions de l'article 1-1 AUOPCAP, ce dernier est applicable à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé. Les procédures de conciliation, de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens sont applicables aux personnes morales de droit privé qui exercent une activité soumise à un régime particulier lorsqu'il n'en est pas disposé autrement dans la réglementation spécifique régissant ladite activité. La société nationale est-elle concernée ? Les activités soumises à un régime particulier au sens de l'AUOPCAP et des textes les régissant sont, notamment, celles des établissements de crédit au sens de la loi bancaire, des établissements de micro finance et des acteurs des marchés financiers ainsi que celles des sociétés d'assurance et de réassurance des États parties au Traité de l'OHADA⁴⁴. L'utilisation de l'adverbe « notamment » atteste du caractère non limitatif de l'énumération. Ainsi, en conjugaison avec l'Avis n°002/2016 de la CCJA, c'est la société nationale exerçant une activité commerciale courante qui ne devrait pas être concernée par la dérogation.

⁴⁰ Cf. art. 12 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précité.

⁴¹ Art. 4 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précité.

⁴² Malgré leurs mandats, les administrateurs peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire (art. 433 AUDSCGIE).

⁴³ Ministère de l'économie des finances et du plan, Direction du secteur parapublic, Rapport 2014-2015 sur le secteur parapublic, p. 11.

⁴⁴ Art. 1-1 al. 2 AUOPCAP.

Même si elle est créée par l'Etat, la société nationale, sujet du droit OHADA, est une entreprise privée.

B. Une entreprise privée

L'entreprise privée se définit par opposition à l'entreprise publique. Selon l'OCDE⁴⁵, les pays n'ont pas tous la même conception de la palette des établissements devant être considérés comme des entreprises publiques. Aux fins de ses Lignes directrices, elle considère que toute entité juridique reconnue comme entreprise en vertu de la législation nationale et dans laquelle l'État exerce des droits d'actionnaire devrait être considérée comme une entreprise publique.

Pour le droit français, une entreprise, qui n'est pas une personne publique, appartient au secteur public, si la majorité au moins de son capital est détenue, directement ou indirectement, par des personnes publiques⁴⁶. La même logique semble gouverner certains droits africains. Pour le législateur camerounais, l'entreprise publique est une unité économique dotée d'une autonomie juridique et financière, exerçant une activité industrielle et commerciale, et dont le capital social est détenu entièrement ou majoritairement par une personne morale de droit public⁴⁷. Un large consensus semble être trouvé. En d'autres termes, la simple prise de participation dans le capital semble donc suffire pour la qualification même s'il est précisé que les Lignes directrices de l'OCDE s'appliquent aux entreprises qui sont effectivement sous le contrôle de l'État, soit parce qu'il est le bénéficiaire effectif de la majorité des actions assorties d'un droit de vote, soit parce qu'il exerce un contrôle équivalent par d'autres voies.

Le critère de la qualification n'est-il pas trop général ?

Comme toutes personnes voulant constituer une société, l'Etat sacrifie au rituel des apports. Pour la constitution de la société nationale, il apporte en nature ou en numéraire⁴⁸ pour, en contrepartie, détenir des titres sociaux. Son droit de propriété ne porte ainsi pas sur la société mais sur les actions attribuées en contrepartie de son apport.

⁴⁵ OCDE, Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques, édition 2015, www.oecd.org/about/publishing/corrigenda.htm, p. 15.

⁴⁶ CE, Ass., 24 novembre 1978, Schwartz, Defferre et autres, n°04546 et 4565 ; CE 22 décembre 1982, Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne, n°34252 ; CE, Ass., 6 décembre 1996, Société Lambda, n°167502 ; Avis d'Assemblée générale du Conseil d'État du 17 septembre 1998, n°362610. CE 4 mars 1996, Fédération nationale CGT des personnels des secteurs financiers FNST-CGT et Mme Diard, n°117884. CC n°83-162 DC du 19 et 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public et CC n°96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom, cons.4.

⁴⁷ Art. 3 de la loi n° 2017/011 du 12 juillet 2017 portant statut général des entreprises publiques.

⁴⁸ Ces deux apports sont les seuls acceptés dans les sociétés anonymes. Les apports en industrie y sont interdits (art. 50-1 AUDSCGIE).

Après son immatriculation au RCCM, la société acquiert la personnalité juridique pour exister de manière autonome et distincte des personnes qui l'ont constitué. La société nationale n'est donc pas une propriété de l'Etat, encore moins l'Etat. Ce dernier en est juste un créancier du fait de son apport. Cet état de fait ne semble pas poser de difficultés. En effet, comme toutes les sociétés, la société nationale supporte l'impôt sur les sociétés et ses contrats sont de nature civile⁴⁹. Les actes effectués par les sociétés commerciales sont des actes de commerce par nature⁵⁰. Pourquoi alors les appliquer un régime dérogatoire surtout lorsque l'objet social n'est pas un service public ? Cette solution heurte même les principes qui innervent le droit administratif. Les services publics industriels et commerciaux, personnes publiques, n'échappent-ils pas en grande partie au droit public ? En d'autres termes, avec l'arrêt Bac d'Eloka, n'a-t-il pas été jugé qu'en cas d'activité rémunérée exercée par un service public, dans les mêmes conditions qu'un acteur économique de droit privé, le service public est soumis, en général, au droit privé et donc à la compétence du juge judiciaire ? Pourquoi un droit dérogatoire quand l'Etat agit comme un particulier ? Le Commissaire du Gouvernement David, dans le célèbre arrêt Blanco, n'avait-il pas soulevé que, dans la recherche du droit applicable, il est important de distinguer «l'Etat puissance publique» de «l'Etat personne civile»⁵¹ ? Cette interrogation semble avoir influencé le droit sénégalais et, aujourd'hui, la CCJA.

La loi de 1990 ne se limite pas à qualifier la société nationale de personne morale de droit privé⁵². Elle ne leur reconnaissait pas une immunité d'exécution de droit. L'absence d'exécution forcée contre les établissements publics, les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire n'était posée que dans les hypothèses où ils avaient pour objet exclusif l'exploitation d'une concession de service public⁵³. Et dans ces cas, le créancier muni d'un titre exécutoire pouvait, après vaine mise en demeure adressée au directeur général de l'entreprise, obtenir à la diligence du Ministre chargé des finances l'inscription d'office de ses créances au titre des dépenses obligatoires. Le législateur sénégalais faisait ainsi la différence entre la société nationale à vocation purement commerciale et celle qui gère un service public. La même démarche semble aujourd'hui innerver la jurisprudence de la CCJA.

⁴⁹ La notion de contrat civil est utilisée par opposition aux contrats administratifs.

⁵⁰ Art. 3 in fine AUDCG.

⁵¹ TC, 8 février 1873, D.1873.3.20, concl. David.

⁵² Art. 4 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précité.

⁵³ Art. 25 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précité.

L'entreprise publique posée par l'article 30 AUPSRVE a longtemps été appréciée par la CCJA comme incluant les sociétés où l'Etat était présent dans le capital⁵⁴. La haute juridiction considérait que les lois nationales (exemple de la loi togolaise n° 90/26 du 04 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques et la loi ivoirienne n° 97-519 du 4 septembre 1997 portant définition et organisation des Sociétés d'Etat) qui soustraient ces sociétés du régime de l'immunité d'exécution contrariaient les dispositions de l'article 30 AUPSRVE. Ces dernières années ont été cependant l'occasion pour la Cour de préciser sa position s'il ne s'agit pas tout simplement d'un revirement de sa jurisprudence. Dans un raisonnement à trois temps, l'interprète des Actes uniformes relit l'article 30 AUPSRVE. D'abord, il considère qu'une société d'économie mixte « demeure une entité de droit privé soumise comme telle aux voies d'exécution sur ses biens propres ; qu'en lui accordant l'immunité d'exécution prescrite à l'article 30 susmentionné, la Cour de Kinshasa/Gombe a fait une mauvaise application de la loi et expose sa décision à la cassation »⁵⁵.

Ensuite, devenant beaucoup plus explicite, la CCJA retient, à propos d'une société dont les statuts harmonisés énoncent qu'elle est « une société anonyme qui sera régie par l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique... », qu'elle « est une personne morale de droit privé et non une entreprise publique ; que le fait que l'Etat Congolais y soit actionnaire ne remet nullement en cause ce statut, car conforme à l'alinéa 1^{er} de l'article 1 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales ; que celui-ci dispose en effet que « Toute société commerciale, 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 (ci-après désignés « les Etats parties ») est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme. » ; que cet Acte uniforme ne réglementant pas les « entreprises publiques » mais des entités privées, le fait qu'un Etat-partie soit associé d'une société créée

⁵⁴ CCJA, arrêt n° 043/2005 du 07 juillet 2005, AZIABLEVI YOVO et autres c/ Togo Telecom, Juriscope.org. 2006 ; CCJA, arrêt n° 044/2016 du 18 mars 2016, Fonds d'entretien Routier dit « FER » c/ Société ECOBANK Côte d'Ivoire, Revue semestrielle de l'Union des Magistrats du Sénégal (UMS) – La balance, abis édition, n° 1, janvier-juin 2017, p. 211

⁵⁵ CCJA, 1^{ère} ch., arrêt n° 103/2018 du 26 avril 2018, MBULU MUSESO c/ La société des Grands Hôtels du Congo S.A et autres. Dans cette affaire, il était question de l'immunité d'exécution de la Société des Grands Hôtels, société anonyme dont le capital social est détenu à parts égales par des personnes privées et par l'Etat du Congo et ses démembrements.

conformément à ses dispositions ne confère pas à celle-ci le statut de personne morale de droit public ni celui d'entreprise publique »⁵⁶.

Enfin, elle sanctionne une cour d'appel qui a retenu « qu'en application de l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé, les entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, bénéficient du principe général d'immunité d'exécution accordé aux personnes morales de droit public ; que dans le cas d'espèce, quand bien même la société d'Etat l'Hôtel Sarakawa a pour objet l'exploitation de l'hôtel Sarakawa et d'autres installations hôtelières et de restauration, ainsi que la fourniture de services dans les domaines de l'hôtellerie, de restauration et du tourisme, il n'en demeure pas moins qu'elle est une entreprise publique créée par décret n°91-084 du 28 octobre 1991 et comme telle figurant dans l'énumération des sociétés contre lesquelles s'applique la compensation ; que contrairement aux allégations de la société intimée, il n'y a aucun doute à l'égard de la société d'Etat l'Hôtel Sarakawa sur sa qualité de bénéficiaire de l'immunité d'exécution ; qu'il résulte de toutes ces constatations que c'est en violation de l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé que l'ordonnance querellée n°1841/18 du 06 juillet 2018 a été prise », alors, d'une part, qu'il est démontré que le défendeur est manifestement en état de société de fait et, d'autre part, que les actes générateurs de la créance poursuivie ne résultent pas de contrats publics, mais de conventions privées souscrites aux seules fins du commerce ».

Il résulte de ces trois décisions que, pour bénéficier de l'immunité d'exécution, la société nationale devait se conformer à l'AUDSCGIE et agir dans le cadre de contrats régis par le droit administratif. La cohérence de la démarche est manifeste. « L'immunité d'exécution est rattachée à la personnalité juridique, à l'exclusion des considérations liées à la composition ou à la titularité du capital social ; (...) une personne morale de droit privé, régulièrement constituée sous l'une des formes prévues par l'AUDSCGIE, ne saurait bénéficier de l'immunité d'exécution »⁵⁷. Seule une mission de service public doit pouvoir justifier une discrimination dans l'application des règles de droit privé. Il ressort de la jurisprudence française et du Code sénégalais des obligations de l'administration, que l'administration peut déléguer à une personne de droit privé la gestion d'un service public, notamment dans le cadre du régime de

⁵⁶ CCJA, arrêt n° 267/2019 du 28 novembre 2019, Grégoire BAKANDEJA WA MPUNGU c/ Société des Grands Hôtels du CONGO.

⁵⁷ CCJA, arrêt n° 368/2020 du 26 novembre 2020, Société Ivoirienne de Concept et de Gestion Mali (SICG-Mali) c/ Banque Malienne de Solidarité et Banque Malienne de Solidarité Côte d'Ivoire. Selon la Cour, une solution contraire « nuirait à l'efficacité du système, d'autant que toute société commerciale de l'espace OHADA trouverait le moyen de faire entrer l'Etat ou l'un de ses démembrements dans son capital, et réclamer l'immunité d'exécution avec possibilité de surprendre ses créanciers ».

concession de service public⁵⁸. En outre, depuis les arrêts du Conseil d'État, Etablissement Vezia de 1935 et Caisse primaire « Aide et protection » de 1938, il est admis que des personnes morales de droit privé puissent gérer des missions de service public, y compris sans qu'un contrat soit passé avec l'administration. Dans toutes ces hypothèses, les contrats seront qualifiés de contrat administratif justifiant une exclusion du droit privé. Les autres contrats desdites personnes restent sous le joug des règles du droit privé.

Le droit sénégalais a effectué une évolution décisive traduisant une volonté assumée d'asseoir un équilibre entre les intérêts de l'Etat et ceux des particuliers. Le législateur abroge ses textes organisant l'immunité d'exécution⁵⁹ et « qui ont efficacement assuré la protection des biens de l'Etat et de ceux de ses démembrements territoriaux et spécialisés, sont aujourd'hui perçus comme une entorse à la concurrence, un encouragement à la mauvaise gestion des entreprises protégées et érigées, de ce fait, en citadelles imprenables pour les créanciers poursuivant légitimement l'exécution de ce qui leur est dû.

Eu égard à ces considérations et aux orientations de la politique économique et financière de l'Etat marquée notamment par la privatisation des principales entreprises du secteur parapublic, il a paru nécessaire de redéfinir le domaine de l'immunité d'exécution (...)

Désormais seuls l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics bénéficient de l'immunité d'exécution, celle-ci ne pouvant cependant, en aucune manière, tempérer l'obligation, générale et absolue, qu'ont ces personnes d'exécuter les décisions de justice. A l'égard des organismes débiteurs, exerçant une mission de service public sans bénéficier de l'immunité d'exécution, le juge pourra prévenir ou mettre fin au trouble lié à une atteinte grave au fonctionnement du service public par un cantonnement de l'exécution »⁶⁰. L'immunité d'exécution pour les sociétés nationales agissant dans le cadre d'une mission de service public relève désormais de la libre appréciation du juge. Une telle mesure peut pâtir du marteau de la

⁵⁸ France, CE, 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen ; art. 9 COA : « les contrats conclus entre des personnes privées peuvent être administratifs si l'un des co-contractants a en réalité traité pour le compte d'une personne morale de droit public ». Voir aussi l'article 4-13 du Code des marchés publics.

⁵⁹ Art. 192 al. 2 COCC et art. 25 de la loi 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique.

⁶⁰ Exposé des motifs de la loi n° 2002-12 du 15 avril 2002 abrogeant et remplaçant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 194 du Code des Obligations civiles et commerciales relatif à l'immunité d'exécution, J.O. N° 6047 du samedi 18 mai 2002. « Dans la mesure où l'objectif visé par l'Union (UEMOA) est celui d'une concurrence non faussée dans le marché unique, privilégier les entreprises publiques du fait de leurs liens avec l'Etat serait manifestement contraire à l'objectif précité. L'interdiction faite aux Etats membres de remettre en cause l'égalité entre entreprises participe de cette idée », Mb. Ngom, Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : Le cas de la régulation juridique de la concurrence, Thèse, UGB de Saint-Louis, juin 2007, p. 223.

CCJA. Toutefois, elle semble mieux répondre aux aspirations d'un droit OHADA soucieux de son climat des affaires. En effet, l'alinéa 2 de l'article 30 AUPSRVE évoque les entreprises publiques « quelles qu'en soient la forme et la mission », pour consacrer le caractère absolu de l'immunité d'exécution instituée. Ainsi, « une entreprise publique peut avoir une forme nationale ou locale, l'objet de sa mission pouvant être commercial, industriel, artisanal, etc. ; que dès lors, la formule quelles qu'en soient la forme et la mission ne renvoie pas aux formes sociétaires prévues par l'AUDSCGIE, qui concernent exclusivement les personnes morales de droit privé, y compris celles ayant un Etat ou une personne morale de droit public comme actionnaire »⁶¹. Pour la CCJA, « il est évident que la volonté du législateur OHADA était de permettre aux Etats de participer à la vie économique comme associé d'une société privée, et non de conférer à celle-ci une immunité d'exécution susceptible de porter préjudice au libre jeu de la concurrence, vital à l'essor du secteur privé qui est l'objectif primaire du Traité institutif de l'OHADA »⁶².

L'immunité d'exécution reconnue à certaines sociétés nationales se retrouve tempérée par le paiement par compensation⁶³. « Les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles »⁶⁴. La compensation à sens unique portée par le droit UEMOA ne concerne pas la société nationale⁶⁵.

Personne morale de droit privé, la société nationale, siège d'un investissement public, est le sujet d'un contrôle renforcé.

⁶¹ CCJA, arrêt n° 368/2020 du 26 novembre 2020, Société Ivoirienne de Concept et de Gestion Mali (SICG-Mali) c/ Banque Maliennne de Solidarité et Banque Maliennne de Solidarité Côte d'Ivoire.

⁶² CCJA, arrêt n° 368/2020 du 26 novembre 2020, Société Ivoirienne de Concept et de Gestion Mali (SICG-Mali) c/ Banque Maliennne de Solidarité et Banque Maliennne de Solidarité Côte d'Ivoire.

⁶³ A. A. D. KEBE, Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire, *afrilex.u-bordeaux4.fr*, p. 13.

⁶⁴ Art. 30 al. 2 AUPSRVE ; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance de référé du 29 juillet 2009 : Société Holding KEBE SA c/ DGID, inédit.

⁶⁵ Aux termes des dispositions de l'article 53 du décret n° 2020-978 portant Règlement général sur la Comptabilité publique, « Les redevables de l'Etat ne peuvent opposer la compensation dans le cas où ils se trouvent dans le même temps créanciers de l'Etat ou d'organismes publics. Dans la même situation, préalablement à tout paiement, le comptable public doit opérer la compensation entre les dettes et les créances assignées sur sa caisse ». Cette posture du droit sénégalais qui traduit la position du droit UEMOA (Directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA) rappelle le nécessaire dialogue des normes.

II. La société nationale, une société sous contrôle

Même si la composition de son actionnariat ne lui épargne pas la qualification de personne morale de droit privé, la société nationale reste une société particulière car utilisant des deniers publics. Il en ressort un fort encadrement de sa naissance (A) mais aussi de sa gestion (B).

A. Une naissance encadrée

La naissance de la société nationale est le point d'orgue d'un long processus. Réceptacle de deniers publics, elle voit sa naissance résulter d'une conjugaison des normes OHADA et sénégalaises. En effet, l'Etat ne dispose pas d'une liberté absolue dans sa création.

Avoir la volonté de constitution d'une société nationale est une condition nécessaire mais pas suffisante. Aux termes des dispositions de l'article 37 de la loi de 1990, le Comité consultatif du secteur parapublic est saisi pour avis de toute prise de participation directe ou indirecte de l'État dans le capital d'une société. Cette commission logée au Ministère chargé des finances donne son avis sur :

- la création ou la dissolution d'entreprise du secteur parapublic ;
- toute prise de participation directe ou indirecte de l'Etat dans le capital d'une société ;
- toute cession d'actions ayant pour effet de faire perdre à l'Etat la participation majoritaire directe ou indirecte dans le capital d'une société ;
- les interventions financières de l'Etat dans le secteur parapublic ;
- les acquisitions ou augmentations de participations, subventions, avals, prêts et garanties ;
- les projets de décisions ou de directives concernant les établissements publics, les sociétés à participation publique, les sociétés nationales et les sociétés privées bénéficiant du concours financier de l'Etat.
- toutes les questions relatives à la tutelle des organismes du secteur parapublic et au contrôle de leur gestion.

Mais quelle est la valeur de l'avis du Comité ? En d'autres termes, est-ce qu'il lie l'exécutif ? Le décret n° 94-862 du 22 août 1994 portant organisation du Comité consultatif du secteur parapublic⁶⁶ n'apporte aucune précision sur la question. Par rapport à l'article 37 de la loi de 1990, il se limite à faire intervenir le pouvoir législatif si la prise de participation a pour effet de donner la majorité à l'Etat, ou si une cession d'action a pour effet de faire perdre à l'État sa

⁶⁶ JO, 1994-10-24, n° 5604, pp. 481-482.

participation majoritaire directe ou indirecte dans le capital social d'une société. Le silence des textes permet de penser que l'avis n'a pas une force contraignante. La volonté de préservation des deniers publics qui semble être le paradigme justifiant l'existence du Comité se concilie difficilement avec un tel état de fait. Présidé par le Ministre chargé des Finances ou son représentant, le comité est le point de rencontre de compétences qu'il serait incohérent d'ignorer⁶⁷. Tout au moins, il peut éclairer un pouvoir exécutif et, le cas échéant, législatif soucieux de l'intérêt général⁶⁸. En effet, un rôle important est reconnu à l'Assemblée nationale pour la naissance de la société nationale.

Il résulte des dispositions de l'article 4 et 37 de la loi de 1990 une obligation pour l'Etat de solliciter une autorisation au niveau de la représentation nationale. En d'autres termes, c'est l'assemblée, sur le truchement d'un projet de loi, qui autorise la création de la société. L'intérêt général dont l'Etat est le garant et les deniers publics qui l'enrichissent justifient amplement la rigueur qui accompagne l'utilisation de ses biens.

La décision de l'assemblée doit s'inscrire dans une parfaite cohérence avec les règles gouvernantes la gestion du patrimoine mobilier et immobilier de l'Etat.

Les apports en nature effectués par l'Etat sont, à titre principal, organisés par le Code du domaine de l'Etat. Conformément à l'article 51 dudit Code, en vue de la réalisation d'opérations d'urbanisme ou de construction et de projets industriels ou touristiques, de l'exploitation d'un service public, d'une source d'énergie ou d'une richesse naturelle, de l'exécution de programmes ruraux de mise en valeur ou de la réalisation d'opérations conformes au plan de développement, l'Etat peut faire apport à une personne morale de droit privé soit d'un droit au bail, soit d'un droit de superficie, soit d'un droit de propriété constitué sur son domaine privé immobilier. L'apport est réalisé dans les formes et conditions fixées par une loi s'il concerne la propriété d'un immeuble ou par décret dans les autres cas.

L'apport en nature n'est donc pas possible en toutes circonstances. L'objet social de la société est posé comme critère de validité. Il est cependant possible de s'interroger sur la pertinence du

⁶⁷ Le comité comprend deux représentants de la Présidence de la République, un représentant du Premier Ministre, le Directeur du Budget, le Trésorier général (Directeur du Trésor et de la Comptabilité publique), l'Agent judiciaire de l'Etat, le chef de la cellule de Gestion et du Contrôle du portefeuille de l'Etat, le Président de la Commission de Vérification des Comptes et du Contrôle des entreprises publiques, le Contrôleur financier, un représentant de l'Assemblée nationale, trois personnalités choisies en raison de leurs compétences et de leur expérience dans le secteur parapublic et dans la gestion des entreprises en général ; cf. art. 3 du décret n° 94-862 du 22 août 1994 portant organisation du Comité consultatif du secteur parapublic.

⁶⁸ Les avis du Comité sont rendus à la majorité des voix et tout membre peut demander qu'il soit fait mention de ses observations dans le procès-verbal.

périmètre. Pourquoi une exclusion de l'activité commerciale ? L'intérêt d'une telle interrogation peut trouver ses justificatifs dans le choix opéré. Certaines activités autorisées sont déjà couvertes par la commercialité. Il en est ainsi de l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles qui est un acte de commerce par nature⁶⁹. Pourquoi les « projets industriels » seulement ?

Il ne semble pas contraire aux articles 4 de la loi de 1990 et 51 du Code du domaine de l'Etat d'avoir une seule loi qui autorise la création de la société et l'apport en nature. Reste toutefois à se demander si l'Etat peut faire apport d'un bien meuble.

Appartiennent au domaine privé de l'Etat :

- ✓ les biens et droits mobiliers acquis par l'Etat à titre gratuit ou onéreux selon les modes du droit commun ;
- ✓ les biens et droits mobiliers et immobiliers dont la confiscation est prononcée au profit de l'Etat⁷⁰.

Pour autant, l'article 51 du Code n'en fait aucunement référence. Il ne semble pouvoir être envisagé, aux termes des dispositions de l'article 53 dudit Code, qu'une vente de ces biens. Pourquoi une telle exclusion ?

Pour l'apport en numéraire, l'Etat semble bénéficier de beaucoup plus de marge de manœuvre. Aucune limitation n'est posée par rapport aux sociétés pouvant l'accueillir.

Autorisée, la société nationale se voit appliquer les règles de l'AUDSCGIE concernant la constitution des sociétés commerciales. Sur ce point, elle se trouve confrontée, comme toutes les autres sociétés, à l'absence de coordination législative relativement à l'apport en nature.

Les fonds provenant de la souscription des actions de numéraire sont déposés par les personnes qui les ont reçus pour le compte de la société en formation, soit chez un notaire, soit dans un établissement de crédit ou de microfinance dûment agréé domicilié dans l'Etat partie du siège de la société en formation, sur un compte spécial ouvert au nom de cette société⁷¹. L'Acte uniforme sur les sociétés permet ainsi de contourner l'absence de personnalité morale. Ce qui n'est pas le cas par rapport à l'apport en nature.

⁶⁹ Art. 3 AUDCG.

⁷⁰ Art. 21 du Code du domaine de l'Etat.

⁷¹ Art. 393 AUSCGIE.

Aux termes de l'article 45 AUSCGIE, les apports en nature doivent être libérés intégralement au moment de la constitution de la société. Si la libération renvoie au transfert des droits⁷², la constitution de la société est une période qui débute dès les premières opérations ou l'accomplissement des premiers actes effectués en vue de la constitution de la société. Elle prend fin dès que les statuts ont été signés par tous les associés ou l'associé unique ou, le cas échéant, ont été adoptés par l'assemblée générale constitutive⁷³. Elle précède alors l'immatriculation de la société⁷⁴. De là, la particularité du système foncier sénégalais interroge sur le possible respect de l'article 45 AUSCGIE.

En droit sénégalais, le transfert d'un droit réel immobilier s'effectue par l'inscription au livre foncier du nom du nouveau titulaire du droit⁷⁵. Or, au moment de la constitution, la société n'ayant pas encore la personnalité juridique⁷⁶, toute demande de mutation en son nom devra être rejetée par les services de la conservation de la propriété foncière. Seules les personnes qui ont la personnalité juridique peuvent être des acteurs du commerce⁷⁷. Et les exceptions à un tel principe sont limitativement énumérées. C'est le cas de l'enfant conçu⁷⁸, de la société commerciale pour l'ouverture d'un compte en son nom, mais aussi pour la publicité dans le cadre de l'apport d'un bien ou d'un droit soumis à publicité pour son opposabilité aux tiers⁷⁹. Cette dernière possibilité ne saurait résoudre le problème du transfert des droits réels immobiliers. En disposant que « l'apport d'un bien ou d'un droit soumis à publicité pour son opposabilité aux tiers peut être publié avant l'immatriculation de la société », l'article 48 AUSCGIE fait allusion à la prénotation⁸⁰, mais pas à la création de droits réels. Il nous semble traduire une influence malheureuse du droit français. Aux termes de l'article 1843-1 du Code civil, « l'apport d'un bien ou d'un droit soumis à publicité pour son opposabilité aux tiers peut

⁷² Lexique des termes juridiques, Dalloz, 20^e éd., 2013, « Libération d'actions et de parts sociales », p. 550 : la libération des apports consiste pour les associés ou actionnaires à effectuer le « versement de la somme d'argent ou remise des biens représentant la valeur nominale de l'action (ou part sociale) souscrite » ; aussi art. 45 AUSCGIE.

⁷³ Cf. art. 101 AUSCGIE : la société est en formation lorsqu'elle n'est pas encore constituée (art. 100 AUSCGIE). Toute société est constituée à compter de la signature de ses statuts ou, le cas échéant, de leur adoption par l'Assemblée générale constitutive. Avant son immatriculation, l'existence de la société n'est pas opposable aux tiers. Néanmoins, ceux-ci peuvent s'en prévaloir.

⁷⁴ cf. art. 105 AUSCGIE.

⁷⁵ C. A. W. NDIAYE, Droit sénégalais des contrats immobiliers, L'Harmattan, 2020, p. 124.

⁷⁶ Aux termes de l'article 98 AUSCGIE, toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au Registre du commerce et du crédit-mobilier.

⁷⁷ Art. 48 de la loi 2011 portant régime de la propriété foncière. Les actes dressés pour la constatation d'une convention doivent contenir, en autres, les actes constitutifs pour les sociétés et autres institutions jouissant de la personnalité civile.

⁷⁸ Art. 1^{er} CF.

⁷⁹ ART. 48 AUSCGIE.

⁸⁰ La pré-notation est une mention portée sur le titre foncier pour la conservation provisoire d'un droit prétendu sur un immeuble immatriculé. C'est une mention sommaire préventive ouverte à toute demande tendant à obtenir la modification ou l'annulation d'une inscription. Art. 72 de la loi 2011 portant régime de la propriété foncière.

être publié dès avant l'immatriculation et sous la condition que celle-ci intervienne ». Cette dérogation apportée par le droit français est compréhensible. Contrairement au système foncier sénégalais, système du livre foncier, en France, on a le système de la publicité foncière. Le transfert des droits reste une affaire de la volonté des parties. La publicité n'y est pas constitutive du droit réel, mais permet leur opposabilité.

En l'état actuel du droit foncier sénégalais, le transfert des droits réels à la société ne peut se faire qu'après l'immatriculation de celle-ci. Il ne peut alors se faire sans une violation de l'article 45 al. 2 AUSCGIE⁸¹. L'apport en pleine propriété portant sur des biens immobiliers semble donc « impossible » en droit sénégalais, car l'absence de sa libération intégrale au moment de la constitution doit entraîner une impossibilité d'immatriculation de la société. En effet, les fondateurs et les premiers membres des organes de gestion, d'administration et de direction doivent déposer au Registre du commerce et du crédit mobilier une déclaration dans laquelle ils indiquent toutes les opérations effectuées en vue de constituer régulièrement la société et par laquelle ils attestent que cette constitution a été réalisée en conformité avec l'AUSCGIE. Cette déclaration, dénommée « déclaration de régularité et de conformité », est exigée à peine de rejet de la demande d'immatriculation de la société au Registre du commerce et du crédit mobilier⁸². Le problème ne pourrait-il pas cependant être résolu sur le terrain de la stipulation pour autrui ? L'article 114 du COCC autorise que le bénéficiaire de cette technique soit une personne future.

L'apport en jouissance et en usufruit obéit au même régime juridique. En cas d'apport en jouissance, il y a seulement apport du droit de jouissance du bien (*l'usus*) et l'apporteur est assimilé à un bailleur. En d'autres termes, il est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur⁸³. À ce titre, le contrat devra faire l'objet d'une inscription aux livres fonciers. Aux termes de l'article 47 de la loi de 2011 portant régime de la propriété foncière, tous les baux d'immeubles excédant trois (03) années doivent être passés devant notaire et inscrits au livre foncier.

⁸¹ Le transfert du droit réel sous condition de l'immatriculation de la société ne saurait être retenu. En effet, avec la condition suspensive, il n'y a pas encore de transfert « intégral » du droit comme l'exige l'article 45 al. 2 AUSCGIE. Au cours de la période d'incertitude, c'est-à-dire la période entre la date de conclusion de l'acte et celle de l'immatriculation, tout se passe comme si l'opération n'avait pas été réalisée. L'apporteur reste propriétaire du bien objet du contrat dont il conserve la possession et la jouissance. C'est seulement lorsque la condition se réalise qu'elle a un effet rétroactif et le transfert réputé avoir été parfait dès le jour de sa conclusion.

⁸² Art. 73 AUSCGIE.

⁸³ Art. 47 AUSCGIE.

L'apport en usufruit est l'apport par lequel la société, pour une durée déterminée, a le droit d'utiliser les biens immobiliers apportés (*usus*) et de percevoir les bénéfices qu'ils génèrent (*fructus*)⁸⁴. Il doit aussi faire l'objet d'une inscription. En effet, l'usufruit fait partie des droits réels immobiliers de l'article 19 de la loi de 2011 sur le régime de la propriété foncière. C'est un droit réel de jouissance temporaire qui n'est pas à confondre avec celui du locataire, qui reste titulaire d'un droit personnel de jouissance.

Au même titre que la vente, l'échange ou le partage d'immeuble, l'apport en société d'un droit réel immobilier est soumis à la règle de la déclaration préalable⁸⁵. La réquisition d'inscription de la mutation au livre foncier est accompagnée, obligatoirement, d'une copie de la déclaration, mentionnant le numéro et la date de la décharge⁸⁶.

Légalement constituée, la société nationale n'en demeure pas moins rester surveillée comme du lait sur le feu.

B. Une vie scrutée

La vie de la société nationale est sous les radars. Outre les mesures de contrôle portées par l'AUDSCGIE⁸⁷, la vie de la société nationale est fortement scrutée sur le fondement de règles d'origine interne.

La société nationale, comme les autres entreprises du secteur parapublic, est placée sous la tutelle financière du Ministre chargé des finances et sous la tutelle technique du ministre désigné par décret⁸⁸.

Par ailleurs, l'article 30 de la loi de 1990 a mis en place un Contrôleur financier chargé du suivi des activités et du contrôle permanent de la gestion financière des entreprises du secteur parapublic. Il assure ce contrôle soit par lui-même soit par un contrôleur d'État placé sous son autorité et nommé par lui auprès de chaque entreprise contrôlée. Il veille au respect par l'entreprise de la réglementation qui lui est applicable et en particulier de celle relative aux

⁸⁴ L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance.

⁸⁵ Art. 3 de la loi n° 2013-04 du 8 juillet 2013 abrogeant la loi n° 77-85 du 10 août 1977 soumettant à autorisation préalable certaines transactions immobilières et instituant un régime de déclaration préalable aux transactions portant sur un immeuble ou un droit réel immobilier. La déclaration est déposée auprès de la Direction de l'enregistrement, des domaines et du timbre avant le dépôt de l'acte qui constate la transaction.

⁸⁶ C. A. W. NDIAYE, Droit sénégalais des contrats immobiliers, précité, p. 85.

⁸⁷ On peut, dans ce cadre, citer la présence des commissaires aux comptes, l'expertise de gestion, l'alerte, le contrôle de l'action du directeur général par le Conseil d'administration, etc. ; v. C. A. W. NDIAYE, Droit des sociétés de capitaux, précité.

⁸⁸ Art. 28 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précité.

marchés, à la réforme, à la vente du matériel et des matières en stock, aux conditions de recrutement et de rémunération du personnel y compris les avantages en nature.

Le contrôleur formule un avis motivé sur les programmes d'investissement des entreprises et sur leurs projets de comptes prévisionnels préalablement à leurs présentations au Conseil d'Administration. Il adresse des rapports périodiques sur les activités et sur la situation financière de l'entreprise qu'il contrôle. Ces rapports sont communiqués au Président de la République, au ministre de tutelle, au Président de la Commission de Vérification des Comptes et de Contrôle des Entreprises Publiques, à l'Inspection générale d'État et au Directeur général de l'entreprise.

Le Contrôleur financier ou son représentant a tout pouvoir d'investigation sur pièces et sur place.

Il reçoit communication de tout document ou rapport intéressant la gestion de l'entreprise et copie du procès-verbal des séances, délibérations du Conseil d'Administration et de l'assemblée générale, ainsi que des décisions prises par délégation de ce conseil ou de cette assemblée.

Il assiste avec voix consultative aux séances des organes délibérants. Il présente les observations que les délibérations appellent de sa part.

Lui sont communiqués quinze jours au moins avant la séance du Conseil d'Administration ou de l'assemblée générale où ils doivent être examinés, les dossiers concernant notamment :

- les comptes d'exercice, bilan et inventaires annuels ;
- les emprunts, demandes d'ouverture de crédits et avances ;
- les aliénations, échanges, transactions, constructions d'immeubles ;
- les décisions d'ordre général concernant le personnel de l'entreprise ;
- les projets de modification des statuts, de dissolution anticipée, de fusion ou d'union avec d'autres entreprises ;
- les prises de participation dans d'autres entreprises.

En cas de carence des dirigeants, le Contrôleur financier, après mise en demeure restée sans suite, en fait rapport au Président de la République à qui il peut proposer toutes mesures utiles.

Le Contrôleur financier ou son représentant assure le suivi de l'application des directives présidentielles sur la gestion de l'entreprise, issues des rapports des corps de contrôle et de tout

organisme habilité à cet effet. Il établit à cet effet, dans les six mois qui suivent la notification de ces directives, un rapport faisant le point sur leur application dans l'entreprise.

L'Inspection générale d'État est destinataire des rapports du Contrôleur financier. Elle peut effectuer, à la demande du Président de la République ou d'un ministre de tutelle, toute mission ponctuelle sur le fonctionnement des entreprises visées par la loi de 1990⁸⁹.

En plus de l'activité des commissaires aux comptes, chaque entreprise du secteur parapublic dispose d'un manuel de procédures, dont l'application fait l'objet d'un contrôle permanent par un contrôleur interne. En outre, il y est institué une cellule de contrôle de gestion. Elle est notamment chargée, pour le compte du directeur général :

- de confectionner et de tenir à jour un tableau faisant apparaître, à partir d'indicateurs,
 - l'évolution de l'activité de l'entreprise ;
 - de faire le point régulièrement sur l'exécution du budget et sur la situation de la trésorerie;
- de présenter trimestriellement un rapport sur la gestion de l'entreprise ;
- de suivre en permanence l'évolution des effectifs et de la masse salariale.

Par ailleurs, il y a la Commission de Vérification des Comptes et de Contrôle des Entreprises Publiques compétente pour vérifier les comptes et s'assurer du bon emploi des crédits, fonds et valeurs gérés par les entreprises du secteur parapublic. A cet effet, lesdites entreprises lui communiquent sans retard documents ou pièces justificatives qu'elle juge utiles. La Commission est également compétente pour vérifier les comptes et examiner les conditions de liquidation des entreprises dissoutes.

Une innovation majeure est apportée par la réforme constitutionnelle de 2016⁹⁰. Sur le fondement du nouvel article 81 de la Constitution, « les commissions permanentes de l'Assemblée nationale peuvent entendre les directeurs généraux des établissements publics, des sociétés nationales et des agences d'exécution. Ces auditions et moyens de contrôle sont exercés dans les conditions déterminées par la loi organique portant Règlement intérieur de l'Assemblée nationale ». Le constituant sénégalais renforce ainsi le contrôle de la gestion des sociétés nationales. Cependant, la réforme n'échappe pas à la critique. S'il est vrai que dans les sociétés nationales, l'État est l'actionnaire unique, dans les sociétés anonymes à participation publique majoritaire il est l'actionnaire majoritaire. Pourquoi alors leurs directeurs généraux ne sont-ils

⁸⁹ Art. 34 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990, précité.

⁹⁰ Loi constitutionnelle n° 2016-10 du 5 avril 2016 portant révision de la Constitution.

pas soumis au même contrôle ? La société anonyme à participation publique majoritaire reste cependant, au même titre que la société nationale, soumise au contrôle de la Cour des comptes.

La Cour des comptes⁹¹ vérifie les comptes et contrôle la gestion des entreprises du secteur parapublic que sont :

- les établissements publics à caractère industriel et commercial ;
- les sociétés nationales ;
- les sociétés anonymes à participation publique majoritaire.

Elle peut exercer sur ces entités un contrôle des opérations de liquidation, de privatisation ou d'ouverture de capital.

De la même façon, elle peut vérifier les comptes et la gestion de tout organisme dans lequel l'État ou les organismes soumis au contrôle de la Cour détiennent, directement ou indirectement, séparément ou ensemble, une participation au capital social permettant d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.

Lorsque l'importance économique ou l'intérêt stratégique de l'activité, ou le montant de la participation le justifie, la Cour peut, sur saisine du président de la République, effectuer un contrôle sur les sociétés anonymes à participation publique minoritaire.

La Cour contrôle les institutions de sécurité sociale, y compris les organismes de droit privé, qui assurent en tout ou en partie la gestion d'un régime de prévoyance ou de retraite légalement obligatoire.

La Cour a la faculté d'exercer un contrôle de la gestion de tout organisme bénéficiant, sous quelque forme que ce soit, du concours financier ou de l'aide économique :

- de l'État ;
- des organismes soumis à son contrôle ;
- de l'Union économique et monétaire ouest africaine.

Le contrôle non juridictionnel exercé par la Cour des comptes en vertu de l'article 31 de la loi organique sur la Cour des comptes vise à apprécier la qualité de la gestion et à formuler,

⁹¹ Art. 31 de la loi organique n° 2012-23 du 27 décembre 2012 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 99-70 du 17 février 1999 sur la Cour des comptes.

éventuellement, des suggestions sur les moyens susceptibles d'en améliorer les méthodes et d'en accroître l'efficacité et le rendement.

Ce contrôle englobe tous les aspects de la gestion. La Cour apprécie la réalisation des objectifs assignés, l'adéquation des moyens utilisés, les coûts des biens et services produits, les prix pratiqués et les résultats financiers ainsi que l'impact sur l'environnement.

Le contrôle porte également sur la régularité et la sincérité des comptabilités ainsi que sur la matérialité des opérations qui y sont décrites. À cet effet, la Cour s'assure que les systèmes et procédures notamment budgétaires, comptables et informatiques mis en place dans les organismes soumis à son contrôle garantissent la gestion optimale de leurs ressources et leur emploi, la protection de leur patrimoine et l'enregistrement de toutes leurs opérations.

En aucun cas, ce contrôle ne peut permettre une ingérence dans la gestion des entités contrôlées.

Lors d'un contrôle, si la Cour découvre des faits qui relèvent de ses compétences en matière de discipline financière, elle s'en saisit directement en application des dispositions de l'article 69 de la loi organique sur la Cour des comptes⁹².

Les organismes soumis au contrôle doivent tenir à la disposition de la Cour, six (06) mois suivant la clôture de l'exercice et pendant cinq (05) années, leurs budgets, bilans, comptes de résultats et tous les documents comptables et extracomptables ayant permis de les établir.

Les procès-verbaux des conseils d'administration et de surveillance, des comités de direction, des assemblées générales ordinaires ou extraordinaires, les circulaires internes, les rapports d'audit ou d'expertise réalisés ainsi que les rapports des commissaires aux comptes sont tenus, pendant cinq (05) ans, à la disposition de la Cour.

Malgré qu'elle soit une personne morale de droit privé, la société nationale est un sujet du Code des marchés publics⁹³. Le marché public est un contrat écrit, conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, ou à des besoins combinant ces différentes catégories. Ils sont qualifiés de contrat

⁹² Article 69 de la loi organique n° 2012-23 du 27 décembre 2012 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 99-70 du 17 février 1999 sur la Cour des comptes. Lorsque le procureur général se saisit ou est saisi de faits présumés constitutifs de fautes de gestion, il avise le ou les mis en cause par tout moyen approprié.

Lorsque les faits lui paraissent suffisamment établis, le procureur général peut renvoyer directement le ou les mis en cause devant la Chambre de discipline financière.

S'il estime que les faits méritent une instruction, il transmet le dossier par réquisitoire au président de la chambre qui désigne un rapporteur pour y procéder.

⁹³ Art. 2-1 du Code des marchés publics. La règle s'applique aussi aux sociétés anonymes à participation publique majoritaire.

administratif par détermination de la loi à l'exception de ceux passés par les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire qui demeurent des contrats de droit privé⁹⁴.

La personne responsable des marchés est le directeur général, quel qu'en soit le montant⁹⁵. Il lui revient de les approuver⁹⁶. L'avis favorable du conseil d'administration préalable à la signature des marchés, matérialisé par le procès-verbal des délibérations, est requis :

- lorsqu'ils sont passés par une société nationale ou une société anonyme à participation publique majoritaire créée depuis moins de 12 mois ;
- lorsque le représentant légal décide de retenir un candidat autre que celui proposé par la Commission des marchés.

Le contrôle de l'activité de la société nationale est ainsi un creuset où se conjuguent des normes OHADA et sénégalaises en parfaite complémentarité. Le droit sénégalais vient renforcer les mécanismes posés par le droit OHADA. Cependant, cette complémentarité ne saurait cacher l'interrogation possible sur le terrain du droit pénal. En d'autres termes, la violation de certaines dispositions relatives à la gestion peut-elle donner lieu à des poursuites pour détournement de deniers publics en application des dispositions du Code pénal ou faut-il se limiter à l'abus de biens sociaux prévu par l'AUSCGIE ou encore peut-on envisager le cumul ? L'article 152 du Code pénal intègre dans son périmètre, entre autres personnes, le directeur de la société nationale⁹⁷. Ainsi, puisque l'article 891 AUDSCGIE à un domaine déterminé, il n'exclut pas une possibilité d'application du droit sénégalais. On assiste ainsi à un concours réel d'infractions. Ainsi, si elles sont jugées lors de la même instance, il sera fait application de la sanction pénale la plus élevée.

En droit pénal sénégalais, aux termes des dispositions de l'article 5 du Code pénal, « en cas de commission de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte est seule prononcée. Lorsqu'une peine principale fait l'objet d'une remise gracieuse, il y a lieu de tenir compte, pour l'application de la confusion des peines, de la peine résultant de la commutation et non de la peine initialement prononcée ». Ce texte autorise aussi la confusion de peines. En d'autres termes, en

⁹⁴ Art. 4-24 du Code des marchés publics. L'article précise, par ailleurs, qu'ils sont des contrats administratifs à l'exception de ceux passés par les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire qui demeurent des contrats de droit privé.

⁹⁵ Art. 28-e du Code des marchés publics.

⁹⁶ Art. 30 du Code des marchés publics.

⁹⁷ La règle concerne aussi le directeur des sociétés d'économie mixte soumise de plein droit au contrôle de l'Etat et celui d'une personne morale de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique.

présence de deux peines en concours et poursuivies séparément, la plus faible est absorbée par la plus forte, totalement ou partiellement, de sorte qu'elles soient exécutées simultanément, dans la limite de la peine la plus forte.

Il semble ainsi, avec l'article 5 du Code pénal, que seul le droit sénégalais risque d'être appliqué par rapport à la sanction. En effet, alors que l'abus de biens sociaux est sanctionné d'un emprisonnement d'un (01) an à cinq (05) ans et d'une amende de 500 000 FCFA à 5 000 000 FCFA⁹⁸, la personne coupable de détournement de deniers publics encourt un emprisonnement de cinq (05) à dix (10) ans. Cet état de fait peut-il être sanctionné par la CCJA ? Une réponse négative s'impose.

« Saisie par voie de recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats-parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des règlements... à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales »⁹⁹. La haute juridiction est seulement juge du contentieux de la définition des incriminations pénales contenues dans les actes uniformes, car assurant « dans les Etats Parties l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris par son application, des actes uniformes »¹⁰⁰. Ainsi, sur l'application de la peine, elle doit se déclarer incompétente¹⁰¹.

⁹⁸ Art. 35 de loi de 2018 relative à la répression des infractions prévues par les actes uniformes adoptés en application du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

⁹⁹ Art. 14 al. 3 du Traité OHADA.

¹⁰⁰ Art. 14 al. 1 du Traité OHADA.

¹⁰¹ CCJA, arrêt 053/2012 du 07 juin 2012, ETONDE EKOTO Edouard Nathanaël c/ Port Autonome de Douala (P.A.D), juricaf.org ; CCJA, arrêt n° 143 du 14 juil. 2016, Ibrahima Aboukhalil c/ Etat du Sénégal, juricaf.org : « même si une décision soulève des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au Traité tel qu'indiqué à l'article suscitée, elle ne peut ressortir de la compétence de la CCJA dès l'instant où elle applique des sanctions pénales »