

56430

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

**REGLEMENTATION DU CHANGE ET DES PAIEMENTS
INTERNATIONAUX EN DROIT INTERNE BELGE,
FRANCAIS ET ZAIROIS ET DANS LES RELATIONS
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE.**

par

MBOKO VUTALA

(Vol. I)

Thèse de doctorat en Droit
présentée devant la Faculté
de Droit de l'Université
Catholique de Louvain

Le - 1991

Louvain-la-Neuve, 1991

**UNIVERSITE CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVE
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE**

2196
32457
27-3-92

TABLE DES MATIERES

<u>INTRODUCTION</u> - PRESENTATION ET HYPOTHESES DU TRAVAIL.....	3
I - Les problèmes de politique économique posés par les mouvements internationaux de fonds.....	4
a. Paiements internationaux et variation des réserves de change.....	5
b. Paiements internationaux et modifications indésirables de la liquidité interne.....	7
II - Les politiques d'ajustement de la balance des paiements et le contrôle des mouvements des paiements internationaux.....	12
III - Aspects juridiques du contrôle du change et des paiements internationaux et présentation des hypothèses du travail.....	15
IV - Observation préliminaire.....	22
<u>PREMIERE PARTIE</u> : L'originalité juridique de la réglementation du change et des paiements internationaux, en tant que branche du droit public économique.....	26
<u>CHAPITRE I</u> - LE ROLE DE LA LOI ET DU POUVOIR LEGISLATIF DANS L'ELABORATION DU DROIT DU CONTROLE DES CHANGES ET DES PAIEMENTS INTERNATIONAUX.....	29
<u>Section 1 - La distinction entre lois</u> <u>"de pure habilitation" et lois "de cadre"</u> <u>en matière d'attribution de compétence</u> <u>réglementaire</u>	31
§.1 - Les caractères d'une loi ou d'une disposition légale "de cadre".....	32
§.2 - Les caractères d'une loi ou d'une disposition légale "de pure habilitation".....	34
<u>Section 2 - Le droit du contrôle du change</u> <u>et des paiements internationaux, résultat</u> <u>d'un pouvoir discrétionnaire de réglementation</u>	36

II

§.1 - La loi intervient quasi normalement dans la mise en place des dispositions répressives.....	37
§.2 - Les normes du contrôle des changes proprement dites, oeuvre d'un pouvoir réglementaire autonome.....	44
a - L'indétermination légale quant au contenu et à l'opportunité de la réglementation.....	44
b - L'indétermination légale quant aux finalités de la réglementation à mettre en oeuvre.....	50
<u>Section 3 - Le droit du contrôle des changes, oeuvre d'administrations spécialisées.....</u>	<u>57</u>
§.1 - Les procédés de dévolution de la compétence réglementaire aux administrations du contrôle des changes.....	59
a - En droit belge et français du contrôle des changes.....	59
b - En droit zaïrois du contrôle des changes.....	63
§.2 - Les contrôles administratifs sur l'exercice de la compétence réglementaire par les administrations du contrôle des changes.....	70
§.3 - Le problème de la régularité juridique de l'attribution d'un pouvoir réglementaire autonome aux administrations spécialisées.....	73
a - La régularité de l'habilitation légale.....	73
b - La régularité de la délégation de compétence.....	81
 <u>CHAPITRE II - L'ORIGINALITE DU PROCESSUS DE NORMALISATION EN DROIT DU CONTROLE DES CHANGES ET DES PAIEMENTS INTERNATIONAUX.....</u>	 <u>86</u>
<u>Section 1 - Analyse du processus de normalisation réglementaire en droit du contrôle des changes</u>	<u>86</u>
§.1 - Les formes de réglementation classiques prévues par la loi.....	86
§.2 - La réglementation par voie d'instructions et autres actes d'administration interne.....	89

III

§.3 - La réglementation par voie d'autorisations administratives de change.....	93
a - La réglementation par la voie d'autorisations de change générales ou particulières.....	93
b - La réglementation par la voie d'autorisations de change conditionnées.....	97
§.4 - L'atténuation du principe de la hiérarchisation des normes.....	105
<u>Section 2 - Les problèmes de légalité soulevés par le "processus de réglementation par voie administrative".....</u>	108
§.1 - Le "processus de réglementation par voie administrative et le principe de la publicité des lois et des règlements".....	109
§.2 - Le "processus de "réglementation par voie administrative" et le principe d'égalité devant la loi".....	112
<u>CHAPITRE III - LE REGIME JURIDIQUE DE L'AUTORISATION INDIVIDUELLE DE CHANGE.....</u>	116
<u>Section 1 - Fondement de l'autorisation administrative individuelle de change.....</u>	116
§.1 - Le contrôle administratif de change, un contrôle de pure opportunité.....	117
§.2 - La décision d'autorisation individuelle de change, acte de compétence discrétionnaire.....	117
<u>Section 2 - Le domaine d'application de l'autorisation individuelle de change.....</u>	120
§1 - Le rattachement de l'obligation d'autorisation préalable de change en cas de pluralité de réglementations.....	121
§.2 - L'élément d'extranéité dans la définition du domaine d'application du contrôle des changes.....	125
a - Un critère territorial.....	125
b - Le critère monétaire	132

§.3 - Les caractères socio-économiques du secteur des relations financières avec l'étranger et leurs implications juridiques.....	133
<u>Section 3 - Les aspects procéduraux de l'autorisation individuelle de change.....</u>	135
§.1 - L'introduction des demandes.....	135
§.2 - L'instruction des demandes.....	137
§.3 - La décision d'autorisation.....	141
a - Les conditions formelles de la décision....	141
b - Les modalités juridiques des conditions liées aux autorisations individuelles de change.....	143
<u>Section 4 - Les effets juridiques individuels de la décision d'autorisation individuelle de change.....</u>	146
§.1 - Les éléments de stabilité de la décision d'autorisation individuelle de change.....	147
§.2 - Les éléments de précarité.....	150
<u>Section 5 - Les effets de droit civil du défaut ou du refus d'autorisation de change.....</u>	156
§.1 - La sanction du défaut de l'autorisation préalable de change quant à la validité du rapport contractuel sous-jacent.....	156
a.- Les arguments du débat.....	161
b. Arguments pour la nullité.....	164
§.2 - La condition civile des parties engagées dans le lien contractuel avant l'intervention de la décision d'autorisation.....	165
a - La nature juridique de l'accord des volontés des parties avant l'octroi de l'autorisation.....	166
b. La responsabilité civile des parties contractantes durant la période d'attente de la décision d'autorisation.....	172

§.3 - La condition juridique des parties contractantes après le refus de l'autorisation.....	174
a - L'incidence du refus de l'autorisation de change sur la libération des parties contractantes.....	174
b.- La sanction des manoeuvres dolosives des parties.....	175

CHAPITRE IV - LES DIFFICULTES D'AMELIORATION DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS DES ADMINISTRES EN DROIT DU CONTROLE DES CHANGES ET DES PAIEMENTS EXTERIEURS.....	181
--	------------

<u>Section 1 - Quelques autres domaines d'interventionnisme économique où des pouvoirs discrétionnaires de réglementation et de décision sont reconnus à des autorités administratives.....</u>	<u>182</u>
---	------------

§.1 - L'encadrement juridique des interventions de politique monétaire interne.....	182
---	-----

a - L'encadrement juridique des actions de politique monétaire interne en droit belge et Zaïrois.....	182
---	-----

b - L'encadrement juridique de la politique du taux de change en droit belge, français et zaïrois.....	188
--	-----

§.2 - La réglementation des opérations du contrôle du commerce extérieur en droit belge et français.....	204
--	-----

§.3 - La réglementation bancaire et des appels à l'épargne publique en droit belge et zaïrois.....	206
--	-----

<u>Section 2 - L'inefficacité du contrôle juridictionnel et les difficultés d'amélioration dans ces domaines d'intervention.....</u>	<u>212</u>
--	------------

§.1 - L'inefficacité tenant aux possibilités d'accès des administrés au juge.....	212
---	-----

a - Les causes d'ordre juridique.....	212
---------------------------------------	-----

b - Les causes d'ordre sociologique.....	215
--	-----

VI

§.2 - L'inefficacité technique du contrôle juridictionnel et les difficultés d'amélioration.....	216
--	-----

a - L'inefficacité technique du contrôle juridictionnel.....	216
---	-----

b - Les difficultés d'amélioration.....	220
---	-----

<u>Section 3 - Une redéfinition des règles de la procédure administrative de prise des décisions, seul moyen d'améliorer la protection des droits des administrés.....</u>	222
--	-----

§.1 - L'intervention obligatoire de l'administré dans le processus de prise de décision.....	223
---	-----

§.2 - L'élargissement du domaine de l'obligation de motivation et de publicité des décisions administratives individuelles.....	225
---	-----

a - L'institution d'une obligation générale de motiver les décisions individuelles négatives.....	225
---	-----

b - L'élargissement de la formalité de publicité des décisions administratives individuelles.....	226
---	-----

§.3 - L'institutionnalisation d'un "rapport-exposé de la doctrine d'action".....	227
---	-----

<u>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....</u>	231
--	-----

DEUXIEME PARTIE

L'EFFICACITE JURIDIQUE INTERNATIONALE DE LA REGLEMENTATION DES CHANGES ET DES PAIEMENTS INTERNATIONAUX , EN TANT QU'INSTRUMENT DE GESTION D'UNE PENURIE DE RESERVES DE CHANGE DANS LES P.V.D.....	23
--	----

CHAPITRE V

LE CONTROLE DU CHANGE ET DES PAIEMENTS INTERNATIONAUX INSTRUMENT DE GESTION D'UNE PENURIE DE RESERVE DE CHANGE ET DE CONSOLIDATION DES STRUCUTRES ECONOMIQUES DANS LES P.V.D. L'EXEMPLE DE LA REGLEMENTATION ZAIROISE.....	237
--	-----

<u>Section 1 - La réglementation zaïroise du change,</u> <u>instrument de gestion d'une pénurie</u> <u>de réserve de change.....</u>	237
§.1 Le régime de contrôle des mouvements autonomes des capitaux, dans la réglementation zaïroise du change.....	241
§.2 Le régime de contrôle des paiements relatifs aux transactions de base.....	242
a. Le régime de contrôle des paiements relatifs aux importations.....	2243
b.- Le régime de contrôle des paiements relatifs aux exportations.....	246
c.- La réglementation des paiements des services liés aux transactions de base.....	248
§.3 L'interdiction des clauses de change dans les contrats internationaux.....	249
<u>Section 2- La réglementation zaïroise du change</u> <u>et des paiements extérieurs, instrument</u> <u>de protection et de consolidation</u> <u>des structures de production nationales.....</u>	252
§.1 Le contrôle du change, instrument de protection des structures économiques nationales.....	253
§.2 L'intégration du contrôle du change dans la politique zaïroise d'encouragement des capitaux d'investissement étrangers.....	254
§.3 Le contrôle du change, instrument de promotion des échanges économiques sous-régionaux.....	257
<u>Section 3 - Les particularités du régime répressif</u> <u>dans la réglementation zaïroise</u> <u>du change.....</u>	260
§.1 La définition de l'infraction de change dans le texte légal zaïrois.....	261
§.2 la volonté d'intimidation de la part du législateur zaïrois.....	263
a.- La sévérité des peines et l'exclusion du concours idéal d'infractions.....	264

b.- La limitation du pouvoir de transaction de la Banque du Zaïre.....	266
---	-----

<u>CHAPITRE VI - L'EFFICACITE EXTRA-TERRITORIALE</u> <u>DU CONTROLE DU CHANGE ET DES PAIEMENTS EXTERIEURS.</u> <u>LES PROBLEMES PARTICULIERS DES REGLEMENTATIONS</u> <u>MISES EN OEUVRE DANS LES P.V.D.....</u>	272
--	-----

<u>Section 1 - L'efficacité extra-territoriale des</u> <u>réglementations du change et des paiements</u> <u>extérieurs en tant que normes des</u> <u>rapports de droit privé.....</u>	274
--	-----

§.1 - L'efficacité extra-territoriale des réglementations du change et l'exception d'ordre public. Les problèmes particuliers des réglementations mises en oeuvre dans les P.V.D.....	275
--	-----

a. La réglementation zaïroise des comptes étrangers et l'exception d'ordre public..	276
--	-----

b. Les dispositions de protection économique contenues dans les réglementations du change mises en oeuvre dans les P.V.D. et L'ARTICLE VIII, section 2, b des statuts du F.M.I.....	281
---	-----

§.2- L'inefficacité pratique des dispositions de protection économique contenues dans les réglementations des changes mises en oeuvre dans les P.V.D. L'exemple de la réglementation zaïroise des clauses de variation de change dans les contrats internationaux.....	283
--	-----

a.- L'inefficacité des interdictions zaïroises dans les contrats internationaux de vente de produits miniers en bourse.....	285
--	-----

b.- L'inefficacité des interdictions zaïroises dans les contrats internationaux de vente directe entre producteurs et utilisateurs de minerais.....	288
--	-----

<u>Section 2 - L'efficacité extra-territoriale des</u> <u>réglementations du change et des paiements</u> <u>extérieurs, en tant que normes de rapports</u> <u>de droit public entre l'Etat et</u> <u>les particuliers.....</u>	290
--	-----

§. 1 - Le principe de la stricte territorialité du droit public. Son fondement.....	291
a. La condamnation du principe de stricte territorialité dans sa première acception.....	292
b. Le fondement du principe de stricte territorialité dans sa seconde acception....	294
§.2- Les conséquences du principe de stricte territorialité des rapports de droit public fondés sur le contrôle des changes.....	302

<u>CHAPITRE VII - POUR UNE POLITIQUE JURIDIQUE D'ACCUEIL DES PRETENTIONS FINANCIERES DE DROIT PUBLIC FONDEES SUR LE CONTROLE DES CHANGES ETRANGER DANS LES RAPPORTS ENTRE PAYS DEVELOPPES ET P.V.D.....</u>	307
---	-----

<u>Section 1 - Quelques arguments en faveur de l'adoption de telles politiques juridiques....</u>	308
---	-----

§.1- La notion d'interdépendance en matière de développement et la relativisation de l'opposition d'intérêts entre pays industrialisés et P.V.D. en matière de récupération d'avoirs illégalement détenus à l'étranger.....	309
§.2- L'idée de solidarité internationale en matière de développement et le problème de la fuite des capitaux des P.V.D.....	317
a.- L'ampleur du problème de la fuite des capitaux des P.V.D.....	317
b. - L'insuffisance des "solutions de politique économique interne".....	320
§.3 - "L'esprit de coopération" de l'Accord de Bretton-Woods entre pays membres du F.M.I. et le principe de l'exécution de bonne foi des obligations internationales.....	322
a. La validité de la référence à "l'esprit de coopération" de l'accord de B.W.....	323
b. La portée de la surveillance exercée par le Fonds sur les réglementations du change mises en oeuvre par les Etats membres.....	325

c. La stabilité monétaire des Etats membres, objectifs de l'Accord de B.W. et du F.M.I.....	331
---	-----

Section 2 - Les éléments d'une politique d'accueil
des prétentions financières de droit public
fondées sur le contrôle des changes étranger... 334

§.1 Les formes juridiques que peuvent revêtir les actions en récupération d'avoirs détenus ou transférés à l'étranger en violation d'un contrôle des changes national.....	335
--	-----

§.2 Les problèmes juridiques posés par ces actions.....	337
--	-----

a. La règle de territorialité de la loi pénale.....	338
--	-----

b. L'exclusion des infractions au contrôle des changes des mécanismes de coopération judiciaire internationale en matière pénale.....	341
--	-----

c. Les difficultés particulières de preuve des infractions de change.....	344
--	-----

Section 3 - La mise en oeuvre des mécanismes de
coopération juridique internationale..... 345

§.1 Les mécanismes de coopération juridique internationale proposés.....	345
---	-----

a.- Les mécanismes de coopération administrative internationale en vue de faciliter l'information sur les transferts illégaux de capitaux.....	348
---	-----

b. Les mécanismes de coopération judiciaire internationale en vue de la récupération d'avoirs illégalement détenus ou transférés à l'étranger.....	350
---	-----

§.2- Les modalités d'instauration des mécanismes de coopération administrative et judiciaire internationale proposés.....	355
---	-----

a. La conclusion d'un accord international entre P.V.D. intéressés et les pays refuges. Les limitations.....	355
--	-----

b. La contrepartie de l'assistance internationale de la part des P.V.D.....	356
<u>CONCLUSION GENERALE</u>	359
<u>ANNEXES</u>	
LES PRINCIPAUX TEXTES LEGAUX ET REGLEMENTAIRES ANALYSES.....	365
<u>Annexe I</u> - Textes légaux et réglementaires belges.....	365
<u>Annexe II</u> - Textes légaux et réglementaires français..	386
<u>Annexe III</u> - Texte de l'ordonnance-loi n° 67/272 du 23 juin 1967 relative aux pouvoirs réglementaires de la Banque du Zaïre en matière de réglementation du change.....	408
<u>Annexe IV</u> - Principales abréviations utilisées.....	415
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	417

INTRODUCTION - PRESENTATION ET HYPOTHESES DU TRAVAIL

Les paiements internationaux constituent des opérations élémentaires, essentielles à l'existence et au fonctionnement des économies contemporaines. Ils sont, en effet, le résultat de rapports économiques ou simplement humains qu'entretiennent inévitablement les agents économiques et les personnes relevant de souverainetés étatiques différentes.

Contrairement aux paiements internes, les paiements internationaux font toujours l'objet d'une surveillance particulière de la part des pouvoirs publics ¹. C'est qu'aucun Etat ne se désintéresse totalement des mouvements monétaires qui entrent ou sortent de son territoire. Ceux-ci mettent en cause des éléments importants de politique monétaire et économique, que les pouvoirs publics n'acceptent pas d'abandonner totalement au libre jeu du marché. Le contrôle des changes est un instrument - parmi bien d'autres - qui est utilisé par ces pouvoirs, afin d'agir sur ces mouvements monétaires internationaux.

Avant d'en arriver à l'exposé de l'objet de notre étude et à l'étude des aspects juridiques du contrôle des changes, il nous paraît nécessaire de faire un bref rappel des quelques notions d'économie monétaire et des

¹ Nous restons volontairement imprécis, pour le moment, en parlant de surveillance. La forme et le contenu de celle-ci seront explicités au fur et à mesure de nos développements.

problèmes de politique économique que peuvent poser les mouvements d'entrée et de sortie de fonds sur le territoire d'un Etat ².

I - Les problèmes de politique économique posés par les mouvements internationaux de fonds

Le document comptable qui enregistre les entrées et sorties de fonds d'un pays est la balance des paiements. Il est dit "en équilibre", "déficitaire" ou "excédentaire", suivant que les mouvements des entrées et des sorties s'équilibrent ou que les sorties excèdent ou sont inférieures aux entrées. Ce qui pose problème, ce sont, évidemment, les déséquilibres et plus particulièrement les déficits persistants.

Ceux-ci posent principalement deux types de problèmes aux autorités monétaires. Ils peuvent, en effet, entraîner, une baisse des réserves de change du pays ou une modification indésirable de la liquidité interne.

² Sur les problèmes d'économie monétaire et de balance des paiements, on peut consulter, notamment: O.C.D.E., les mécanismes d'ajustement des balances des paiements, Paris, OCDE, 1966; O.C.D.E., Mesures commerciales et l'ajustement des balances des paiements. Analyse des mesures et de leurs effets, Paris, 1971; A. de LATTRE et P. BERGER, Monnaie et balance des paiements. Les problèmes des emplois des excédents ou du financement de la balance des paiements, Paris, Armand Colin et Fondation Nat. des Sc. Polit., 1972; Y. MARQUET, les politiques de financement de balance des paiements et les réserves de change, Paris, Economica, 1977; L. H. DUPRIEZ, La monnaie dans l'économie, Paris, Cujas, 1978; J.H. DAVID et BETBEZE J.P., La monnaie et la politique monétaire, Paris, Economica, 2^e éd., 1986; A. SIAENS, Monnaie et finance, Bruxelles, DE Boeck-Université, 1983 (1^{ère} éd.), 1987 (2^{ème} éd.); BEZIADE M., La monnaie et ses mécanismes, Paris, Ed. La Découverte, 1989.

a. Palements internationaux et variation des réserves de change

Les réserves de change sont constituées par l'ensemble des moyens de paiement internationaux dont dispose ou peut directement disposer l'économie nationale pour régler ses transactions avec l'étranger. Dans le système international des paiements actuel, caractérisé par l'utilisation de quelques monnaies nationales comme monnaies de paiement ³, ces réserves jouent un double rôle: elles servent, d'une part, au financement des achats nets du pays à l'étranger - c'est-à-dire, de l'excédent des achats sur les ventes - et d'autre part, à la défense de la monnaie nationale sur les marchés des changes.

L'ensemble des ordres de conversion monétaire consécutifs aux ventes et aux achats à l'étranger se rencontrent sur le marché des changes, de telle sorte qu'un déficit ou un excédent de la balance des paiements se traduit par une offre ou une demande résiduelle de monnaie nationale. En l'absence d'intervention des autorités monétaires, un déficit persistant entraîne normalement une dégradation du cours de change de la monnaie nationale - pouvant aller, à long terme, jusqu'à la dévaluation -, ou alors une réduction des paiements envers l'étranger. L'intervention des autorités monétaires sur ce marché consistera à la vente des devises, afin soit de maintenir un certain niveau d'approvisionnement du pays, soit d'assurer la défense de cours de change de la monnaie nationale

³ V., notamment: B. SCHMITT, Les pays au régime du FMI. Le vice caché du système actuel des paiements internationaux, Castella, Albeuve, 1984.

contre les devises étrangères jugés adéquats pour la poursuite des relations financières avec l'étranger ^{4 5}.

D'où l'importance pour les autorités monétaires de surveiller et, éventuellement, d'agir sur les mouvements internationaux des paiements, afin de pouvoir s'assurer un niveau de réserves de change suffisant et la sécurité des paiements extérieurs du pays. Deux méthodes ont, essentiellement, été élaborées par les économistes afin d'évaluer le niveau de demande de réserves de change. Une première, partant de l'observation de la pratique d'intervention de chaque banque centrale,

⁴ Sur ce point, Cf. notamment: Cl. P. BROSSOLETTE, les réserves de change et la position monétaire extérieure, in A. DE LATTRE et P. BERGER, Monnaie et balance des paiements..., op. cit.; Y. MARQUET, op. cit.

⁵ Quel que soit le régime de change, aucune banque centrale ne se désintéresse totalement du taux de change de sa monnaie. Celui-ci possède, tout d'abord, une valeur politique: son bon ou son mauvais comportement est perçu et présenté presque toujours comme un indice de réussite ou d'échec de la politique économique et monétaire menée par les autorités politiques. Mais, il constitue, surtout, une composante importante du coût des échanges économiques du pays avec l'étranger et un élément important de la compétitivité des produits nationaux sur les marchés extérieurs. Il s'agit, donc, d'un paramètre de politique économique important que les autorités n'entendent pas complètement abandonner au libre jeu des règles du marché. Cf. notamment: B.N.B., Politique de change. Choix et implications, in Bull. de la B.N.B., n° 4, avril, 1978, 3-68. Enfin, la politique de change fait, dans certains pays, l'objet d'accords internationaux de coopération monétaire (ex.: les pays participant au Système Monétaire Européen).

construit des "courbes de demande en liquidités internationales" ⁶, celles-ci fournissant des indications sur le niveau des réserves de change dont pourraient avoir besoin chaque économie nationale et l'ensemble de l'économie mondiale. La méthode est, cependant, critiquée par d'autres qui lui reprochent de ne pas faire la distinction entre, d'une part, la demande et, d'autre part, le besoin de réserves. Pour évaluer ce dernier, il ne suffit pas, d'après une seconde méthode, d'observer le comportement des banques centrales. Il faut prendre en considération non seulement la demande de réserves mais également les conséquences que comporte le manque ou l'insuffisance de celles-ci ainsi que les probabilités qu'une telle situation se produise, c'est-à-dire, en bref, prendre en considération les structures économiques de différents pays: leur place dans la production mondiale (ex: leur plus ou moins grande spécialisation), leur endettement extérieur, etc... ⁷

b. Paiements internationaux et modifications indésirables de la liquidité interne

Les déséquilibres persistants de la balance des paiements posent aux autorités monétaires un autre type de problèmes, à savoir: une

⁶ Pour une présentation, Cf. notamment: B. COHEN, International reserves and liquidity, in P. KENEN, International trade and finance: frontier for research, New York, 1975, 411 et sv.; H. GRUBEL, The demand for international reserves: a critical view of literature, in Journal of Economic Literature, Vol.9, 1971, 1141 et sv.; J. WILLIAMSON, International liquidity: a survey, in Economic Journal, Vol. 63, 1973, 685.

⁷ V. notamment: J. FRIEDEN, Le Tiers-Monde entre la dépendance et l'indépendance monétaire. Réflexions sur les paiements internationaux, le transfert de ressources et les conditions extérieures du développement, Fribourg, Ed. Univ., 1983, 88-90.

modification indésirable de la liquidité interne qui viennent contrecarrer les effets de politiques économique ou monétaire menées sur le plan interne.

Cette modification s'opère suivant des mécanismes économiques que l'on peut résumer comme suit:

1° toute entrée ou sortie nette de devises entraîne une modification de la liquidité bancaire;

2° cette modification peut - l'effet n'étant pas, cependant, automatique ⁸ - donner lieu à une augmentation ou une contraction de la liquidité générale de l'économie, effets indésirables lorsqu'ils viennent gêner les effets de politiques monétaire ou économique internes.

La notion de "liquidité" désigne les "avoirs qui ont une valeur nominale certaine et qui, soit représentent des créances à vue directement utilisables sur les marchés des biens et services (monnaie), soit sont transformables en celles-ci sans délai notable, sans perte ou avec un risque de perte négligeable en capital (si cette conversion se fait sans diminution de pouvoir d'achat des agents économiques)"⁹. On entend, par conséquent, par "liquidité de l'économie", l'ensemble des liquidités détenues par les agents économiques internes, à l'exclusion des institutions monétaires. Celle-ci se mesure, dans la pratique, à l'ensemble de la masse monétaire en circulation dans le pays, à l'exclusion de celle détenue par les institutions monétaires. Cette masse a trois origines, dites "contreparties monétaires" à savoir: les créances de

⁸ V. notamment: A. SIAENS, op. cit. 153 et sv.; J.H. DAVID, La monnaie et la politique monétaire, Paris, Economica, 1983, 110 et sv.

⁹ COMMISSION DES C.E., Comité monétaire, La politique dans monétaire les pays de la C.E.E. Institutions et instruments, Office des Publications des C.E., Luxembourg, Bruxelles 1972, 18.

l'économie sur le Trésor public, sur les agents économiques et sur l'étranger.

Dans le cadre de leur activité d'intermédiaires financiers, les banques achètent, vendent, prêtent des devises pour les besoins des paiements internationaux des agents économiques résidents et non-résidents. Aussi longtemps que ces opérations trouvent leur contrepartie sur le marché des changes, le niveau des dépôts bancaires ne subit aucune modification, tout accroissement résultant d'une vente de devises étant compensé par une diminution du même montant résultant d'un achat. Seule l'apparition d'une offre ou d'une demande nette de devises, époncée par une intervention de l'autorité monétaire centrale - la banque centrale - augmente ou diminue ces dépôts, car une telle intervention provoque une création ou une destruction de monnaie centrale. Les banques secondaires, devenues ainsi plus ou moins liquides sont en mesure d'augmenter ou, au contraire, contraintes de diminuer les crédits octroyés aux agents économiques, au trésor public ou aux non-résidents. Si elles agissent de la sorte, il y aura alors accroissement ou diminution de la liquidité interne.

Aux entrées ou aux sorties massives nettes de devises peuvent également être liés des phénomènes d'inflation ou de récession importée¹⁰.

Mais, la création ou la destruction monétaire en contrepartie d'entrées ou de sorties nettes de devises n'entraîne pas nécessairement l'augmentation ou la diminution de la liquidité interne. Diverses études d'économie monétaire ont, en effet, montré la possibilité de phénomènes

¹⁰ Sur le problème de l'inflation importée, Cf. notamment: J. DERRON, L'inflation importée. Théories et essai d'application au cas de la Suisse, Fribourg, Fac. de droit et des sciences économiques et sociales, 1981.

de "compensation" entre les différentes contreparties monétaires ¹¹. Cette compensation constitue un mécanisme d'adaptation automatique de l'offre à l'encaisse de monnaie désirée. Elle augmente ou diminue le débit d'une source de liquidité, lorsque une autre se tarit ou augmente et réciproquement ¹².

Nous pouvons, donc, donner un exemple -théorique, bien sûr - de compensation de politiques budgétaire et monétaire internes par le biais du flux des devises.

1 - Les possibilités de compensation d'une politique budgétaire

Dans le cas d'une politique budgétaire expansionniste - politique de déficit budgétaire, par exemple : l'objectif des autorités monétaires est

¹¹ P. BERGER, Rapports entre l'évolution de la balance des paiements et l'évolution de la liquidité interne, in A. DE LATTRE, et P. BERGER, Monnaie et balance des paiements..., op. cit., 88-110; Id., Interdépendance entre mouvements de devises et variations des crédits bancaires, in Banque, 1970, 965 et sv.

¹² En réalité, cette compensation n'est très souvent que partielle, en ce sens que les variations de contreparties inverses provoquées par le secteur bancaire ne sont pas nécessairement équivalentes à la modification initiale. Une partie de la compensation s'opère hors du système bancaire par les "faces à faces interentreprises" CF. H. SAINT MARC, Le pouvoir monétaire des entreprises, in Banque, juillet-août, 1975, 693-703.

D'autre part, une variation de la liquidité interne peut se traduire par une variation d'autres éléments tels que les taux d'intérêt, le niveau des prix ou des revenus ou encore le niveau de l'activité économique dans le pays. A. SIAENS, Monnaie et finance, Bruxelles, De Boeck-Université, 2^e éd., 1987.

d'injecter de nouvelles liquidités dans l'économie. Les agents économiques bénéficiant d'un tel excédent des dépenses publiques peuvent utiliser ces recettes supplémentaires pour acquérir les devises. Ils peuvent, également, utiliser les recettes nouvelles pour se désendetter à l'étranger, se prémunir contre le risque de change ou spéculer à la baisse de la monnaie nationale.

Dans le cas d'une politique budgétaire restrictive, par contre: l'objectif des autorités monétaires est de prélever des liquidités. Cette ponction peut être compensée par une entrée de devises - ex.: le rapatriement des devises préalablement exportées - en vue de maintenir le niveau des emplois ou simplement de spéculer sur une éventuelle hausse des taux d'intérêt internes.

2 - Les possibilités de compensation d'une politique monétaire

Dans le cas d'une politique monétaire restrictive: la banque centrale désire élever le coût du crédit au moyen de techniques monétaires diverses, dans lesquelles il n'est pas nécessaire d'entrer dans le cadre de ce travail. Le coût interne du crédit monte et dépasse, par exemple, celui de l'endettement en devises. Les banques peuvent alors se tourner vers les marchés monétaires extérieurs, emprunter les devises à l'étranger et les céder à la banque centrale pour se désendetter auprès d'elle.

Dans le cas d'une politique monétaire expansionniste: les banques peuvent adopter une attitude contraire à l'attitude précédente.

Dans tous ces exemples, théoriques, les effets de politique économique recherchés par les autorités nationales auront été contrecarrés, voire annihilés par le canal des paiements internationaux. Il s'agit, par conséquent, d'un phénomène dont les autorités doivent tenir compte, d'autant que les divers éléments qui déterminent les flux monétaires internationaux sont en dehors de leur contrôle - ex.: les

opportunités et les taux de rendement des placements à l'étranger, comparés aux mêmes opportunités internes, le taux d'inflation dans les économies étrangères partenaires économiques, l'attente de dévaluation ou de réévaluation de monnaies étrangères, etc... -.

II - Les politiques d'ajustement de la balance des paiements et le contrôle des mouvements des paiements internationaux

L'action de l'Etat en vue de parer aux déséquilibres de la balance des paiements est une des plus complexes qui soit. Les pouvoirs publics disposent, à cet effet, de l'ensemble des instruments de politique économique et monétaire. Il suffira, dans le cadre de ce travail, de signaler que le choix des mesures de redressement dépend des causes et de la nature des déséquilibres.

Ainsi, les déséquilibres temporaires dus à des facteurs conjoncturels ne nécessiteront, par exemple, que des mesures de financement temporaires ¹³, en attendant que la situation normale se rétablisse. Lorsque, par contre, ces déséquilibres sont durables et d'ordre structurel, ils appellent des mesures dits d'"ajustement" de la balance des paiements. Ces mesures sont principalement de deux sortes. L'on parle de politiques d'"ajustement réel" ou de "compensation externe",, suivant que les mesures prises cherchent à modifier les variables économiques qui sont à l'origine du déséquilibre ou ont, au contraire, simplement pour but de corriger celui-ci sans s'attaquer aux causes économiques sous-

¹³ V. supra, p. 5.

jacentes ¹⁴. Le contrôle du change et des mouvements internationaux des paiements appartient à cette dernière catégorie de mesures.

Sur le plan technique, la réglementation du change désigne "l'ensemble de mesures de type légal, réglementaire ou administratif qui ont pour objet de restreindre les offres ou les demandes de conversion cambiaire" ¹⁵. Dans le cadre de notre étude, qui ne s'intéresse qu'aux aspects juridiques, nous préférons cependant au terme de contrôle du change celui de "contrôle du change et des paiements extérieurs (ou internationaux)", puisque le contrôle des autorités monétaires s'applique aussi bien aux transactions en devises étrangères qui ont lieu sur le territoire national qu'aux véritables paiements internationaux ¹⁶.

Les origines historiques modernes du contrôle des changes et des paiements extérieurs se situent au premier conflit mondial. Les

¹⁴ Les politiques d'ajustement réel, qui sont des politiques qui agissent à long terme, impliquent une discipline monétaire et financière de la part des pouvoirs publics et de la population. Compte tenu de leur coût politique, économique et social, la plupart des gouvernements tentent de les éluder ou de les repousser le plus loin possible, à moins d'y être contraints par les circonstances économiques.

¹⁵ P. PRISSERT, Le marché des changes, Paris, Sirey, 1977, 37-38.

¹⁶ Sur la définition de la notion de paiement international en droit du change, cf. *infra*, Chap. III, p. 125 et *sv*.

Les mesures de contrôle des changes sont dites également mesures de "contrôle direct" des paiements internationaux, par opposition aux mesures de "contrôle indirect" que sont les interventions des autorités monétaires sur le marché des changes, en vue d'influer sur le sens et la quantité des mouvements internationaux de fonds sur le marché des changes.

problèmes d'approvisionnement ainsi que les fuites de capitaux consécutives à la guerre ont largement contribué à son apparition. L'emploi généralisé du contrôle des changes en tant qu'instrument de politique économique date, cependant, de la grande dépression économique et financière mondiale des années 1929-1931¹⁷. Au lendemain du second conflit mondial a été institué le système monétaire international - en vigueur encore jusqu'aujourd'hui - issu des accords de Bretton-Woods de 1944. Parmi les objectifs de ces accords figurait, notamment, la suppression des contrôles du change¹⁸. Toutefois, si les réglementations du change ont été considérablement assouplies et même supprimées dans la plupart des pays riches industrialisés, elles subsistent dans la plupart des P.V.D., dans lesquels le contrôle des changes et des paiements extérieurs est utilisé, non seulement à des fins de protection de

¹⁷ Sur l'historique du contrôle des changes, V. notamment: A. PIATIER, Le contrôle des changes, Institut International de Coopération Intellectuelle, T.1: Rapport Général; T.2 à 4: Rapports nationaux, Paris, 1947; J. HAMEL, A. BERTRAND et R. ROBLOT, Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Paris, Sirey, 1950; P. EINZIG, The history of foreign exchange, 2è éd., London, Mac Millan, 1970; A. NUSSBAUM, Money in the law. National and international, Brooklyn, The Foundation Press Inc, 1950; S.D.N., Rapport sur le contrôle des changes, Genève, 1938.

¹⁸ Cf. l'article I, iv des statuts du F.M.I. issus de Bretton-Woods.

la balance des paiements, mais également à des fins de politique économique beaucoup plus larges ¹⁹.

III - Aspects juridiques du contrôle du change et des paiements internationaux et présentation des hypothèses du travail

Sur le plan de la technique juridique, le contrôle du change et des paiements internationaux emprunte les deux formes juridiques traditionnelles d'interventionnisme économique indirect, à savoir:

- la réglementation, c'est-à-dire, l'imposition d'obligations positives ou négatives (interdictions) aux différents agents économiques par la voie de mesures légales ou réglementaires,

- l'intervention administrative dans les relations juridiques et économiques privées, sous la forme, essentiellement, d'autorisations administratives préalables à la réalisation de multiples opérations individuelles de change et de paiement international ²⁰.

Le contrôle du change et des paiements extérieurs est une branche du droit public économique qui paraît avoir été mieux étudiée par les économistes, en tant qu'instrument de politique économique. En effet,

¹⁹ On relevera en effet, plus loin que le contrôle des changes et des paiements internationaux est, dans ces pays, non seulement un instrument d'équilibre de la balance des paiements, mais un instrument d'orientation du commerce extérieur et de recherche de croissance économique globale (Cf. infra, CHAP. I et V).

²⁰ Sur les formes juridiques d'interventionnisme économique, V. notamment: M. HERBIET, L'intervention de l'Etat dans l'économie en Belgique, in R.I.S.A., 1979, 351-360; Id., Droit administratif de l'économie, op. cit., 22 et sv.; ^{M.A. FLAMME} Droit administratif, T.II, Bruxelles, Bruylant, 1989, 1099 et sv.

les études d'ensemble consacrées à cette institution sont en majorité des études émanant d'économistes. Le seul aspect juridique qui paraît avoir préoccupé les juristes est celui de l'incidence des prescriptions du contrôle des changes sur les rapports contractuels de droit privé²¹. L'on constate l'absence presque complète dans la littérature juridique, de monographies consacrées au droit du change et des paiements internationaux, en tant que branche de droit économique. Et ce, même dans les pays qui ont connu pendant longtemps un système de contrôle des changes et des paiements extérieurs - ex.: en France ou en Belgique.

"La réglementation des changes, écrivait un auteur averti, a mauvaise presse parmi les juristes. C'est une matière extrêmement compliquée et mouvante où le souci de l'efficacité l'emporte sur l'attrait des belles constructions juridiques" ²². On peut, cependant, relever que les caractéristiques soulignées par cet auteur sont communes à l'ensemble du droit économique²³. Elles n'ont pas empêché des investigations juridiques bien plus fournies dans d'autres domaines du droit économique. Il convient, donc, de rechercher ailleurs cette désaffectation des juristes et ce malaise du juge vis-à-vis de cette branche du droit

²¹ La majorité de la littérature juridique que l'on rencontre en droit du contrôle des changes - dont l'abondante doctrine relative à l'article VIII, sect. 2 b. des Statuts du Fonds Monétaire International - est, en effet, consacrée à cette question. Il ne peut être question d'en faire ici récénsion. Celle-ci serait nécessairement incomplète. cf. les références bibliographiques à la fin du travail.

²² J.P. CHAUMETON, note sous Cass. crim. (française, 29 octobre 1979, in J.C.P., 1980, II, 14472.

²³ V. notamment: A. de LAUBADERE et P. DELVOLLE, Droit public économique, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1986, 75; A.JACQUEMIN et G. SCHRANS, Le droit économique, Paris, PUF, 1971, 96; G. FARJAT, Droit économique, Paris, PUF, 1982, 757 et sv.

économique, malaise se traduisant, notamment, par des décisions jurisprudentielles rédigées dans des termes très prudents et, parfois, laconiques qui donnent lieu à diverses interprétations et controverses dans la doctrine .

Notre étude, qui se veut une contribution à l'étude du droit public de l'économie, se propose d'apporter quelques éléments de réponse à ce problème, à partir d'une réflexion juridique globale sur le droit du contrôle des changes et des paiements extérieurs.

Deux idées formeront l'ossature de nos réflexions et constitueront les hypothèses de notre étude.

1 - Plus qu'à la complexité technique, à la mobilité et au caractère réglementaire des normes, il nous paraît que les causes de la désaffectation des juristes et du malaise du juge vis-à-vis du droit du contrôle des changes et des paiements extérieurs doivent être recherchées dans la structure juridique même de la réglementation, et plus spécialement dans le processus de production et le contenu des normes. Le problème de l'incidence de la réglementation du change sur les rapports contractuels privés mis à part, le "droit vivant" du contrôle des changes et des paiements extérieurs n'a pas, jusqu'à présent, fait l'objet d'études juridiques d'ensemble permettant de dégager l'originalité juridique de cette branche du droit public économique et d'expliquer ce malaise du juge et des juristes vis-à-vis de celle-ci.

On essaiera, à partir de l'analyse juridique de trois expériences de réglementation du change et des paiements extérieurs (Belgique, France et Zaïre), de dégager certains éléments de cette originalité.

Le choix de ces trois expériences est, tout d'abord, dû à des nécessités d'ordre pratique. Il s'agit de trois expériences qui nous étaient accessibles, du point de vue de la documentation. En effet - et il s'agit d'une caractéristique de ce droit à laquelle des développements plus importants seront consacrés -, l'essentiel du dispositif normatif en

matière de réglementation du change et de paiements internationaux doit être recherché, non pas dans la loi ou dans des textes réglementaires classiques, mais dans de nombreux textes administratifs à contenu réglementaire, et parfois, des décisions administratives individuelles. Ces derniers ne sont pas, en général, publiés. L'accès à une documentation pertinente nécessite la consultation de nombreux registres administratifs internes aux administrations spécialisées.

Ensuite, l'association d'une expérience de réglementation d'un pays en voie de développement à celles de deux pays développés nous permettra de relever les particularités juridiques éventuelles que peut revêtir la réglementation du change et des paiements extérieurs dans un pays en voie de développement.

2 - Les buts de politique monétaire ou économique poursuivis par le contrôle des changes et des paiements internationaux ne sont pas nécessairement les mêmes, lorsque celui-ci est mis en oeuvre par un pays développé ou un pays en voie de développement. A cette dernière catégorie de pays, le contrôle des mouvements internationaux des devises s'impose généralement, en raison de la pénurie de réserves de change. La réglementation du change et des paiements internationaux est, essentiellement, pour ces pays un instrument de gestion d'une pénurie de réserves de change rares. La rétention ou le rapatriement des moyens de paiement internationaux - désignés sous le terme générique de "devises" étrangères - dans les circuits monétaires et bancaires nationaux, d'une part; la réservation de ceux-ci aux paiements jugés prioritaires par les autorités monétaires, d'autre part, constituent, par conséquent, les deux objectifs majeurs du contrôle des changes et des paiements internationaux dans ces pays, ce qui n'est, généralement, plus le cas dans les pays développés.

Or, de par le caractère transfrontières des opérations et des rapports juridiques - les transferts internationaux de sommes d'argent et de valeurs ainsi que les actes juridiques et matériels sous-jacents - que les réglementations du change et des paiements extérieurs sont appelées à

régir, l'efficacité complète de celles-ci dépend, beaucoup plus que dans d'autres secteurs d'interventionnisme économique de l'Etat, de leur prise en compte dans les ordres juridiques étrangers dans lesquels elles seront très fréquemment invoquées en raison de la localisation à l'étranger, soit des parties à l'opération financière, soit des devises et des biens concernés. Une étude juridique du contrôle des changes doit, par conséquent, à notre sens, nécessairement englober celle des effets ^{extra-}territoriaux des réglementations et décisions administratives mises en oeuvre.

Or, les réglementations du change et des paiements extérieurs font partie de ces lois de droit public économique ou de droit pénal auxquelles les Etats et les juges relevant de ceux-ci refusent, généralement, de reconnaître une efficacité extra-territoriale, en vertu du principe dit de la stricte territorialité des lois de droit public ²⁴. Ce refus se traduit par le rejet presque systématique des prétentions de droit public fondées par les Etats étrangers ou les administrations du change étrangères sur leurs réglementations du change et, notamment, de celles tendant au rapatriement forcé ou à la récupération d'avoirs ou de devises illégalement transférés ou détenus à l'étranger. Ce rejet signifie dans la pratique, le maintien à l'étranger d'avoirs, parfois considérables, illégalement transférés à l'étranger, en violation des règles du contrôle du change d'un autre Etat..

Si ce problème présente peu d'intérêt pour les pays développés, qui ne connaissent généralement pas de problème de pénurie de réserves de change et dans lesquels le contrôle du change et des paiements extérieurs est plus un prolongement de la politique monétaire interne - instrument de contrôle de la liquidité monétaire interne -, il n'en est pas de même de la plupart des pays en voie de développement dans lesquels la rétention

²⁴ La signification et le contenu du principe de territorialité du droit public étranger seront plus longuement développés au chap. VI, infra.

et le rapatriement des devises rares dans le pays constituant, avons-nous dit²⁵, des objectifs importants du contrôle des changes.

Il est, actuellement, admis dans la doctrine du droit international privé qu'aucune règle du droit des gens n'empêche un Etat de donner effet sur son territoire aux dispositions de droit public d'un autre Etat et que la prétendue règle de stricte territorialité du droit public n'a, en réalité, pour fondement que le refus des Etats de coopérer à la mise en oeuvre de politiques législatives ou économiques, en l'absence d'une règle du droit international coutumier ou de lien de solidarité qui leur enjoint une position contraire²⁶. S'agissant des réglementations de change et des paiements internationaux mises en oeuvre dans les P.V.D., ce refus de coopérer aboutit à des résultats difficilement compatibles avec les efforts nationaux et internationaux de mobilisation de ressources financières d'aide au développement.

A la lumière des difficultés juridiques rencontrées par certains pays en voie de développement en matière de récupération par voie judiciaire de fonds illégalement transférés à l'étranger par les anciens dirigeants déchus, nous tenterons de rechercher quels sont les éléments d'une politique juridique qui soit plus accueillante aux prétentions de droit public fondées sur les réglementations du change mises en oeuvre dans les P.V.D. et adaptées aux exigences de solidarité internationale en matière de développement. L'adoption de telles politiques juridiques constituerait, à notre sens, une contribution appréciable aux efforts de mise en place d'un "autre" ordre juridique devant régir les rapports économiques et juridiques entre pays développés et pays en développement.

Notre travail comportera, donc, une importante composante d'étude de droit public économique des trois pays qui ont fait l'objet de

²⁵ V. supra, p. 18.

²⁶ Pour des développements plus longs, V. infra, Chap. VI.

nos investigations, mais également de droit international privé. Le problème de l'efficacité juridique extra-territoriale des réglementations du change mises en oeuvre dans les pays en voie de développement doit, en effet, être examiné dans les deux types de rapports de droit international privé : d'une part les rapports de droit privé entre personnes résidant dans divers Etats, d'autre part, les rapports de droit public entre l'Etat qui met en oeuvre le contrôle du change et les particuliers et dont un des éléments est localisé sur le territoire d'un autre Etat ²⁷ Il convient, , plus particulièrement dans le second type de rapports de rechercher les fondement du principe de territorialité du droit public économique, avant de proposer un régime juridique plus adapté au problème de l'efficacité internationale des règles du contrôle des changes et des paiements extérieurs.

Notre travail sera, par conséquent, divisé en deux parties:

1ère partie:

L'originalité juridique de la réglementation du change et des paiements internationaux; en tant qu'élément du droit public économique.

2ème partie:

L'efficacité juridique internationale de la réglementation du change et des paiements internationaux, en tant qu'instrument de

²⁷ Ces rapports sont, dans la récente doctrine de droit international privé, qualifiés de "rapports juridiques individuels transfrontières". Sur la préférence du qualificatif "transfrontières" à celui d'"international" et la nécessité de centrer la problématique du droit international privé sur la notion de "rapport juridique individuel", voir: F.RIGAUX, Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé, Martinus Nijhoff Publishers, 1989 (tiré à part du Recueil des cours de l'Académie de droit international, t.213, 1989-I), 84-94.

gestion d'une pénurie de réserves de change dans les pays en voie de développement.

IV - Observation préliminaire

Cette étude a commencé en 1983 et devait se terminer aux environs de 1987. Des circonstances indépendantes de notre volonté en ont prolongé la période de préparation. Est, entre-temps, entrée en vigueur au 1er juillet 1990, la directive européenne n° 88/361/CEE du 24 juin 1988 relative à la libération complète des mouvements internationaux de capitaux intra-communautaires²⁸.

En vertu de cette directive; le dispositif légal, réglementaire et administratif du contrôle des changes et des mouvements internationaux de capitaux a connu en Belgique et en France, de profonds bouleversements.

En Belgique, le système du double marché des changes a été supprimé²⁹. Le contrôle des changes déjà très souple en Belgique depuis longtemps a été supprimé, le dispositif administratif de surveillance des paiements internationaux ne servant plus qu'à la récolte de renseignements d'ordre statistique. Le dispositif légal vient d'être revu par loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire (article 36)³⁰: l'I.B.L.C. reste chargé de la surveillance des paiements extérieurs de l'Union

²⁸ J.O.C.E., L. 178 du 7 juillet 1988,5.

²⁹ Décision du Conseil de l'I.B.L.C. du 5 mars 1990, in Mon. B., 20 avril 1990.

³⁰ Mon.B., 25 janvier 1991, 1524 (v. le texte de la loi, en annexe: Annexe I-4, p. 316).

Economique Belgo-luxembourgeoise et de l'exécution du contrôle du change dans le cas où celui-ci serait éventuellement rétabli (article 2, de la nouvelle "Loi relative à l'I.B.L.C.").

Cette nouvelle loi maintient en vigueur les dispositions de l'arrêté - loi et de l'arrêté du *Régent* du 6 octobre 1944³¹. L'article 16 de la loi prévoit, en effet, que l'I.B.L.C. pourra être chargé par le Roi de "toute mission de contrôle des changes, conformément aux dispositions de l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes". Le dispositif légal reste, donc, en vigueur, prêt à servir en cas de besoin.

En France, le décret du 15 janvier 1990 a abrogé et remplacé le décret n° 68-1021 du 24 novembre 1968, texte réglementaire de base du contrôle des changes en France³². Désormais, le régime de contrôle est celui de l'obligation de déclaration des paiements internationaux à des fins statistiques, mais également à des fins fiscales (perception de l'impôt sur les revenus des capitaux investis à l'étranger). La loi n° 89-935 du 29 décembre 1989 portant loi de finances pour 1990 (*J.O.R.F.*, 30 décembre 1989) prévoit, en effet:

- que les personnes qui transfèrent à l'étranger ou en provenance de l'étranger des sommes, titres, et valeurs sans passer par l'intermédiaire d'un organisme financier soumis au contrôle des banques, doivent en faire la déclaration auprès de l'administration des douanes, lorsque les

³¹ A l'exception de l'alinéa 4 de l'article 2 et de l'article 4 de l'arrêté-loi qui ont été abrogés. Ceux-ci concernent respectivement: la publication des règlements de l'I.B.L.C. au *Moniteur*, l'importation, l'exportation et la négociation en Belgique de l'or, en pièces monnayées, lingots ou quelque forme que ce soit.

³² V. l'article 18 du décret n° 90-58 du 15 janvier 1990, in *J.O.R.F.*, 16 janvier 1990 (rectif. 20 janvier).

opérations atteignent ou dépassent une certaine somme (50.000 FF) (art. 98, I de la loi)

- l'interdiction pour tout particulier non commerçant de régler autrement que par chèque, virement ou carte de paiement ou de crédit, tout montant supérieur à 150.000 FF. (art. 107, de la loi)³³.

L'habilitation légale contenue dans la loi de 1966 reste, cependant, en vigueur et permet au gouvernement de rétablir très rapidement le contrôle des changes en cas de besoin.

L'assouplissement des contrôles des mouvements internationaux de capitaux dans ces deux pays ne fait, cependant, pas perdre son intérêt à notre étude.

En effet, l'obligation de libération ne vise, tout d'abord, que les mouvements de capitaux intra-communautaires. A l'égard des mouvements extra-communautaires, les Etats conservent juridiquement leur liberté d'action. D'après la directive communautaire, les Etats membres doivent simplement "s'efforcer" d'atteindre le même degré de libération qu'à l'intérieur de la Communauté ³⁴, mais ils peuvent également choisir d'appliquer des contrôles du change. Il n'est pas prévu de contrôle communautaire spécial sur les mesures ainsi prises par les Etats. Une simple possibilité de concertation entre les Etats membres est

³³ Les faits jadis considérés comme infractions du change sont devenus des infraction fiscales.

³⁴ V. l'article 7 de la directive.

prévue par l'article 7 de la directive ³⁵. D'autre part, la directive prévoit une clause de sauvegarde, permettant aux Etats membres de réintroduire les contrôles et restrictions sur certains mouvements de capitaux intra-communautaires, en cas de menace de perturbations monétaires, mais ceci, sous le contrôle de la Commission ³⁶.

De plus, l'intérêt reste entier, sur le plan de l'étude de la technique juridique d'intervention qui est utilisée par les pouvoirs publics en matière de contrôle des changes. Les dispositifs légaux et réglementaires demeurent en vigueur en droit belge et français.

L'intérêt de l'étude reste, enfin, pour ce qui est des aspects de droit comparé et de droit international privé.

³⁵ La proposition de directive (J.O.C.E, C.26 du 1er février 1988, 12) prévoyait que les Etats devaient informer la Commission de l'état de leur droit à l'égard des mouvements de capitaux extra-communautaires ainsi que des modifications ultérieures éventuelles (art. 1er de la proposition). Ces dispositions n'ont pas été reprises dans le texte qui a été adopté.

³⁶ Article 3 et l'annexe II de la directive.

PREMIERE PARTIE

**L'ORIGINALITE JURIDIQUE DE LA REGLEMENTATION
DU CHANGE ET DES PAIEMENTS INTERNATIONAUX, EN
TANT QUE BRANCHE DU DROIT PUBLIC ECONOMIQUE**

Qualifier le droit du contrôle des changes et des paiements internationaux de droit réglementaire ne suffit pas, à notre sens, à caractériser ce droit au sein de l'ensemble du droit public de l'économie ¹. Il faut pousser l'analyse plus loin que ne le fait la doctrine et s'interroger beaucoup plus profondément sur les places respectives exactes de la loi et du règlement dans le processus de production des normes en droit du change et des paiements extérieurs ainsi que sur l'exercice de la compétence réglementaire en cette matière.

Il résulte d'une telle analyse approfondie un certain nombre de constatation:

1°- le droit du contrôle des changes et des paiements internationaux est non seulement un droit d'origine réglementaire, mais un droit issu d'un "pouvoir discrétionnaire de réglementation". Celui-ci est exercé, sur habilitation du législateur, par des administrations spécialisées, celles qui sont chargées de l'exécution-même de la réglementation et ce pour des besoins de normalisation bien précis;

2°- dans un domaine où les intérêts essentiels de l'Etat sont en jeu et où les impératifs de protection de ces derniers priment les intérêts des particuliers, ces mêmes autorités administratives se voient, également, reconnaître une parcelle de "pouvoir discrétionnaire de décision individuelle", irréductible à tout encadrement normatif.

3° et enfin, en raison de tels pouvoirs discrétionnaires de réglementation et de décision individuelle qui sont et qui doivent être reconnus aux autorités administratives pour l'efficacité de l'intervention des pouvoirs publics en matière de contrôle des changes, les solutions qui sont, généralement, proposées en vue d'améliorer la protection juridictionnelle des droit individuels des administrés demeurent très

¹ Il s'agit, en effet, d'un caractère commun à l'ensemble des branches du droit économique, comme il a déjà été relevé ci-haut (cf. supra, p. 16).

largement inefficaces dans ce domaine comme, d'ailleurs, dans d'autres domaines d'interventionnisme économique où l'on rencontre ces mêmes caractéristiques juridiques.

Afin de démontrer ces affirmations, il convient donc de rechercher beaucoup plus profondément les solutions aux trois questions suivantes, à savoir:

- quelle est la place exacte de la loi et quel est le rôle joué par les administrations spécialisées dans le processus de normalisation en droit du change et des paiements extérieurs (Chapitre I);

- quelles sont les caractéristiques du processus de production des normes à caractère réglementaire dans ce même droit (Chapitre II);

- et, enfin, quels sont les éléments originaux du régime juridique de l'autorisation individuelle de change, en tant que technique d'intervention administrative dans les rapports économiques et juridiques privés en droit du change et des paiements extérieurs ainsi que les difficultés particulières d'amélioration de la protection juridique des droits individuels dans ce domaine (Chapitre II et IV)

CHAPITRE I -
LE ROLE DE LA LOI ET DU POUVOIR LEGISLATIF DANS
L'ELABORATION DU DROIT DU CONTROLE DES CHANGES ET DES
PAIEMENTS INTERNATIONAUX.

La réglementation du change et des paiements internationaux met en cause au moins deux principes fondamentaux des systèmes juridiques d'économie libérale, à savoir le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et celui du droit de propriété individuelle. Elle consiste principalement, en effet, en toute en série d'interdictions ou de limitations à la liberté de contracter ou de commercer, qui peuvent aller jusqu'à la dépossession d'une partie des biens et sommes d'argent appartenant aux particuliers (*).

Or, suivant une acception unanimement admise, ces principes ont, dans les trois pays qui font l'objet de nos investigations, au moins valeur

(*) Cf. des précisions sur ces points dans le document annexe, rédigé après la présentation du présent texte au Comité de lecture et qui est destiné à compléter ce texte principal en introduisant un chapitre préliminaire intitulé: "Objet et contenu de la réglementation du change et des paiements internationaux".

législative et les restrictions ne peuvent leur être apportées que par la loi ou un règlement pris en vertu d'une habilitation légale².

A cet effet, une affirmation que l'on rencontre très souvent dans le discours général relatif au droit économique est que l'activité d'intervention des pouvoirs publics en matière de contrôle des changes se réalise dans le cadre de loi "de cadre".

Cette affirmation est sans doute vraie, si l'on veut signifier par là que c'est la loi qui fixe le "cadre général" de l'action des autorités publiques, mais elle ne renseigne pas sur le rôle exact joué par la loi et le pouvoir législatif dans la formation des règles normatives dans ce domaine. La réalité juridique nous paraît beaucoup plus complexe. De l'analyse des textes législatifs de base du contrôle des changes, il apparaît que les législateurs combinent diverses formes d'intervention législative, la forme la plus employée étant, cependant, celle que nous désignerons, faute d'expression consacrée en doctrine ou en jurisprudence, par la notion de lois ou de dispositions légales "de pure habilitation".

Afin de distinguer ce mode d'intervention législative des autres, un rappel de certaines notions de technique légistique nous paraît indispensable, avant de préciser le rôle de la loi.

² Cf. notamment : M. HERBIET, Droit administratif de l'économie, op. cit., 63 et sv., Id., Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et sa protection par le Conseil d'Etat, in A.P.T., 1987, 177 et sv.; M.A. FLAMME, Législation industrielle ou droit administratif de l'économie T.I. Les principales polices administratives, P.U.B., 4^e éd., 1982-1983, 21 et sv.; A. MANITAKIS, La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français, Bruxelles, Bruylant, 1979, 37 et sv.; A. de LAUBADERE et P. DELVOLVE, Droit public économique, Paris, Dalloz, 4^e éd. 1983, 182 et sv.

Section 1 - La distinction entre lois "de pure habilitation" et lois "de cadre" en matière d'attribution de compétence réglementaire

Légiférer, on le sait, c'est édicter des règles générales et obligatoires. Sur le plan de la technique légistique, on considère que législateur intervient normalement - lois dites "ordinaires" - lorsqu'il prévoit des normes générales, mais suffisamment précises, pour que les organes puissent prendre des mesures d'exécution³.

Exécuter une loi c'est, suivant la formule de la Cour de cassation belge, tirer ~~de~~ celle-ci "les conséquences qui en résultent naturellement d'après ses termes comme selon l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit" ⁴. L'exécution d'une loi peut constituer en la prise de mesures réglementaires dérivées ou des modalités pratiques d'exécution. Mais lorsque le législateur préfère confier - pour des raisons de souplesse ou de rapidité, par exemple - aux autorités subordonnées un pouvoir de normalisation "autonome", c'est-à-dire, le pouvoir de régler initialement une matière ou de prendre des mesures complémentaires à la loi qui ne soient pas de simples mesures d'exécution, diverses formes

³ Cf, notamment: J. DEMBOUR, *Traité de droit administratif*, Liège, 1978, 3^e édition, 35-36; ID, *Institutions de droit public et administratif*, T.I. *Droit Constitutionnel*, notes de cours (mise à jour par P. LEWALLE), P.U. Liège, 1983, 68; J. VELU, *Droit public*, T.1. *Le statut des gouvvernants* (I), Bruxelles, Bruylant, 1986, 572 et 585 et sv.

⁴ Cass., 15 mars, 1965, in *Pas.*, 1965, I, 74.

d'habilitations sont utilisées, dont les plus connues sont, sans doute: les lois "de cadre" et les lois "des pouvoirs spéciaux" ⁵.

Ces deux catégories n'englobent pas, à notre sens, l'ensemble des formes légales d'habilitation. Il convient d'ajouter une autre catégorie que nous appellerons: les lois ou les dispositions légales de "pure habilitation".

§.1 - Les caractères d'une loi ou d'une disposition légale "de cadre"

Suivant une acception très bien assise et acceptée actuellement, une loi "de cadre" est celle qui "arrête, dans les grandes lignes, les principes essentiels pour le règlement d'une matière déterminée, et attribue expressément au Gouvernement le pouvoir d'établir par arrêté royal les règles complémentaires qui doivent permettre la mise en oeuvre de ces principes" ⁶. Les caractéristiques d'une loi de cadre sont donc les suivantes:

1°- la loi "de cadre" a pour objet d'élargir la compétence réglementaire de l'autorité habilitée, en lui permettant de compléter la

⁵ V.J. MASQUELIN, La fonction réglementaire et les pouvoirs spéciaux, in R.J.D.A., n° 1 et 2, 1969, 1-34; Y. LEJEUNE et H. SIMONART, L'article 78 de la Constitution ou la faculté d'étendre le pouvoir réglementaire royal, in Ann. dr. Louvain, n° 4, 1980, 313-386, spéc; 320.

⁶ C.E., Avis du 25 juillet 1980 sur le projet de loi établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés, in Doc. Parl., S., 1979-1980, 508/1, 43; P. De VISSCHER, A propos de la fonction d'interprétation des lois de pouvoirs spéciaux par les cours et tribunaux, note sous Cass. 24 mars 1963, *précitée*, in R.C.J.B., 1964, 5 et sv., spéc. 13.

loi ⁷, dans le cadre des "règles" ou de "principes généraux" établis par le législateur.

Malgré leur généralité, ces "règles" ou ces "principes" qui sont prévus dans la loi ont, tout de même, pour objet d'enserrer l'exercice de la compétence réglementaire transférée dans certaines limites de fond et n'énoncent pas que de simples modalités de forme. Si la compétence réglementaire ainsi transférée va au-delà d'une simple compétence d'exécuter la loi ⁸, il ne s'agit pas, cependant d'une compétence réglementaire initiale, puisqu'elle doit rester dans le cadre des principes de fond définis par le législateur;

2°- les "principes" ou les "règles" essentielles qui sont prévus dans la loi de cadre sont, par définition, tellement généraux qu'ils ne permettent pas de passer directement à la phase d'exécution de la loi. Entre la loi et celle-ci, il faut l'intervention nécessaire d'une autorité réglementaire qui développe et explicite les principes généraux énoncés dans la loi. C'est le texte réglementaire qui prévoit, quant à lui, des règles suffisamment précises permettant l'application effective de la loi.

Ces traits distinguent les lois de cadre de celles que nous appelons lois de "pure habilitation".

⁷ Suivant l'expression de M.J. MASQUELIN, les "lois de délimitation de compétence" sont des lois qui ont pour effet de déplacer les limites du domaine réglementaire du Roi, mais sans ^{les} franchir (J. MASQUELIN, art. cité, 13).

Nous ne nous occuperons pas dans la suite de la catégorie des lois des pouvoirs spéciaux qui attribuent des compétences réservées au pouvoir législatif et qui est, par conséquent, tout à fait distincte de la notion de lois "de pure habilitation", que nous développons ici .

⁸ Ibid.

§.2 - Les caractères d'une loi ou d'une disposition légale "de pure habilitation"

Ces caractères nous paraissent, à l'analyse des textes légaux, les suivants:

1°- En premier lieu, les lois de "pure habilitation" ne sont pas nécessairement attributives d'une compétence réglementaire, c'est-à-dire, d'une compétence d'édiction de normes générales et impersonnelles applicables à l'ensemble des administrés. Elles peuvent être attributives d'une simple compétence d'exécution⁹. Ceci fait qu'il n'existe pas nécessairement entre la loi de pure habilitation et l'application concrète de celle-ci l'intervention indispensable d'un texte réglementaire d'explicitation.

2°- Ce qui caractérise, cependant, une loi ou une disposition légale de "pure habilitation", c'est qu'elle ne prévoit pas de règles ou principes généraux de fond devant guider l'activité future de l'autorité habilitée¹⁰. Le pouvoir réglementaire ainsi transféré est un pouvoir réglementaire

⁹ Tel est, par exemple, le cas de diverses lois créant certaines autorités monétaires en Belgique. Ex.: l'arrêté royal n° 175 du 13 juin 1935 (Mon. B., 14 juin 1935) pour l'Institut de Garantie et de Réescompte ou l'arrêté-loi du 18 mai 1945 (Mon. B., 30 mai 1945) pour le Fonds des Rentes. Ces deux organismes exercent concrètement leurs actions sur base des dispositions de leurs lois organiques. Et il n'y a pas d'arrêtés royaux d'explicitation. Pour l'analyse du caractère de pure habilitation de ces textes, v. infra, Chap. IV, p. 182 et sv.

¹⁰ La détermination de ceux-ci étant, généralement, laissée par le législateur à l'autorité administrative habilitée elle-même, sous le contrôle des autorités gouvernementales de tutelle.

"autonome" - ou encore "initiale"¹¹, en ce sens que le pouvoir réglementaire transféré est celui "d'établir une réglementation entièrement nouvelle et qui n'est ni le développement ni l'application d'une loi"¹².

Il est évident que toute loi d'habilitation quelle qu'elle soit - loi de délimitation de compétences, loi de délégation ou loi de pure habilitation - prévoit au minimum l'objet de l'habilitation. Mais, dans une loi de "pure habilitation", le fond de la réglementation à venir est laissé par le législateur à la *discretion* de l'autorité réglementaire habilitée.

Le fond de la réglementation concerne le contenu des normes, c'est-à-dire, le contenu des obligations imposées aux citoyens ou aux administrés. Doivent être exclues des règles de fond celles qui prévoient de simples modalités d'exercice du pouvoir réglementaire - ex.: la délibération en Conseil des ministres, les avis de consultation préalable, la transmission des textes réglementaires au parlement, etc...-.

La distinction entre lois de cadre et lois de pure habilitation est, certes, dans certains cas difficile à opérer¹³, mais l'on peut constater que d'autres auteurs font implicitement la distinction entre ces deux modes d'intervention législatives. Ainsi, les lois que nous appelons lois de "pure habilitation" correspondent, pour ce qui est les lois transférant des compétences réglementaires, aux lois que M.J. MASQUELIN range dans les deux rubriques suivantes:

¹¹ V. notamment: A. BUTTGENBACH, Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique, Bruxelles, Larcier, 1952, 162-165; Id., Manuel de droit administratif, Bruxelles, Larcier, 1959, 113-115.

¹² Ibid., 113.

¹³ Des exemples dans lesquels cette distinction est difficile à opérer seront donnés infra, p. 49 et 186.

- d'une part, les "lois de délimitation de compétence", par lesquelles le législateur transfère au Roi le pouvoir de prendre des mesures complémentaires à la loi qui vont au-delà de simples mesures d'exécution - c'est-à-dire, prises en vertu de l'article 78 de la constitution belge - en assortissant le plus souvent son exercice à des modalités ou des conditions de forme et de procédure ¹⁴;

- d'autre part, les "lois de délimitation de compétence" par lesquelles le législateur habilite le Roi à régler de manière initiale une matière nouvelle "hors de limites d'une loi de cadre" ¹⁵.

L'analyse du cadre légal du contrôle des changes et des paiements permet de mieux expliciter cette notion de lois "de pure habilitation" et de montrer que le droit du contrôle des changes est, non seulement un droit réglementaire, mais un droit résultant d'un pouvoir réglementaire "autonome" ou, mieux, d'un "pouvoir discrétionnaire de réglementation", suivant l'expression du Professeur M.A. FLAMME ¹⁶.

Section 2 - Le droit du contrôle des changes et des paiements internationaux, résultat d'un pouvoir discrétionnaire de réglementation

Il convient de distinguer deux types de dispositions dans les réglementations du change: d'une part les dispositions pénales; d'autre part, les dispositions de contrôle du change proprement dites. Le degré d'indétermination légale de la compétence réglementaire transférée n'est

¹⁴ J. MASQUELIN, art. cit., 12

¹⁵ Ibid., 13.

¹⁶ M.A. FLAMME, Législation industrielle ou droit administratif de l'économie, op. cit., 225.

pas la même dans les deux cas. Dans les premières, le législateur intervient "presque" normalement, tandis que les secondes constituent, si l'on peut dire, le règne des dispositions légales de "pure habilitation".

§.1 - La loi intervient quasi-normalement dans la mise en place des dispositions répressives

Les dispositions répressives constituent la partie la plus développée dans tous les textes légaux de base du contrôle des changes. Les législateurs règlent, ainsi, normalement et de manière très détaillée, le régime des incriminations, celui des peines et des poursuites ¹⁷.

Il existe, cependant, et ce dans toutes les réglementations du change, un important transfert du pouvoir pénal aux autorités réglementaires. Celui-ci s'opère en cette manière suivant une technique classique en droit pénal économique ¹⁸. En définissant, en effet, l'infraction au contrôle du change comme étant tout manquement aux

17

V . n o t a m m e n t :

- les articles 5 à 9 de l'arrêté-loi du 6 octobre 1944;
- l'article 5 de la loi française du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger et les chapitres Ier, II, III et IV du titre XIV du Code des douanes français;
- les articles 10 à 21 de l'ordonnance-loi zaïroise du 23 juin 1967 sur les pouvoirs réglementaires de la Banque du Zaïre en matière de contrôle du change.

Ces textes sont reproduits en annexe de ce travail. Cf. infra, p. 303

18

La technique d'incrimination par "renvoi externe". V., notamment: M.DELMAS-MARTY, Conception et principes du droit pénal économique et des affaires, y compris la protection du consommateur, Rapport général au XII^e congrès international de droit pénal, in Rev. Internat. de droit pénal, vol 54, 1983, 50-51 .

dispositions légales, mais également aux mesures réglementaires prises en exécution de celles-ci¹⁹, le pouvoir législatif habilite les autorités réglementaires à créer et à définir des incriminations nouvelles au fur et à mesure du développement de la réglementation et des contingences de la répression.

La technique est très utilisée en droit pénal économique.²⁰ Mais, c'est dans la mesure où les dispositions légales d'habilitation utilisées en droit du contrôle des changes sont des dispositions de "pure habilitation" que la régularité juridique de cette technique pose problème au regard du principe de la légalité des délits et des peines, et donc, au regard de l'organisation constitutionnelle des pouvoirs au sein de la plupart des Etats.²¹

Les dispositions légales citées plus haut ne prévoient pas, en effet, de règles de fond - et même de forme - en ce qui concerne l'exercice du pouvoir d'incrimination transféré aux autorités réglementaires. Celles-ci déterminent librement les éléments constitutifs - matériels et intentionnels - des infractions. Il en résulte, ainsi, en droit pénal du change, deux types d'incriminations:

- d'une part, les incriminations d'origine législative:
- d'autre part les incriminations exclusivement d'origine réglementaire, c'est-à-dire d'ordre réglementaire dans leurs aspects légal,

¹⁹ cf. art. 5 de l'arrêté-loi belge; art. 5 de la loi française du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger et l'art. 459 du Code des douanes; art. 10 de l'ordonnance-loi zaïroise du 23 juin 1967.

²⁰ cf. les divers rapports nationaux au XIIe Congrès International de droit pénal, cité plus haut, note 18 .

²¹ Sur la régularité constitutionnelle de telles habilitations en dehors des aspects de droit pénal, cf. infra, p. 73 et sv.

matériel et intentionnel . Celles-ci, définies dans les conditions d'habilitation décrites ci-haut, sont punies des mêmes peines que celles prévues par le législateur lui-même.²²

Ce transfert du pouvoir pénal est d'autant plus critiquable que le législateur autorise les autorités réglementaires habilitées à subdéléguer ce pouvoir à des autorités administratives subordonnées, par des délégations du simple pouvoir réglementaire.

Le débat qui a, actuellement, lieu en droit pénal français du change au sujet de la rétroactivité ou de la non rétroactivité "in mitius" des textes réglementaires du contrôle des changes à la suite du mouvement.

²² Dans la mesure où l'analyse juridique de ces dispositions d'habilitation légale a été jusqu'ici limitée aux aspects formels de l'habilitation, c'est-à-dire, l'habilitation en tant qu'autorisation donnée par la loi à l'intervention des autorités réglementaires, la légalité d'une telle technique d'incrimination n'a jamais été censurée. Ainsi, dans un arrêt récent, la Cour de Cassation française a déclaré que: "l'article 459 du Code des douanes étant une disposition législative, l'application des sanctions qu'il édicte à tout manquement dont la détermination relève du pouvoir réglementaire est conforme tant au principe de la légalité des délits et des peines qu'aux prescriptions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales" (Cass. crim., 13 nov. 1989, Bull. crim., n°88-80.801).

L'arrêt n'a répondu que partiellement au pourvoi. Il était, en effet, soutenu que " la technique d'incrimination propre à l'art.459 du code des douanes viole le principe de la légalité des délits et des peines... en tant qu'elle laisse aux autorités administratives de fixer le contenu de l'infraction sans contrôle législatif sur les faits constitutifs, qu'il suit de là que les manquements incriminés... ne ressortent pas de la loi pénale proprement dite et ne peuvent légalement être sanctionnés par une peine de nature pénale..."

d'assouplissement du contrôle ~~et du~~ régime répressif montre l'importance du pouvoir pénal transféré en raison du caractère de "pure habilitation" des dispositions légales pénales dont il est question ici (art.5 de la loi française du 28 déc. 1966 relative aux relations financières avec l'étranger et l'art. 459 du Code des douanes, applicable également aux infractions de change).

Confirmant sa jurisprudence antérieure ²³, la Cour de Cassation française vient encore dans un arrêt récent de rejeter la rétroactivité des textes réglementaires plus doux en déclarant dans des termes qui ressemblent à ceux d'un arrêt de principe, que: "lorsqu'une disposition législative support légal d'une incrimination demeure en vigueur, l'abrogation des textes réglementaires pris pour son application n'a pas d'effet rétroactif".²⁴ Cette position fait l'objet de vives critiques tant en doctrine²⁵ que par les cours et tribunaux inférieurs.²⁶ Deux arguments sont avancés contre la construction de la haute Cour:

²³ Cf. notamment: Cass.crim., 10 nov. 1970, Von Saldern; 3 janvier 1983, Baleztena; 12 novembre 1986, Brégent; 23 janvier 1989; 30 janvier 1989; 10 mai 1989, 13 nov. 1989 et 22 janvier 1990; in Bull. Crim., 1970, n°293; 1983, n°1 et n° 334; 1986, n°33, 1989, n°24, n°33, n°187, n°88-80-801; n°89-81009.

²⁴ Cass. Crim., 7 juin 1990, Claude Delfolies, Gaz. Pal., 16-18 sept. 1990, 20 et sv, note D. BAYET.

²⁵ V. notamment J.P. MARCHI et J.PANNIER, Contrôle des changes; la Cour d'Appel de Paris tourne la page, in Gaz.Pal., 17-18 octobre 1990, 20-23; Id., Contrôle des changes: la Cour d'Appel persiste et signe, in Gaz.Pal., 13-14 mars 1991, 2-4; M.MASSE, Infractions contre l'ordre financier, in Rev. Sc. crim. et de droit pénal, 1989, 125-130, spéc. 129-130, J. BEAUME, in id., 1991, 89-102. J.PANNIER, L'influence de la loi de finances pour 1990 sur le contentieux des changes, in Gaz Pal., 1990, I, doct., 176.

²⁶ V. p. suivante.

- un argument de droit interne, d'une part, à savoir: la contradiction avec la position de la Cour Constitutionnelle qui a affirmé le caractère constitutionnel du principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces ²⁷;

- une approche de droit international, d'autre part: la contradiction avec la directive européenne du 24 juin 1988 relative à la libre circulation des mouvements internationaux des capitaux ainsi qu'avec l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de New York du 19 décembre 1966 (entré en vigueur en France, le 4 février 1981).

L'on peut, cependant constater un certain malaise de la critique dans l'approche de droit interne, faute de pouvoir déterminer de manière indubitable l'existence en droit interne français du principe de la rétroactivité in mitius des textes réglementaires et de justifier plus fondamentalement l'abandon de la position de la construction juridique

²⁶ cf: Cour d'Appel de Paris, 13 juillet 1990 (3 arrêts: arrêts Duchez, Poulain, et Lecquyer) et 5 décembre 1990 (arrêt A. Lesieutre). Ces arrêts sont commentés dans les deux articles de J.P. MARCHI ET J. PANNIER cités ci-haut; Cour d'Appel de Reims, ch. corr., 7 décembre 1990, Gilbert Passeport, in Gaz Pal, 20-21 mars 1991, 26-30, note J. PANNIER; Trib. Corr. Strasbourg, 19 octobre 1990, in Gaz.Pal, 13-15 janvier 1991, 16.

²⁷ cf notamment: Décision des 19 et 20 janvier 1981 relative à la loi Sécurité et Liberté du 2 février 1981, D.S., 1981, 441, note Dekeuwer; J.C.P., 1981, II, 1970, note FRANK

avancée par la haute Cour. Ce qui pousse la critique à insister plutôt sur l'approche de droit international ~~dans~~ laquelle elle est plus à l'aise.²⁸

Comme le propose M.MASSE ²⁹, l'analyse de la haute Cour française nous paraît devoir être plutôt affinée que purement et simplement rejetée. A cet effet, la notion de disposition légale de "pure habilitation" nous paraît pouvoir être efficacement utilisée.

M.MASSE s'interrogeait, notamment, sur la signification exacte des notions de "support effectif et nécessaire aux poursuites" ou de "support

²⁸ Ainsi, pour certains auteurs, la décision de la Cour Constitutionnelle des 19 et 20 janvier 1981 ne concernerait que la rétroactivité "in mitius" des lois pénales plus douces. R.MERLE et A.VITU, Traité de droit Criminel. T.I Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, 6^e éd., Paris, Cujas, 1988, 347-348. D'autre part, comme le font remarquer M.J.P. MARCHI et J. PANNIER, la Cour de Cassation n'était pas, contrairement à la Cour d'Appel de Paris (arrêts du 3 juillet 1990, cités), saisie du moyen tiré de l'intervention de l'article 98 de la loi des finances pour 1990 qui "décriminalisait" sous certaines conditions la détention d'avoirs à l'étranger.

Enfin, l'argument qui a été avancé par l'administration française poursuivante suivant lequel l'article 23-I de la loi du 12 juillet 1990 relative au blanchiment des capitaux (in J.O.R.F., 14 juillet 1990) avait un objet étranger au contrôle des changes n'a pas été rencontré de manière fondamentale par la critique. Cet article est invoqué par cette dernière comme un argument décisif dans les arrêts de la Cour d'Appel de Paris, alors qu'il s'agit d'une disposition légale qui peut, quant à elle, bénéficier de la lex mitior, conformément au droit commun.

Sur ce malaise de la critique, cf: J.P. MARCHI et J. PANNIER, art.cit., in Gaz.Pal., 13-14 mars 1991, 1-3.

²⁹ M.MASSE, art.cit., supra, 129-130.

nécessaire d'une incrimination"³⁰ et proposait d'analyser, sur le plan juridique, le rôle exact joué par la norme réglementaire abrogée ou modifiée dans le dispositif d'incrimination.³¹ Il est, en effet, évident qu'en présence des dispositions légales de "pure habilitation", comme celles de la réglementation des changes et qui transfèrent aux autorités réglementaires du contrôle des changes un pouvoir d'incrimination autonome, le support nécessaire des incriminations d'origine réglementaire est constitué de textes pris par ces dernières autorités en vertu de l'habilitation légale.

Si les textes réglementaires d'incrimination sont abrogés ou modifiés *in favorem*, toute poursuite sur base de textes antérieurs manque de support, malgré le maintien du texte légal d'habilitation. L'abrogation ou la modification doit pouvoir rétroagir aux poursuites en cours dans un tel cas. Une solution différente peut être *donnée* lorsque le pouvoir transféré aux autorités réglementaires n'est pas, par contre, un pouvoir fondamental d'incrimination.³²

³⁰ Utilisées par la Cour de Cassation dans les arrêts Brégent (déjà cité : v. note 23, *supra*) et Vachez (Cass., crim., 25 janvier 1988, Bull. crim., n° 33).

³¹ M. MASSE, art. cit., *ibid.*

³² Ex.: l'incrimination étant prévue par la loi elle-même, les autorités réglementaires sont chargées de déterminer les peines.

C'est ainsi que M. MASSE relève, à juste titre, le danger d'une généralisation de la position de la Cour de Cassation à toutes les matières du droit économique.

§.2 -Les normes du contrôle des changes proprement dites,
oeuvre d'un pouvoir réglementaire autonome

Il résulte de l'analyse des textes légaux que les dispositions répressives mises à part la compétence réglementaire transférée est, également légalement indéterminée, non seulement quant au contenu, mais aussi quant à l'opportunité et aux buts de la réglementation .

a - L'indétermination légale quant au contenu et à l'opportunité de la réglementation

L'indétermination de la loi se traduit par l'utilisation de dispositions d'habilitation générales telles que celle qui sont utilisées dans l'arrêté-loi belge du 6 octobre 1944 (cf. le texte, en annexe: annexe I-1):

Article 1er:

"Le Roi peut...organiser le contrôle de tous transferts quelconques de biens et valeurs entre la Belgique et l'étranger.

Il peut, notamment, à cette fin, soumettre au contrôle de l'Institut belgo-luxembourgeoise du change, et plus spécialement à l'autorisation préalable de cet Institut: 1°) tous actes de disposition ..."

Article 3:

"Le Roi peut... fixer les conditions d'intervention des banques et d'autres organismes dans les opérations visées à l'article 1er".

Les dispositions habilitantes de l'ordonnance-loi n°67/272 du 23 juin 1967 et de la loi française n°66-1008 du 28 décembre 1966 sont

rédigées dans des termes identiques ³³ .

Trois constatations résultent des dispositions légales citées ci-haut.

Les textes législatifs de base ne définissent nullement les situations et les conditions d'intervention des autorités réglementaires. Il en résulte que celles-ci apprécient de manière purement discrétionnaire l'opportunité de leur intervention. Ceci résulte notamment de l'utilisation dans les textes légaux habilitants du verbe "pouvoir".

Il en est de même du contenu de la réglementation, c'est-à-dire du contenu des interdictions et obligations imposées aux administrés par les autorités réglementaires .

L'article 3 de l'arrêté-loi belge cité ci-haut est assurément une disposition de "pure habilitation": elle ne contient l'exercice de l'activité réglementaire dans aucun principe ou règle de fond. En ce sens, le contenu des obligations imposées aux administrés relève de l'appréciation souveraine de l'autorité réglementaire.

Le degré d'indétermination matérielle de la compétence accordée aux autorités réglementaires par l'article 1er n'est, en réalité, pas différent de celui de l'article 3. En effet, la soumission à l'autorisation préalable de change prévue par cet article ne constitue qu'une des diverses formes que

³³ Cf. les articles 1er et 3 de l'ordonnance-loi zaïroise; l'art. 3 de la loi française du 28 décembre 1966 (**v. tous ces textes , en annexe**) .

Dans les systèmes d'organisation administrative où le pouvoir réglementaire des administrations de contrôle des changes résulte d'une délégation de compétence, on retrouve des dispositions analogues "de pure habilitation" dans les textes pris par ces autorités réglementaires: v., par exemple, les articles 3 de l'arrêté du Régent belge du 6 octobre 1944 et 8 et 9 du décret français n° 68-1021 du 24 novembre 1968.

peut prendre le contrôle des transferts des biens et valeurs, lorsque le Roi décide de faire usage de l'habilitation légale ³⁴. A condition de rester dans le cadre de son habilitation, à savoir le contrôle du mouvement des biens et valeurs entre le Royaume et l'étranger; le Roi ou l'autorité subdéléguée par le Roi demeure absolument maître du contenu de la réglementation à mettre en oeuvre.

Aussi, les hésitations qui s'étaient manifestées dans les années 1971-1973 sur le point de savoir si les dispositions de l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 telles qu'elles existaient avant leur révision par la loi du 23 décembre 1974 habilitaient l'I.B.L.C. à saisir directement la situation patrimoniale des intermédiaires bancaires agréés et à limiter les positions extérieures débitrices de celles-ci, n'étaient-elles pas fondées. L'intervention dans ce domaine de la B.N.B. en lieu et place de l'I.B.L.C. ³⁵

avait, en effet, été expliquée par le fait que l'I.B.L.C. ne disposait pas des pouvoirs juridiques nécessaires en matière de limitation des positions débitrices des banques ³⁶. L'I.B.L.C. estimait, pour sa part, qu'une

³⁴ V. l'utilisation des adverbes "notamment" et "plus spécialement".

³⁵ Décision de politique monétaire du 24 mars 1971 (cf. Bull de la B.N.B., n° 3, 1971, III-VIII).

³⁶ V. B.N.B, Rapport annuel, 1971, XXIV : Rapport fait par le Gouverneur au nom du Conseil de Régence.

révision de l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 n'était pas nécessaire à cet effet, puisqu'il disposait déjà de tels pouvoirs en vertu, notamment, de l'article 3 ancien³⁷.

De même, en France, l'étendue de la compétence réglementaire conférée au Gouvernement par la loi française du 28 décembre 1966 a également fait l'objet de litiges devant le Conseil d'Etat français. Les particuliers plaidaient, notamment, qu'en organisant un contrôle du change complet - et, notamment, un régime d'autorisation administrative préalable pour tout mouvement de fonds entre la France et l'étranger - par le décret n° 68-1021 du 24 novembre 1968 et ses mesures

Ceci n'empêcha, cependant, pas l'intervention de l'I.B.L.C. en cette matière en 1972 (cf., par exemple, les instructions aux banques agréées du 9 mars ou du 24 août 1972 concernant la limitation de leurs positions débitrices), en 1973 (abaissement en septembre et en novembre de la limite imposée aux engagements nets au comptant des banques en monnaies étrangères sur le marché réglementé et en francs belges en comptes convertibles) et en janvier 1974 (autorisation donnée aux banques de bonifier un intérêt sur les avoirs convertibles et limitation des positions au comptant à la hausse en monnaies étrangères relevant du marché réglementé). Cf. I.B.L.C., Rapports annuels pour 1972, 1973 et 1974 (Mon.B., 21 juillet 1973; 7 juin 1974, 21 j u i n 1 9 7 5) .

En France, la prise de mesures réglementaires limitant les positions bancaires n'a pas posé de problème de légalité particulier. Ces mesures ont été prises par voie de "circulaires" prises par la Banque de France sur base du Décret n° 68-1022 du 24 novembre 1968 relative au contrôle de la position en francs et en devises des établissements bancaires et financiers vis-à-vis de l'étranger (v., par exemple, les circulaires 1 PB, 2 PB, 3 PB, 4 PB des 3 décembre 1968, 20 janvier 1969, 17 février 1969 et 3 août 1971. Pour les commentaires, v. : P. DELFAUD, Le contrôle des mouvements internationaux de capitaux à court terme par la réglementation des composantes de la position monétaire extérieure des banques, in Rev. de Science Financière, 1971, n° 3, 423 et sv., spéc., 457 et sv.

³⁷ V. R. SIMONIS, Les règlements internationaux de 1939 à nos jours, Vè partie, in Rev. de la Banque, n° 6-7, août 1988, 135 .

d'exécution, le gouvernement français avait outrepassé ses pouvoirs et violé le principe de la liberté des relations financières avec l'étranger inscrit à l'article 1er de la loi. L'argumentation a toujours été rejetée par le Conseil d'Etat, en raison de la généralité de l'habilitation **contenue** dans l'article 3 de la loi ³⁸.

On peut, cependant, trouver dans les mêmes textes légaux de base du contrôle des changes des dispositions d'habilitation qui définissent de manière beaucoup plus précise les pouvoirs des autorités réglementaires. Ainsi, certaines d'entre-elles indiquent, par exemple, de manière plus précise les catégories de résidents destinataires des normes ou encore, l'objet de la réglementation future.

Tel est, par exemple, le cas de certaines dispositions introduites par le dispositif légal belge du contrôle du change par la loi du 23 décembre 1974, auxquelles il a déjà été fait allusion.

Les dispositions de l'arrêté-loi belge du 6 octobre 1944 qui ont été citées plus haut se rapportent à ce que l'on peut appeler l'aspect "traditionnel" du contrôle des changes dans lequel l'activité normative porte sur la conclusion et le dénouement des opérations commerciales ou financières individuelles. Dans ce domaine, la loi se contente de poser le principe de l'intervention des autorités réglementaires du contrôle des changes. Il est par exemple intéressant de noter la différence de précision entre les dispositions habilitantes des articles 1er et 3 de l'arrêté-loi belge, d'une part, et celles des articles 3 bis à 3 quinquies introduits par la loi du 23 décembre 1974, d'autre part.

Ces nouvelles dispositions ont été prises dans le cadre de la lutte contre les mouvements des capitaux spéculatifs des années 1971-1973 et

³⁸ V. : Cons. D'Et. (français), 11 décembre 1970, Soc. des Et. Sonauto, in Leb., 1970, 748; Id., 23 décembre 1988, Michel Martin et Soc. Michel-Martin, in Leb., 1988, 639 ou D.S., J., 267, note R. MOULIN.

sont destinées à faire face aussi bien aux sorties des devises qu'aux afflux massifs de capitaux dans le pays - l'aspect 'moderne' du contrôle du change. On peut, notamment, noter que les normes réglementaires à mettre en oeuvre ne s'adressent plus à l'ensemble des non-résidents, mais à des catégories bien précises d'entre eux (article 3 bis, littera a). D'autre part, il ne s'agit plus de "réglementer" ou d'"organiser le contrôle", mais de: limiter ou d'interdire les rémunérations des dépôts et des dettes en francs belges ou/et en monnaies étrangères des personnes visées par la loi, suivant que les créances ou des dépôts et des dettes en monnaies visées possèdent ou doivent suivant que les débiteurs ou les créanciers sont régnicoles ou non; d'obliger ces personnes à déposer une somme d'argent en francs ou en monnaie étrangère, etc... (article 3 bis, 1° à 5°); de se faire communiquer des renseignements ou des documents ou encore d'organiser le prélèvement anticipé et provisionnel d'une taxe (article 3 quater et quinquies).

C'est à propos de telles dispositions que la distinction entre lois "de cadre" et lois de "pure habilitation" s'avère très difficile ³⁹. Il nous paraît, cependant, que de telles dispositions ne font que définir de manière plus précise le domaine d'application de la réglementation à venir, le fond des normes étant toujours laissée à la compétence discrétionnaire des autorités réglementaires.

Cette meilleure précision de la loi doit sans doute, être expliquée par le fait qu'il s'agit de mesures qui touchent beaucoup plus profondément au droit de la propriété individuelle ou aux matières dites "réservées", pour ce qui est notamment des prélèvements fiscaux sur les dépôts étrangers et en monnaies étrangères. Le législateur belge se devait

³⁹ Cf. supra, p. 35.

d'être plus précis, afin que les autorités réglementaires n'empiètent sur les compétences réservées par la constitution au législateur⁴⁰.

b - L'indétermination légale quant aux finalités de la réglementation

La finalité générale de la réglementation du change et des paiements extérieurs peut, certes, être déduite de son objet. La réglementation des changes et des paiements extérieurs est, en effet, un instrument d'équilibre de la balance des paiements et, donc, une réglementation de protection monétaire. Cependant, les textes légaux, sont, généralement, muets à ce sujet (ex: l'arrêt-loi belge et l'ordonnance-loi zaïroise). D'autres se réfèrent à des concepts politico-économiques qui n'ajoutent rien à l'indétermination légale. L'article 3 de la loi française ("assurer la défense des intérêts nationaux") est l'exemple le plus cité. Il résulte de cette indétermination légale que l'intervention des autorités réglementaires en cette matière ne se limite pas légalement aux seuls buts de protection monétaire. Ceci se manifeste, d'ailleurs, dans les faits.

1 - L'indétermination légale des buts

La jurisprudence en matière de contrôle du change est trop rare pour ne pas citer deux décisions rendues respectivement par le Conseil d'Etat français et le Conseil d'Etat belge sur cette question.

⁴⁰ On ne rencontre pas de telles précautions constitutionnelles dans le texte légal français, la réglementation zaïroise ne connaît pas cet aspect du contrôle du change, qui est destiné à lutter contre les entrées massives de capitaux spéculatifs dans le pays.

L'affaire jugée par le Conseil d'Etat belge ⁴¹ avait pour origine les décisions prises par le Conseil de l'I.B.L.C. le 29 mars 1960, soit quelques mois avant l'indépendance du Congo Belge, dont l'objectif était, d'après le communiqué du Ministère belge des Finances lui-même, "d'éviter que les transferts de capitaux non justifiés réduisent les réserves de change du Congo" ⁴².

Une société de droit congolais à l'époque, la société "Usines Textiles de Léopoldville" (UTEXLEO), qui avait sollicité le transfert de 37 millions de francs congolais vers la Belgique afin de procéder à une distribution d'un acompte sur dividendes et qui s'était vu refuser l'autorisation de change en vertu des décisions précitées, a saisi le Conseil d'Etat. La société faisait valoir que l'I.B.L.C. avait commis un excès de pouvoirs "en prenant les décisions incriminées, destinées à assurer la défense de la monnaie congolaise et, à tout le moins, un détournement de pouvoirs, en utilisant une compétence et des pouvoirs dans un but distinct de celui pour lequel ces pouvoirs lui ont confiés" ⁴³. Le recours a été rejeté. Le Conseil d'Etat a, en effet, décidé qu'il n'y avait eu ni excès de pouvoir l'I.B.L.C. étant resté "dans les limites de ses pouvoirs qui lui ont été attribués par l'article 19 de l'arrêté du Régent du 6 octobre 1944", ni détournement de pouvoir étant donné "qu'il n'est pas contesté qu'une réduction massive des réserves de change du Congo était de nature, en mars 1960, à affaiblir la position de change du pays et à troubler la vie économique normale de la Belgique".

⁴¹ Cons. D'Et. (belge), Usines Textiles de Léopoldville (UTEXLEO), 6 juin 1963, in A.A.C.E., 450 ou Pas., 1964, IV, 26 et sv.

⁴² V. le dispositif de l'arrêt.

⁴³ Ibid.

Dans l'arrêt Soc. Sagmar, le Conseil d'Etat français a également jugé que le refus d'une autorisation de change afin de faire pression sur le gouvernement soviétique pour l'amener à octroyer certaines facilités commerciales aux entreprises françaises en U.R.S.S. ne pouvait être considéré comme entaché d'un détournement de pouvoir "la recherche d'une telle contrepartie n'étant pas étrangère à la défense des intérêts nationaux" ⁴⁴.

De telles interprétations extensives des finalités des lois d'habilitation économique par le juge administratif sont aujourd'hui critiquées dans la doctrine ⁴⁵. On verra, cependant ⁴⁶, que cette habilitation générale est en matière de contrôle du change intentionnellement voulue par le législateur, le but étant de laisser aux autorités réglementaires qui sont en même temps les administrations d'exécution de la réglementation, toute la liberté et la souplesse d'action nécessaires.

L'histoire du contrôle des changes montre, d'ailleurs, que celui-ci est, effectivement, utilisé à de multiples fins.

⁴⁴ Cons. d'Et., Soc. Sagmar, 23 octobre 1981, Leb., 385.

⁴⁵ Cf. notamment : M. HERBIET, Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et sa protection par le Conseil d'Etat, in A.P.T., 1987, 177 et sv., spéc. 211; M.A. FLAMME, Le juge face à l'interventionnisme économique: un juge désarmé ? in A.P.T., 1977-1978, 169 et sv., spéc. 176; D. TRUCHET, La fonction de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Paris, LGDJ, 1977, 98.

⁴⁶ Cf. infra, p. 83 et 114.

2 - L'indétermination des buts de la réglementation du change, dans la réalité.

L'examen des expériences de réglementation du change permet de voir l'indétermination réelle du pouvoir reconnu aux autorités réglementaires du contrôle des changes. On peut ainsi constater que l'intervention de celles-ci peut poursuivre des objectifs d'ordre divers. Le fait que les situations concrètes dans lesquelles les pouvoirs réglementaires peuvent être mis en oeuvre exclut toute possibilité de les englober dans une définition légale.

- Les objectifs traditionnels du contrôle des changes: les objectifs de protection monétaire du pays.

Instrument de politique monétaire externe, le contrôle du change et des paiements extérieurs répond, tout d'abord, à des difficultés de balance des paiements. Il s'agit, comme on l'a vu ⁴⁷, de faire face aux déséquilibres de la balance des paiements extérieurs, dûs à un excédent persistant de la demande ou, plus rarement, de l'offre de devises sur le marché des changes. C'est la finalité traditionnelle du contrôle du change et des paiements extérieurs, à l'intérieur de laquelle il convient cependant de distinguer le cas des pays riches industrialisés, lorsqu'ils appliquent un contrôle des changes, et celui des pays en voie de développement (P.V.D.).

En effet, dans les premiers, l'objectif de protection monétaire consiste, essentiellement, en une régulation des mouvements ~~des~~ fonds sur le marché des changes, de manière:

⁴⁷ V. Introduction , p. 12 et sv.

1° soit, à assurer un niveau de réserves de change suffisant pour la sécurité des paiements extérieurs - grâce, par exemple, à une surveillance du rapatriement des recettes d'exportation ou à la réglementation des termes de paiement -;

2° soit, à empêcher des perturbations dans la conduite de la politique monétaire interne; par la réglementation des mouvements internationaux de capitaux courts, ~~notamment~~.

Dans les P.V.D., par contre, le contrôle ~~des~~ changes est, principalement, un instrument de rationnement des réserves de change rares, dans le but de réserver les devises disponibles à des paiements jugés prioritaires pour les besoins d'approvisionnement ou de développement économique du pays. La réglementation du change est, avec sa technique juridique classique, l'autorisation administrative préalable, l'instrument permettant aux autorités monétaires d'assurer concrètement ce classement entre opérations prioritaires et les autres.

- Les objectifs de politique économique globale

Le contrôle des paiements extérieurs peut être, en second lieu, utilisé, non plus seulement comme instrument de protection monétaire, mais comme instrument d'une politique économique globale. Il vise, alors, la réalisation d'un certain nombre de conditions économiques et financières jugées favorables au développement économique et social global du pays. Ceci est surtout le cas des P.V.D.

Nous releverons simplement, ici, un certain nombre d'objectifs de politique économique signalés dans la littérature économique ⁴⁸. L'examen ultérieur de la réglementation zaïroise permettra de voir comment ces objectifs transparaissent concrètement dans la structure des réglementations des changes mises en oeuvre dans les P.V.D. ⁴⁹

- La protection des structures de production nationales et la modification de la composition des échanges commerciaux extérieurs du pays: au moyen, notamment, de limitations quantitatives dans l'octroi des devises afférentes à certains paiements ou, encore, l'instauration d'un système de taux de change multiples marquant une discrimination financière entre les différentes catégories d'importations ou d'exportations;

- l'encouragement d'un certain type de mouvements de capitaux: par un aménagement du régime d'importation des capitaux d'investissement et de transfert des revenus afférents à ce genre de capitaux;

- la perception de recettes fiscales supplémentaires: au moyen, notamment, d'un système de double taux de change à la vente et à l'achat des devises;

- et, enfin, la volonté de création ou de consolidation d'intégrations économiques sous-régionales, par la conclusion d'accords de paiement destinés promouvoir les échanges économiques entre pays faisant partie d'organisations régionales et sous-régionales.

⁴⁸ Cf. notamment : P. DUPRIEZ, Contrôle des changes et structures économiques. Congo 1960-1967, Paris, Mouton, 1970, 48.

⁴⁹ cf. chap.V , infra.

- Les objectifs étrangers à ceux de protection monétaire et économique

L'histoire du contrôle du change a, enfin, montré que celui-ci était utilisé à des fins étrangères à celles de protection monétaire et économique et, notamment, à la protection d'intérêts politiques ou diplomatiques des Etats.

Il en est, ainsi, lorsqu'il est utilisé comme moyen de pression ou de représailles économiques dans les conflits politiques ou armés entre Etats. Les mesures de contrôle des paiements prises par les Etats occidentaux à l'encontre du Koweït occupé et de l'Irak lors du récent conflit du Golfe ⁵⁰ en sont une récente illustration. L'histoire a, cependant, connu d'autres exemples d'utilisation du contrôle des changes à de fins purement politiques ⁵¹.

Indéterminé quant au contenu des normes et à l'opportunité de réglementation, le pouvoir de normalisation reconnu par le législateur aux autorités réglementaires en matière de contrôle des changes et des paiements extérieurs l'est également quant aux objectifs

⁵⁰ V; en Belgique : l'arrêté royal du 8 août 1990 et l'arrêté du Ministre des Finances du 22 septembre 1990 relatifs aux relations financières avec certains pays, in Mon.B., 9 août et 4 octobre 1990. En France : décret n° 90-681 du 2 août 1990 et les arrêtés du Ministre de l'Economie et des Finances du 4 août et 12 septembre 1990 (J.O.R.F., 3 , 5 août et 15 septembre 1990).

Ces mesures ont, dans les deux pays, été prises sur base des textes lég. ~~aux du contrôle des changes~~.

⁵¹ Ex. : Les mesures américaines de blocage des avoirs et de contrôle des paiements prises contre l'Allemagne et ses alliés (mars 1940), contre la Corée lors de la guerre de Corée, contre l'Iran lors du litige irano-américain ou, encore, contre la Libye en 1979.

poursuivis. Le pouvoir réglementaire en matière de contrôle des changes est donc bien un "pouvoir discrétionnaire de réglementation".

L'effet d'un tel mode d'intervention législative est la maîtrise quasi-complète des autorités réglementaires sur le processus et le contenu de la réglementation en droit du change et des paiements internationaux, à l'exception des dispositions répressives - encore que l'on ait signalé l'étendue ~~du pouvoir pénal réellement transféré par le législateur aux autorités administratives~~, en raison du caractère de "pure habilitation" des dispositions pénales utilisées dans les textes légaux de base. Cet abandon du pouvoir de normalisation par le législateur en droit du change et des paiements internationaux va en fait loin puisque, par voie de délégations de compétence successives, les autorités réglementaires habilitées par le législateur peuvent avec l'autorisation tacite ou explicite de ce dernier déléguer leurs compétences à des autorités administratives subordonnées.

L'on peut, en effet, relever que cette maîtrise du processus de normalisation échoit, dans les faits, ~~en matière de réglementation du change~~ à des administrations spécialisées, c'est-à-dire, à des autorités autres que celles qui sont chargées de l'exercice de la fonction réglementaire dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs au sein de l'Etat.

Section 3 - Le droit du contrôle des changes, oeuvre d'administrations spécialisées

Dans certaines réglementations du change - cas de la Belgique et de la France -, l'attribution de compétence réglementaire aux institutions administratives spécialisées résulte d'une délégation de compétence opérée par les autorités réglementaires constitutionnellement investies de la fonction réglementaire. Dans d'autres - cas du Zaïre, par exemple - cette attribution vient directement du législateur lui-même.

L'octroi d'un pouvoir réglementaire général à des autorités administratives autres que les autorités réglementaires "constitutionnelles" ⁵² est, certes, un procédé de réglementation largement utilisé en droit public économique ⁵³. Toutefois, intervenant dans les conditions d'habilitation qui ont été étudiées plus haut, sa régularité au regard de l'organisation constitutionnelle des pouvoirs, est discutée dans certains pays - en Belgique, notamment ⁵⁴.

Ce dernier problème doit être examiné séparément par pays. Les données constitutionnelles sont, en effet, différentes et propres. D'autre part, les procédés de dévolution du pouvoir réglementaires jouent un rôle dans l'appréciation de la régularité juridique de celle-ci.

⁵² Nous appellerons ainsi les autorités qui sont, dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs au sein de l'Etat, chargées normalement de l'exercice de la fonction réglementaire.

⁵³ V., Par exemple, l'énumération de divers domaines donnée par le gouvernement belge en réponse à l'avis du Conseil d'Etat du 28 octobre 1987 sur l'article 17 du projet de loi du 23 décembre 1988 portant dispositions relatives au statut monétaire, à la Banque Nationale de Belgique, à la politique monétaire et au Fonds monétaire, Doc. parl., S., 1988-1989, n° 499/1, 15, note 1.

⁵⁴ V. : A. BUTTGENBACH, Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique, Larcier, 1952, 162-165; Id., Manuel de droit administratif, Larcier, 2^e éd., 1959, 113-115. V. également : Cons. d'Et., avis du 8 mars 1956 sur le projet de loi relatif aux fonds communs de placement et modifiant le code des droits de timbre et le code des taxes assimilées au timbre, Doc. parl., S., 1955-1956, n° 162, 28; Id., avis du 28 octobre 1987, précité, note 53.

§.1 - Les procédés de dévolution de la compétence réglementaire aux administrations du contrôle des changes

a - En droit belge et français du contrôle des changes

L'organisation administrative décrite ci-dessous est simplement indicative. Elle a pour but d'illustrer un des procédés de dévolution du pouvoir réglementaire aux administrations spécialisées.

Depuis la suppression de l'Office des changes français en 1959⁵⁵, l'organisation administrative française issue de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 et des décrets n° 68-1021 et 68-1022 du 24 novembre 1968⁵⁶ se caractérise par le rôle prépondérant occupé par le Ministre et l'Administration du Ministère de l'Economie et des Finances dans l'élaboration de la réglementation du contrôle des changes, à l'inverse de la Belgique où ce rôle revient à l'Institut Belgo-Luxembourgeoise du change, organisme public décentralisé.

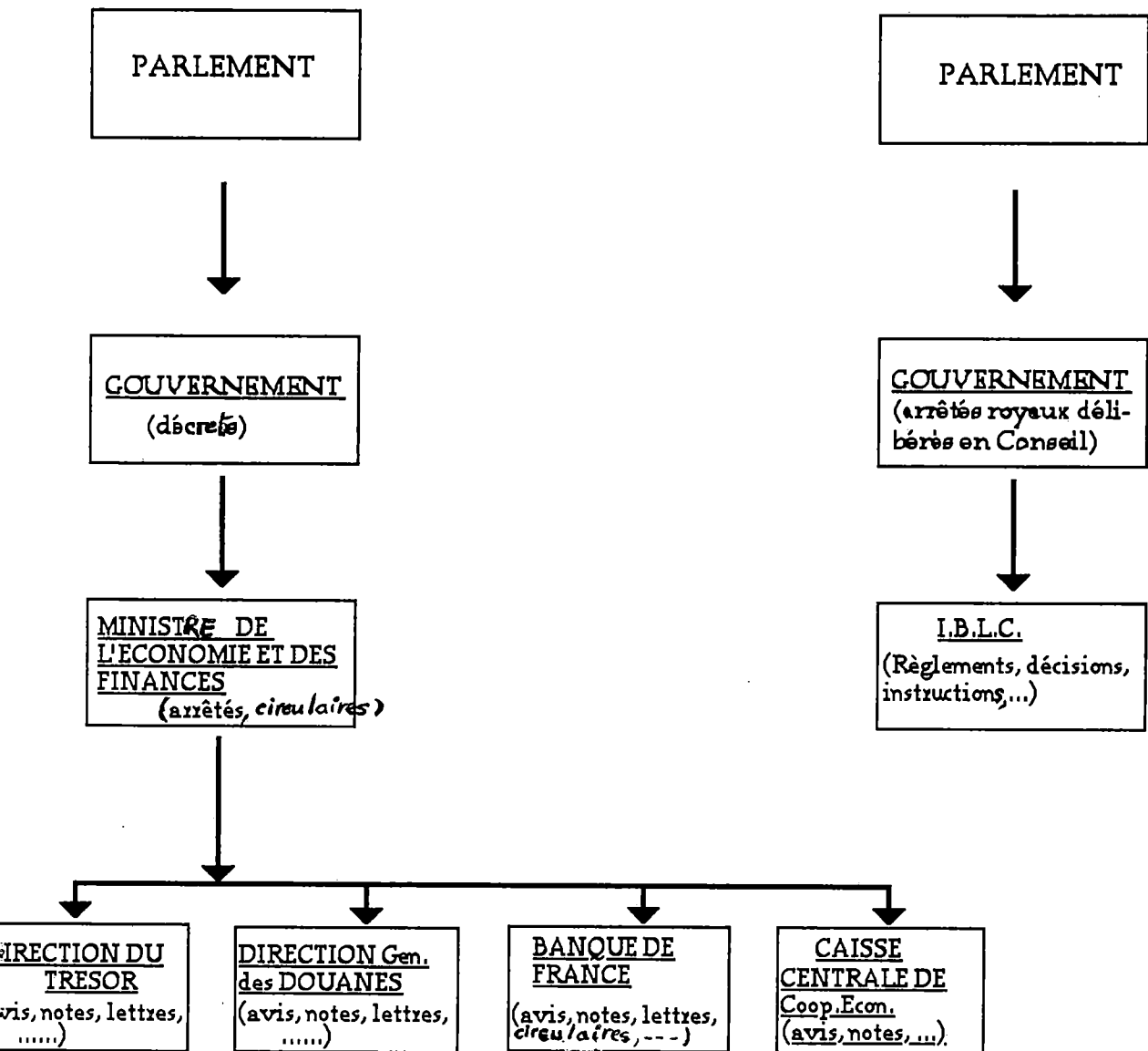
Dans les deux pays, cependant, la compétence réglementaire est exercée par les administrations spécialisées sur délégation de pouvoir opérée par les autorités réglementaires "constitutionnelles" de l'Etat, avec l'autorisation du législateur. Le tableau suivant montre la chaîne des délégations successives du pouvoir réglementaire - dans l'organisation française, surtout- .

⁵⁵ Décret du 21 septembre 1959, D.S. 1960, 4.

⁵⁶ V. ces textes, en annexe .

FRANCE

BELGIQUE



Une telle organisation du pouvoir réglementaire - un auteur a parlé en France de "délégations en cascade"⁵⁷ - porte le risque d'une dénaturation de la volonté du législateur. Mais, elle offre également, sur le plan théorique du moins, la possibilité de réduire la marge de pouvoir discrétionnaire de réglementation conféré aux autorités subordonnées au fur et à mesure des délégations de compétence. Elle permet, en effet, aux autorités réglementaires "constitutionnelles" - c'est-à-dire, ici les gouvernements - de déléguer une partie seulement des compétences qui leur sont transférées par le législateur ou de soumettre la délégation des pouvoirs à certaines conditions.

Elles peuvent, ainsi, :

- mettre en place un système de "matières réservées", en procédant à une délégation partielle du pouvoir réglementaire aux autorités administratives subordonnées ⁵⁸;

⁵⁷ P. JUILLARD, Modifications récentes du droit français des relations financières avec l'étranger, in D.P.C.I., 1977, 543 ET sv.

⁵⁸ C'est dans le cadre d'une telle organisation que le Roi a pu, dans la réglementation belge du change, se réserver le pouvoir d'imposition d'une taxe provisoire sur les dépôts étrangers (cf. l'arrêté royal d'habilitation du 18 juillet 1978, in Mon.B., 12 septembre 1978), tandis qu'en France un tel pouvoir a fait l'objet d'une délégation de compétence du Ministre à la Banque de France, autorisée par le Décret n° 68-1022 du 24 novembre 1968.

- limiter la compétence réglementaire déléguée en la prise de simples mesures d'application ⁵⁹;

- enserrer, éventuellement, l'exercice de celle-ci dans certaines conditions, de fond ou de forme ⁶⁰.

La délégation de compétence opère une modification dans l'ordre des compétences. L'autorité délégante ne peut normalement plus intervenir dans l'exercice de la compétence réglementaire transférée aux administrations spécialisées tant que la délégation n'aura pas été

⁵⁹ Les divers arrêtés du Ministre français de l'Economie et des Finances habilitent expressément la Banque de France et la Caisse Centrale de Coopération Economique à fixer "les modalités d'application". Dans les textes réglementaires émis par ces organismes, il est, toutefois, difficile de faire la distinction entre les mesures qui sont de simples modalités d'application et celles qui complètent les dispositions déjà contenues dans les décrets gouvernementaux, les arrêtés et circulaires du Ministre de l'Economie et des Finances, étant donné que l'attribution de compétence réglementaire aux autorités administratives subordonnées (Banque de France, Caisse Centrale de Coopération Economique) s'effectue le plus souvent sous la forme de dispositions de pure habilitation .

⁶⁰ Ce que ces autorités ne font, généralement, pas pour les mêmes raisons que celles qui sont invoquées en faveur de l'intervention du législateur sous la forme de pure habilitation et sur lesquelles nous reviendrons plus loin (Cf. infra, p. 83 et 114).

révoquée, à moins que cette intervention ne soit expressément prévue dans la loi d'habilitation ou l'acte de délégation ⁶¹.

La régularité de l'attribution des pouvoirs réglementaires aux autorités administratives du contrôle des changes devra être appréciée en fonction de cette organisation institutionnelle du pouvoir réglementaire.

b - En droit zaïrois du contrôle des changes

Au Zaïre, tous les pouvoirs en matière d'élaboration et d'exécution de la réglementation des changes et des paiements extérieurs ont été directement confiés à la banque centrale par l'ordonnance-loi n° 67/272 du 23 juin 1967 ⁶². Ce texte est l'aboutissement d'un long processus d'évolution institutionnelle, dans lequel ont ~~plus joué les impératifs~~ d'efficacité de l'intervention des pouvoirs publics que les considérations d'ordre juridique.

On peut distinguer trois périodes dans l'évolution institutionnelle du contrôle des changes au Zaïre: la période d'avant l'indépendance, celle allant de 1960 à 1967 et, enfin, de 1967 jusqu'aujourd'hui.

⁶¹ Ainsi, la régularité de l'arrêté-royal du 8 août et de l'arrêté ministériel du 22 septembre 1990 relatifs au contrôle des paiements avec le Koweït et l'Irak peut être discutée dans la mesure où il n'avait pas été mis fin à la délégation de compétence octroyée par le Roi à l'I.B.L.C. par les arrêtés royaux du 6 octobre 1944 et du 18 juillet 1978 relatifs au contrôle des changes. L'I.B.L.C. était, en effet, compétent pour prendre les mêmes mesures, sur instruction du gouvernement.

⁶² M.C., n° 21 du 1er novembre 1967.

- L'organisation administrative durant la période coloniale

L'introduction du contrôle du change au Zaïre date de la seconde guerre mondiale ⁶³. Il faisait partie d'un ensemble de mesures d'urgence prises par les autorités administratives de la colonie, afin de faire face à l'état de guerre.

En effet, le territoire métropolitain est envahi le 10 mai 1940. Le 30 mai, le Gouverneur Général (G.G) de la colonie décrète le cours forcé du franc congolais, interdit, sauf autorisation du G.G., l'exportation des moyens de paiement et impose la mise à la disposition de la Banque du Congo Belge ⁶⁴ des devises obtenues en paiement des exportations congolaises ⁶⁵. Ces mesures, encore fragmentaires, furent plus tard complétées en un système complet de contrôle du change et du commerce extérieur, dès le 10 mars 1941 ⁶⁶. En application de la convention financière de Londres entre la Belgique et la Grande-Bretagne du 21 janvier 1941 concernant la participation de la Belgique à l'effort de

⁶³ Les tentatives d'instauration du contrôle des changes en Belgique en 1920 et 1935 étaient restées sans prolongements juridiques dans la colonie.

⁶⁴ Première banque privée créée en 1909, la Banque du Congo Belge avait reçu le privilège d'émission et les attributs d'une banque centrale dans la colonie par une convention signée avec le gouvernement colonial (Convention du 7 juillet 1911, approuvée par le décret royal du 18 juillet 1911, in B.O., 1911).

⁶⁵ V. les ordonnances-législatives n° 90 et 91 Fin-Dou. Du 30 mai 1940, in B.A. (Bull. Administratif du Congo Belge et du Ruanda-Urundi), 1940, 490 et 492).

⁶⁶ Ordonnances-législatives n° 104, 106, 108 du 10 mars 1941, in B.A., 1941, 376-492.

guerre ⁶⁷, tout l'or produit dans la colonie ne pouvait être vendu qu'à la colonie et exporté pour le compte de celle-ci vers la Banque d'Angleterre ⁶⁸.

Durant cette période d'exception, l'application effective du contrôle fut confiée à une commission administrative, la Commission des devises, instituée auprès de la Banque du Congo Belge et composée de fonctionnaires du gouvernement central de la colonie, de représentants des milieux d'affaires et ceux de la B.C.B. ⁶⁹. L'élaboration de la réglementation restait, cependant, de la compétence du G.G., dans l'exercice, soit de son pouvoir législatif d'exception ⁷⁰, soit de son pouvoir réglementaire ordinaire d'exécution des lois. Le Congo Belge fut en réalité durant cette période de guerre inclus, en raison des circonstances et de l'accord belgo-britannique précité, dans la zone monétaire sterling en ce qui concerne le régime des paiements - institution d'un pool commun de devises auprès de la Banque d'Angleterre, liberté des paiements entre la Grande-Bretagne et l'empire britannique, d'une part, et le Congo Belge, d'autre part - jusqu'au nouvel accord du 5 octobre 1944,

⁶⁷ V. le texte de la convention, in B.O., 1941, 50. Pour quelques commentaires de la convention : J. GERARD-LIBOIS et J. GOTOVITCH, L'an 1940. La Belgique occupée, Bruxelles, CRISP, 1971, 258.

⁶⁸ Ordonnance-législative n° 110/fin.-Dou. du 10 mars 1941, in B.A., 1941, *ibid.*

⁶⁹ V. l'article 1er de l'ordonnance-législative n° 109/AE du 10 mars 1941, B.A., 1941, 378.

⁷⁰ C'est-à-dire, au moyen d'ordonnance-législatives, qu'il était habilité à prendre en cas d'urgence : ces ordonnances devraient être confirmées par décret royal dans les 6 mois.

par lequel le Congo revint dans l'orbite monétaire et financière de la métropole ⁷¹.

Outre les relations monétaires, les relations commerciales entre la colonie et la Grande-Bretagne furent durant cette période également privilégiées ⁷².

Comme dans de nombreux autres pays, le contrôle du change ne disparut point avec la fin de la guerre. Au contraire, les autorités coloniales profitèrent de la création de l'institution publique qui devait se charger de l'exercice des fonctions de banque centrale dans la colonie et au Ruanda-Urundi ⁷³, pour en moderniser, en quelque sorte, le dispositif légal et réglementaire. Le pouvoir réglementaire fut alors confié au Gouverneur Général de la colonie et à la Banque Centrale du Congo Belge et du Runda-Urundi, qui l'exercèrent jusqu'au 30 juin 1960 et même un peu au-delà de cette date par voie respectivement d'ordonnances et d' "Autorisations Générales" ⁷⁴.

⁷¹ V; texte, in Anglo-Belgian Trade Journal, Londres, octobre 1944, 110.

⁷² L'accord financier du 21 janvier 1941 était, en effet, complété par un accord commercial en vertu duquel la Grande-Bretagne s'engageait à acheter des quantités importantes de produits congolais (les minerais et le caoutchouc, notamment).

⁷³ La Banque Centrale du Congo Belge et du Ruanda-Urundi, (Décret royal du 30 juillet 1951, in B.O., 1951, 1427).

⁷⁴ V. le décret royal du 12 décembre 1952 relatif au contrôle des changes et ses mesures d'exécution, in B.O., 1953, 36 et B.A., 24 décembre 1952, 2666.

Ce n'est, en effet, que le 3 octobre 1960 que furent promulgués les premiers textes relatifs au contrôle du change et du commerce extérieur dans le nouvel Etat indépendant ⁷⁵.

- L'organisation administrative entre 1960 à 1967

Sur le plan institutionnel, les textes du 3 octobre 1960 mettent en place un appareil administratif relativement complexe ⁷⁶. La compétence réglementaire est confiée à une commission politico-administrative, la Commission de change, composée de Ministres (Finances, Economie Nationale et Commerce extérieur) et de fonctionnaires nommés par ces derniers. L'application quotidienne est, quant à elle, confiée à deux autres nouvelles institutions: l'Office des Licences, pour l'exécution du contrôle

⁷⁵ Décret-loi et ses arrêtés d'exécution du 3 octobre 1960 relatifs au contrôle des changes et à la réglementation du commerce extérieur, in M.C., n° 39 du 26 septembre 1960, 2522.

⁷⁶ L'organisation institutionnelle ainsi que la politique du contrôle des changes mises en place par ces textes ont été décrites par P. DUPRIEZ, Les instruments de la politique du commerce extérieur, in Cah. Ec. et Sociaux, IRES, Lovanium, n° 3, novembre 1964, 209-255; ; Id., La politique du commerce extérieur, in IRES, Indépendance, inflation et développement. L'économie congolaise de 1960 à 1965, Paris, Mouton et IRES, Lovanium, 1968, 559 et sv.

des paiements relatifs au commerce extérieur, et l'Office des Changes, pour le contrôle de tous les autres paiements ⁷⁷.

La multiplication d'organes administratifs et l'instabilité politique de l'époque allaient bien vite poser des difficultés de gestion administrative et de coordination de politiques d'action dans l'attribution des devises déjà rares ⁷⁸. Aussi, l'organisation institutionnelle va-t-elle évoluer vers une reprise des compétences réglementaires et d'exécution par un organe unique de nature plus technique que politique, à savoir la banque centrale.

Cette reprise allait, cependant, se faire progressivement en raison des résistances:

⁷⁷ Ces offices étaient des organismes autonomes, dotés de la personnalité juridique, placés sous la tutelle du Ministre des Finances, pour l'Office de change, et du Ministre du Commerce extérieur, pour l'Office des licences. Pas moins de quatre administrations décentralisées s'occupaient de l'élaboration et de l'exécution de la réglementation des changes et des paiements extérieurs au Congo, à savoir : les trois organismes spécialisés cités ci-dessus ainsi que le "Conseil Monétaire" qui, à l'époque, faisait office de la banque centrale, en attendant la création et l'entrée en fonction de celle-ci. La Banque centrale n'a été créée que le 23 février 1961 (décret-loi du 23 février 1961) et n'a commencé réellement à fonctionner que le 22 juin 1964.

⁷⁸ Compte tenu de la composition de la Commission de change et de la dépendance des deux offices des Ministres des finances et du commerce extérieur, les autorités politiques intervenaient directement dans l'élaboration et l'exécution du contrôle du change .

- première étape : la reprise de la direction de l'Office des changes par le Conseil Monétaire ⁷⁹.

- seconde étape : un décret-loi du 29 juin 1961 ⁸⁰ réorganise les compétences de divers organes existants, mais n'en supprime aucun. Les compétences de la Commission de Change sont, notamment, réduites; la direction de l'Office des licences est également confiée à la banque **centrale**.

- troisième étape : la création d'un poste d' "Ordonnateur de devises", dépendant directement du Premier Ministre, et doté de très larges pouvoirs en matière d'utilisation des devises. Il s'agissait officiellement d'un nouvel organe d'exécution, l'élaboration de la réglementation restant légalement une attribution de la Commission des changes ⁸¹. Il s'agit, *en réalité*, d'un organe dont l'autorité s'imposait à la Commission, puisque les décisions prises par celle-ci ne devenaient exécutoires que moyennant son accord. A travers la création de cet organe, c'est en réalité, la position de la banque **centrale** qui est

⁷⁹ Circulaire du Conseil Monétaire n° 1 du 20 février 1961 (document interne de la Banque du Zaïre).

⁸⁰ M.C., 20 juillet 1961, 276. Ce texte abrogeait le texte légal antérieur.

⁸¹ Ordonnance du Président de la République n° 136 du 15 septembre 1962, in M.C. du 8 octobre 1962, 244.

renforcée, puisque la fonction d'ordonnateur de devises est confiée au Président-Gérant de celle-ci ⁸².

- enfin, dernière étape : la promulgation de l'ordonnance-loi n° 67/272 du 23 juin 1967 . Ce texte qui confie tous les pouvoirs - réglementaire et d'exécution - en matière de réglementation du change et du commerce extérieur à la Banque du Zaïre, est le modèle même d'un texte législatif de pure habilitation : la banque centrale peut, en matière de normalisation, faire ce que le législateur fait dans d'autres domaines ⁸⁴.

§.2 - Les contrôles administratifs exercés sur l'exercice de la compétence réglementaire par les administrations du contrôle des changes.

Ceux-ci sont, évidemment, liés à la technique de transfert des pouvoirs réglementaires utilisée.

Lorsque l'habilitation a lieu par délégation de compétence opérée par les autorités réglementaires ordinaires de l'Etat, l'autorité délégante dispose des pouvoirs de contrôle liés à la technique de la délégation de compétence et qui ont été analysés plus haut. Des mécanismes supplémentaires, au demeurant classiques, permettent en plus aux autorités politiques de maintenir un contrôle sur l'exercice de la

⁸² La création du poste d'ordonnateur des devises ainsi que ceux d'ordonnateur des finances publiques et de directeur de la coordination économique créés à la même occasion fut, en fait, imposée par l'O.N.U. au Congo. Ces postes furent confiés aux experts fournis par la mission d'assistance de l'O.N.U.. Cf. l'exposé des motifs qui précède le texte de l'ordonnance présidentielle.

⁸⁴ Le texte de l'ordonnance-loi est reproduit, en annexe (Annexe III).

compétence réglementaire par les autorités administratives spécialisées, à savoir:

- le contrôle de tutelle, s'agissant de personnes publiques décentralisées;

- le contrôle hiérarchique, lorsqu'il s'agit d'administrations non décentralisées⁸⁵.

Le contrôle de tutelle - cas le plus fréquent - prend, en général, la forme d'un droit de regard général sur l'ensemble des décisions et des opérations de l'administration décentralisée par l'intermédiaire d'un représentant du gouvernement⁸⁶. Celui-ci, qui assiste à toutes les réunions des organes dirigeants dispose du droit de suspendre l'application de toute décision ou opération qu'il juge contraire à la loi ou aux intérêts de l'Etat. Dans ce cas, il fait rapport à l'autorité de tutelle - Ministre des Finances, généralement, ou toute autre autorité⁸⁷ - qui confirme ou infirme la décision du représentant du gouvernement.

⁸⁵ Cas de la Direction du Trésor et de la Direction Générale des Douanes en France, qui font partie de l'Administration Centrale du Ministère de l'Economie et des Finances.

⁸⁶ V. l'article 5 de la nouvelle loi relative à l'I.B.L.C., introduite par l'article 36 de la loi du 2 janvier 1991 (art. 4 de l'ancien arrêté-loi organique); l'article 43 de l'ordonnance-loi 67-264 du 22 juin 1967 portant modification des statuts de la Banque du Zaïre, telle que modifiée elle-même par l'ordonnance-loi n° 71-008 du 3 mars 1971 (textes, in M.C., n° 17 du 1er septembre 1967, 721 et J.O.R.Z., n° 7 du 1er avril 1971, 295).

⁸⁷ Le Président de la République, au Zaïre. Depuis l'ordonnance-loi n° 71-008 du 3 mars 1971, la Banque du Zaïre est, en effet, placée sous la tutelle du président de la République.

Un mécanisme spécial de contrôle sur l'activité réglementaire de l'I.B.L.C. est, en outre, prévu par l'arrêté belge du Régent du 6 octobre 1944 relatif au contrôle du change ⁸⁸. L'article 19 prévoit, en effet: "L'I.B.L.C. prend, d'accord avec le Ministre des finances et suivant ses directives : 1° les règlements que nécessite l'application des dispositions du présent arrêté; 2° les règlements qui tendent à rendre le contrôle des opérations de change moins étroit...". Il s'agit, en réalité d'un pouvoir d'approbation préalable implicite dont dispose le Ministère sur l'ensemble des actes réglementaires pris par l'I.B.L.C., et dont l'exercice n'est soumis par le texte réglementaire à aucune condition de forme. Cette approbation peut, par conséquent, être tacite ou expresse, donnée verbalement ou par écrit ⁸⁹. Le ministre belge des finances et, à travers lui, le gouvernement dispose donc des moyens juridiques qui lui assurent une maîtrise sur l'ensemble de la réglementation émise par l'Institut.

Pour ce qui est des pouvoirs réglementaires de la Banque du Zaïre, il convient de signaler une forme particulière de tutelle qui s'exerce sur l'activité de la Banque du Zaïre en matière politique de change, depuis 1978. En application d'accords d'assistance technique et financière conclus entre le F.M.I et l'Etat zaïrois, est venu s'adjoindre à la direction de la Banque un poste de "Directeur Principal", confié à un fonctionnaire

⁸⁸ On ne trouve pas de dispositions analogues dans les réglementations française et zaïroise du contrôle des changes.

⁸⁹ L'approbation des règlements de l'I.B.L.C. par le Ministre des Finances est désormais explicitement prévue dans la nouvelle loi organique de l'I.B.L.C., issue de la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire (Titre II de la loi, art.6; Mon. B., 25 janvier 1991, 1524). **V. le texte de cette loi, en annexe (Annexe I.4).**

du Fonds ⁹⁰. Celui-ci se situe, organiquement, sous la direction du Gouverneur de la Banque, puisqu'il agit "sur délégation de pouvoirs du Gouverneur" ⁹¹. En réalité, il exerce certaines attributions appartenant au Conseil de direction. Il est, en effet, chargé de "la conception et de l'exécution de la politique monétaire dans ses aspects change et crédit" ⁹². Aucun règlement en matière de contrôle de change ne peut, en principe, être pris sans l'accord de ce représentant du Fonds.

§.3 - Le problème de la régularité juridique de l'attribution d'un pouvoir réglementaire autonome aux administrations spécialisées .

Pour bien cerner ce problème, il convient, encore, d'examiner séparément le cas où l'attribution du pouvoir réglementaire aux administrations de contrôle des changes résulte directement de la loi - cas de la réglementation des changes zaïroise - ou d'une délégation de compétence - cas des réglementations belge et française - .

Dans ce dernier cas, l'attribution de pouvoir réglementaire se décompose, en effet, en deux temps et il convient de se prononcer sur la régularité à la fois de l'habilitation légale et de la délégation de compétence opérée par les autorités réglementaires "constitutionnelles".

⁹⁰ V. l'ordre de service du Gouverneur de la Banque n° 376 du 19 septembre 1978 (Document interne). V. également: Banque du Zaïre, Rapport annuel, 1977-1978, 303.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid

a- La régularité de l'habilitation légale

La constitution est la charte fondamentale qui organise l'exercice des pouvoirs au sein de l'Etat. Il est un principe d'interprétation des textes constitutionnels que les pouvoirs organisés par la constitution doivent s'exercer de la manière établie ⁹³. Le pouvoir législatif lui-même et, a fortiori, le pouvoir exécutif, soumis à la constitution, ne peuvent modifier les rapports établis entre les pouvoirs, en organisant par exemple des délégations générales et illimités dans le temps des pouvoirs législatif et exécutif.

C'est dans la mesure où l'attribution d'un pouvoir réglementaire discrétionnaire aux autorités réglementaires "constitutionnelles" ou aux administrations spécialisées permet à celles-ci de faire, sans limitation de temps, ce que le législateur peut faire dans d'autres domaines que ce mode d'habilitation pose problème. Ne peut-on pas, en effet, y voir une

⁹³ Ce principe est expressément énoncé par la Constitution belge (article 25, alinéa 2). Mais il s'agit d'une règle généralement admise en droit public que toute attribution d'une compétence déterminée par le législateur - et a fortiori, par le constituant - confrère intuitu personae non seulement un pouvoir, mais également une fonction dont le titulaire ne peut disposer à son gré. Sur ce point et sur la délégation de compétence en général, cf. notamment : G. BOLAND, La délégation des pouvoirs du Roi en matière de tutelle administrative, Rapport sous Cons. d'Et., 28 décembre 1973, in R.I.D.A., 1974, 158 et sv., Cons. d'Et., 18 février 1976, n° 17455, in R.A.C.E., 202, arrêt rendu à propos des articles 1er et 4 de la loi du 28 décembre 1964 relative à la lutte contre la pollution atmosphérique; J. SALMON, La délégation de pouvoir au sein de l'administration, avis avant Cons. d'Et. (belge), n° 21253 du 12 juin 1981, in A.P.T., 1981, 189 et sv.; M.A. FLAMME, Droit administratif, T.I., Bruxelles, Bruylant, 1989, 339-346; A.MAST, A. MALEN et J. DUJARDIN, Précis de droit administratif belge, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, 14 et sv.

délégation générale et permanente du pouvoir législatif ou "quasi-législatif", suivant les termes du Conseil d'Etat belge ⁹⁴ ?

En Belgique, la portée de l'article 3 de l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 ⁹⁵ en tant qu'il opérait une "délégation du pouvoir législatif" a été rejetée par le Conseil d'Etat ⁹⁶. On peut observer que cet article, confirmé par la loi du 30 juillet 1971 ⁹⁷, était rédigé dans des termes habilitants identiques à ceux des textes légaux de base en matière de contrôle du change ⁹⁸. La position du Conseil d'Etat belge doit être approuvée. Divers auteurs ont, en effet, montré que l'on ne peut parler de délégation du pouvoir législatif, puisque les actes pris sur

⁹⁴ Cons. d'Et. , avis du 5 juillet 1971, précité.

⁹⁵ Texte de base, pendant longtemps, de la réglementation économique et des prix en Belgique (Mon. B., 24 janvier 1945 , 345).

⁹⁶ Cons. d'Etat, 29 juin 1962, SPRL Firentra, A.A.C.E., 588, ou R.I.D.A., 1962, 274.

⁹⁷ Mon.B., 31 août 1971.

⁹⁸ Comparer, par exemple, les dispositions habilitantes utilisées dans les articles 1er, 3 et 3 bis de l'arrêté-loi belge du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes ou encore les articles 1er et 3 de l'ordonnance-loi zaïroise (V. ces textes, en annexe) avec celles utilisées à l'article 3 de l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 précité.

Ce dernier article était rédigé comme suit (alinéas 1 et 2): "Les Ministres ayant les affaires économiques, l'agriculture et le ravitaillement dans leurs attributions peuvent, chacun en ce qui le concerne, interdire, réglementer, ou contrôler l'importation, la production, la fabrication, la préparation, ... des produits, matières, denrées, marchandises et animaux qu'ils désignent.

Ils peuvent réserver l'exercice de ces activités à des personnes ou entreprises ou fermer les établissements dont l'activité leur apparaît superflue ou nuisible ...".

habilitation légale demeurent des actes réglementaires, revêtus d'une autorité inférieure à celle de la loi ⁹⁸.

Les lois que nous avons appelées lois de "pure habilitation" restent des lois ou des dispositions légales d'attribution de pouvoirs réglementaires. Elles ont pour objet, soit d'élargir la compétence des autorités constitutionnellement investies du pouvoir réglementaire - les gouvernements-, soit de conférer purement et simplement un pouvoir réglementaire à des institutions administratives décentralisées. Comme les lois dites "de délégation"⁹⁹, elles ont leur ^{expressément} fondement juridique dans les constitutions pour ce qui est, du moins, de l'attribution du pouvoir

⁹⁸ Ils demeurent ainsi des règlements, soumis à un contrôle de légalité et susceptibles d'annulation pour excès de pouvoir. Cf. J. MASQUELIN, art. cité, 19.

La notion de "pouvoir quasi-législatif" n'est pas une notion d'ordre juridique, puisqu'elle n'a pas un contenu juridique précis. Cette expression veut simplement signifier que l'autorité réglementaire dispose d'une large habilitation qui lui permet de faire ce que le législateur peut faire dans d'autres domaines, sans autre limitation quant au contenu des normes que l'objet de l'habilitation.

⁹⁹ Cf. J. MASQUELIN, art. cit., 14 et sv.

réglementaire aux autorités réglementaires "constitutionnelles" ¹⁰⁰. Les textes constitutionnels sont, cependant, muets concernant l'attribution d'un pouvoir réglementaire autonome à des autorités administratives décentralisées.

Cette question peut néanmoins, nous semble-t-il, être résolue de manière suivante. Ce qui est, en effet, interdit par la constitution c'est, d'une part, une délégation générale du pouvoir législatif permettant à l'autorité subordonnée de prendre des actes ayant la même autorité que celle d'une loi; d'autre part, des délégations spécifiques de pouvoir permettant aux autorités réglementaires d'intervenir dans des domaines

¹⁰⁰ En Belgique, la majorité des auteurs estiment que de telles lois d'habilitation ont leur fondement dans l'article 78 de la Constitution belge. Cf. notamment: J. MASQUELIN, art. cit., 12; Y. LEJEUNE et H. SIMONART, art. cit., 318-319; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH et A. VANWELKENHUYSEN, Les tendances actuelles de la répartition des fonctions législatives entre le parlement et le gouvernement, in Rapports belges au VIII^e congrès international de droit comparé, C.I.D.C., 1970, 582; A. MANITAKIS, op.cit., 104 et sv.

En France: les dispositions de base sont les articles 21, 34 et 37 de la Constitution de 1958 répartissant les domaines respectifs de la loi et du règlement.

Comme nous l'avons souligné, par ailleurs, les différentes constitutions zaïroises qui se sont succédées depuis 1967, se sont expressément inspirées des articles 34 et 37 de la constitution française de 1958 (v., par ex., l'article 87 de la Constitution zaïroise révisée au 1^{er} janvier 1983 (in J.O.R.Z., n° 1 du 1^{er} janvier 1983)).

expressément réservés au législateur ¹⁰¹. Toute attribution de pouvoir qui ne viole pas cette double interdiction n'est juridiquement pas incompatible avec l'exercice des pouvoirs tel qu'il est organisé par la constitution. Si elle n'est pas expressément interdite par la constitution, elle doit, par conséquent, être considérée comme juridiquement

¹⁰¹ Ce qui a été critiqué dans l'habilitation légale contenu dans l'art. 3 de l'arrêté-loi belge du 22 janvier 1945, c'est notamment le fait que celle-ci transférait pour une durée illimitée aux Ministres l'exercice d'une partie des pouvoirs spéciaux confiés par le législateur au Roi dans des circonstances exceptionnelles et pour une durée limitée (loi des pouvoirs extraordinaires du 7 septembre 1939, Mon.B., 8 septembre 1939, 6142)

Cette habilitation permettait aux Ministres de mettre fondamentalement en cause le principe de la liberté du commerce et de l'industrie - en interdisant, par exemple, l'exercice de certaines activités commerciales ou en réservant celui-ci à certaines personnes - même après la cessation des circonstances exceptionnelles. V. notamment: R. ANDERSEN, La réglementation des prix en droit belge, Bruxelles, Larcier, 1977, XXI et sv.

conforme non seulement à la lettre, mais également à l'esprit de celle-ci¹⁰².

La réglementation des changes ne met pas fondamentalement en cause l'existence même du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Elle en organise simplement le mode de jouissance en soumettant à contrôle préalable les paiements internationaux et la conclusion de certains actes¹⁰³. Mais, elle peut, on l'a vu, porter fondamentalement atteinte au droit de propriété en imposant, par exemple, le blocage ou la réquisition de certains avoirs au profit de la collectivité nationale, en imposant des intérêts négatifs sur les dépôts bancaires de non-résidents. Dans ce cas, le régularité de l'attribution de pouvoirs réglementaires aux administratifs spécialisés pose problème au regard de l'organisation constitutionnelle des pouvoirs aussi bien en Belgique, en France qu'au Zaïre. C'est ce problème qui, à divers reprises, a été soulevé par le Conseil d'Etat belge lorsqu'il a attiré l'attention du gouvernement et du législateur sur la non-conformité au "fonctionnement normal des institutions" ou à "l'organisation des

¹⁰² En ce qui concerne spécifiquement le droit belge, un autre argument en faveur d'une telle régularité résulte de l'interprétation extensive de l'article 78 de la Constitution belge. Si, d'après cet article, le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui donnent la Constitution et la loi, on peut en déduire que le législateur peut librement conférer les attributions que le constituant n'a pas expressément réservées à des organes déterminés.

L'argument a été, notamment, invoqué à propos de l'attribution de pouvoirs réglementaires aux Ministres (cf. A. MANITAKIS, *op.cit.*, 198). Il peut, nous semble-t-il, être valablement invoqué à propos des pouvoirs réglementaires attribués à des organismes administratifs décentralisés.

¹⁰³ V.M. HERBIET, *Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et sa protection par le Conseil d'Etat*, *art.cit.*, 199.

pouvoirs" en Belgique de l'attribution de pouvoirs réglementaires à des organismes administratifs dépourvus de responsabilité politique dans les domaines touchant, notamment, au droit de propriété et aux sanctions pénales¹⁰⁴.

Le problème posé par le Conseil d'Etat est, en notre sens, double. Un problème juridique, celui qui vient d'être évoqué plus haut. L'article 25 de la Constitution belge interdit, en effet, en principe les délégations de pouvoirs, même si des évolutions ont eu lieu dans la pratique constitutionnelle¹⁰⁵. Mais la régularité de l'attribution des pouvoirs réglementaires aux administrations décentralisées comme celles chargées du contrôle du change pose véritablement problème vis-à-vis de cet article lorsqu'elle permet à celles-ci d'intervenir dans des matières normalement réservées au pouvoir législatif (ex: remettre en cause le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le droit de la propriété individuelle¹⁰⁶, le principe de la légalité des délits et des peines, etc...). Le problème posé par le Conseil d'Etat est ensuite, un problème politique. C'est du risque inhérent à tout système de "bureaucratisation" du processus de production du droit, à savoir la disparition du contrôle politique sur celui-ci dans des domaines qui touchent aux libertés publiques dans les Etats démocratiques où la souveraineté nationale est exercée par les organes pouvant être politiquement censurés par les électeurs.

¹⁰⁴ cf. Les avis du 8 mars 1956 et du 28 octobre 1987, déjà cités.

¹⁰⁵ avec notamment la pratique des pouvoirs spéciaux.

¹⁰⁶ Ce problème a été partiellement résolu dans la réglementation belge du change, puisque le Roi s'est réservé l'exercice du pouvoir fiscal d'urgence qui lui est reconnu par l'art. 3 quinquies de l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 (art. 1 de l'arrêté royal du 18 juillet 1978 sur le contrôle des changes; Mon. B, 12 septembre 1978).

b - La régularité de la délégation de compétence

Les conditions de régularité de la délégation de compétence sont, en général, mieux connues dans la théorie générale des actes administratifs ¹⁰⁷.

La délégation d'une compétence transférée n'est, tout d'abord, régulière que si elle est prévue dans le texte d'habilitation. Il est, ensuite, admis que toute délégation de compétence doit rester partielle, en ce sens qu'elle ne peut aboutir à vider de toute substance la fonction exercée par l'autorité délégante.

Ces conditions se trouvent toutes réunies en ce qui concerne les délégations de compétence réglementaire en matière de contrôle des changes ¹⁰⁸. Il faut, d'autre part, relever que la délégation étant accordée par des actes réglementaires "ordinaires" des autorités délégantes - arrêtés

¹⁰⁷ V., en droit belge, la doctrine citée plus haut à la note 93, à laquelle on peut ajouter: Les Nouvelles, Droit administratif T. VI, Le Conseil d'Etat, n° 1253 à 1265, 1396 et sv.; F. KOKELBERG, Licéité de la délégation de pouvoir: avant tout une question de limites, in A.P.T., 1985, 133 et sv. En droit français, v. notamment: A. de LAUBADERE, J.C. VENEZIA et GAUDEMET Y. Traité de droit administratifs, op. cit., T.I., 1986, 331 et sv., n° 682-685; R. CHAPUS, Droit administratif général T.I. 4^e éd., Paris, Domat Montchrétien, 1988, 687, n°115 et sv.

¹⁰⁸ Cf. Les articles 2 de l'arrêté-loi belge et 8 et 9 du décret français n°68-1021 du 24 novembre 1968.

Ce problème ne se pose pas au Zaïre, étant donné que les pouvoirs réglementaire de la Banque de Zaïre résultent directement de la loi

royaux en Belgique, décrets gouvernementaux en France -, celles-ci disposent à tout moment du droit d'y mettre fin¹⁰⁹.

On ne trouve pas dans les textes réglementaires belge ou français portant délégation de compétence des dispositions permettant au gouvernement de modifier d'initiative les règlements régulièrement pris par les administrations du change. Ceci est, par ailleurs, normal puisque l'intervention du gouvernement est, en général, prévue avant l'entrée en vigueur des règlements sous la forme d'une approbation préalable¹¹⁰. Il n'est pas non plus prévu de possibilité de substitution du gouvernement en cas de carence de l'administration du contrôle, ce qui est également conforme à la théorie générale du droit administratif. La possibilité de révocation ad nutum de la délégation de compétence, suivie alors d'une intervention gouvernementale, est suffisante à prévenir une telle carence.

En définitive, la régularité juridique de la délégation de compétence réglementaire - même autonome - aux institutions administratives chargées du contrôle des changes ne fait pas de doute au regard de la théorie générale des actes administratifs.

Il résulte de ces développements que le droit du contrôle des changes est non seulement un droit d'origine réglementaire, mais un

¹⁰⁹ Il a, également, été reproché à la délégation de pouvoir opérée par l'art. 3 de l'arrêté-loi belge du 22 janvier 1945 le fait d'avoir été accordée par un acte ayant force de loi que le Roi ne pouvait plus librement révoquer après l'expiration des pouvoirs spéciaux.

¹¹⁰ cf., supra, p. 72.

droit dont le contenu et les finalités sont laissés par le législateur à la discrétion d'autorités réglementaires subordonnées. Celles-ci se trouvent être, directement ou par ~~des~~ délégations successives de compétence, les mêmes que celles qui sont chargées de son application concrète sur le terrain, c'est-à-dire, les administrations d'intervention elles-mêmes.

Il s'agit là d'une caractéristique que ne rend pas totalement la qualification de "droit réglementaire" que l'on rencontre dans le discours juridique général relatif au droit économique.

L'objectif recherché par un tel mode d'habilitation légale est évident. Il s'agit d'assurer le maximum de souplesse et de cohérence à la réglementation dans un domaine d'intervention aussi conjoncturel et sensible que celui du contrôle du change et des mouvements internationaux de capitaux, en laissant en quelque sorte "les mains libres" aux autorités administratives chargées de l'application même du contrôle sur le terrain. Ce mode d'habilitation permet à celles-ci de mettre en place ou de modifier la réglementation au gré des besoins de réglementation, de l'évolution des circonstances et des difficultés d'application de la réglementation déjà existante.

Des améliorations dans la rédaction des lois d'habilitation sont, certes, toujours possibles dans le sens d'une plus grande précision du domaine d'habilitation, comme nous l'avons relevé à propos de certains articles introduits par la loi du 23 décembre 1974 dans le dispositif légal belge du contrôle des changes. Il paraît, cependant, difficile - pour les raisons évoquées plus haut - d'imaginer une intervention législative différente, enserrant, par exemple, le pouvoir réglementaire des administrations du contrôle des changes dans un cadre normatif de fond plus contraignant et, de surcroît, difficilement modifiable de par sa nature législative. Il y a, en réalité, dans les domaines d'intervention économique aussi sensibles que celui de la politique monétaire conflit entre les préoccupations d'ordre juridique et constitutionnel, d'une part, celles de recherche de l'efficacité des interventions publiques, d'autre

part, conflit que les pouvoirs publics semblent préférer résoudre en faveur des secondes¹¹².

Dans tous les cas, on ne peut parler de "déclin" ou de "changement de rôle" de la loi pour qualifier ce mode d'intervention législative¹¹³, pour deux raisons au moins. Parler de déclin ou de changement de rôle, c'est en effet sous-entendre la mise en parallèle de deux situations, une situation antérieure où la loi intervenait "normalement" par rapport à la situation actuelle de déclin. C'est également sous-entendre la possibilité que le législateur intervienne "normalement" en cette matière. Or, de tels sous-entendus sont très discutables, comme on vient de relever. D'autre part, les termes de "déclin" et de "changement de rôle" nous paraissent trop globalisantes et n'expriment pas la réalité de l'intervention législative en droit public économique dans son ensemble. L'on ne peut, en effet, perdre de vue que la loi intervient tout à fait normalement dans la mise en place des structures d'intervention - à travers les lois dites "lois organiques" - et l'attribution des moyens financiers aux organes d'intervention (lois budgétaires, en Belgique et au Zaïre, lois de finances, en France¹¹⁴.

¹¹² V., par exemple, les réponses du Ministre belge des Finances aux diverses propositions d'amendement des parlementaires lors de la discussion à la Chambre du projet qui allait devenir la loi du 23 décembre 1974. Cf. Doc. Parl. Ch., S.E., 1974, 234/2.

¹¹³ J.M. FAVRESSE, M.A. FLAMME et autres, Aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique, Bruxelles, Bruylant, 1976, 22.

¹¹⁴ V. les observations de B. CUBERTAFOND à propos de l'importance réelle de la loi en droit économique français. Cf. B. CUBERTAFOND, Importance de la loi en droit public économique, in A.J.D.A., 1977, 468 et sv., spéc. 474-476.

L'expression la mieux adaptée pour qualifier le rôle de la loi dans l'encadrement normatif de l'activité réglementaire des administrations de change nous paraît être celle "d'effacement de la loi"¹¹⁵. L'intervention de celle-ci se limite, en effet, à autoriser l'intervention des autorités réglementaires subordonnées.

Après l'étendue de la compétence réglementaire conférée aux administrations, il convient, à présent, d'examiner la manière dont celle-ci est exercée.

¹¹⁵ R.SAVY et FROMONT, L'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique. Etude de droit comparé, T. I., Paris, PUF, 1978, 16; R. SAVY, Droit public économique, Paris, Dalloz, 1972, 95.

CHAPITRE II - LE PROCESSUS DE NORMALISATION EN DROIT DU CONTROLE DES CHANGES ET DES PAIEMENTS INTERNATIONAUX

L'analyse du processus d'élaboration des normes réglementaires montre qu'à côté des formes de réglementation prévues par la loi - qui sont, au demeurant, classiques -, l'exercice du pouvoir réglementaire emprunte des formes particulières non prévues par la loi. Celles-ci posent d'importants problèmes juridiques qu'il convient d'analyser.

On étudiera, tout d'abord, les diverses formes qu'emprunte l'action normatrice des autorités réglementaires, avant d'évoquer ces problèmes.

Section 1 - Analyse du processus de normalisation réglementaire en droit du contrôle des changes

Deux traits caractérisent le processus de production des normes réglementaires en droit du contrôle des changes: d'une part, un système de réglementation que nous qualifierons de "réglementation par voie administrative", dans lequel les actes "d'administration interne" et la technique permissive participent au processus de normalisation; d'autre part, l'atténuation du principe de la hiérarchisation des normes.

§.1 - Les formes de réglementation classiques prévues par la loi

Les formes de réglementation classiques qui sont prévues par les textes légaux de base sont constituées de deux catégories d'actes:

- d'une part, les actes qui sont pris par les autorités réglementaires "constitutionnelles" (décrets gouvernementaux et arrêtés du Ministre de l'Economie ~~et~~ des Finances en France; arrêtés royaux en Belgique);

- d'autre part, les actes pris par les autorités administratives de contrôle des changes et qui sont qualifiés de réglementaires par la loi. Ceux-ci reçoivent diverses dénominations, qui sont sans importance sur le plan de leur qualification réglementaire¹. Leur édicition ne pose pas de problème juridique particulier.

¹ Il sont, ainsi, appelés:

- "règlements": textes émis par l'I.B.L.C. (articles 2 de l'arrêté-loi belge et 19 de l'arrêté du Régent, article 6 de la loi nouvelle loi;
- "Circulaires"; cas des textes réglementaires pris par l'administration du Ministère français de l'Economie et des Finances (Direction du Trésor et Direction Gén. des Douanes). Les textes réglementaires émanant du Ministère français de l'Economie et des Finances comprennent, en effet, les arrêtés ministériels et les "circulaires" émises de manière impersonnelle, c'est-à-dire, non signées par le Ministre, mais dont la responsabilité est assumée par ce dernier. Celles-ci sont l'oeuvre de la Direction du Trésor, en vertu de sa compétence générale de maître d'oeuvre de la réglementation du change reçue lors de la suppression de l'Office de change en 1959. Les tribunaux français en ont admis le caractère réglementaire: cf. notamment: Cass., crim., 16 janvier 1976, Gryson, D.S., 1976, I.R., 55);
- "circulaires": textes émis par la Banque du Zaïre. L'ordonnance-loi du 23 juin 1967 parle bel et bien de "règlements" de la Banque du Zaïre (v. les articles 4, 6 et 7). On constate, cependant, qu'aucun acte émis par la Banque ne porte une telle dénomination. La forme d'expression normale du pouvoir réglementaire de la Banque du Zaïre est constituée de textes dits "circulaires", qui sont numérotées de manière continue année par année.

Expressément adressés au public, ces actes réglementaires pris par les administrations de change sont, en général, soumis à l'obligation de publication pour leur entrée en vigueur².

Il convient, cependant, de relever une particularité de l'ordonnance-loi zaïroise à ce sujet. L'article 7 de ce texte prévoit, en effet, l'obligation de publication des règlements de la Banque du Zaïre. Il précise, cependant, que les règlements entrent en vigueur à la date de leur communication aux intermédiaires agréés, sauf s'ils prévoient d'autres délais. Le législateur zaïrois dissocie ainsi l'entrée en vigueur des règlements de leur publication au journal officiel. On peut, dès lors, s'interroger sur la raison d'être de cette dernière formalité.

En dissociant l'entrée en vigueur des règlements de leur publication, le législateur zaïrois a sans doute voulu parer à ce problème bien connu de la parution irrégulière du journal officiel zaïrois. Il faut, en effet, signaler l'énorme hiatus entre le prescrit légal et la pratique actuelle de réglementation des changes au Zaïre. En effet, si les premières circulaires de la Banque du Zaïre qui suivirent immédiatement l'entrée en vigueur de l'ordonnance-loi du 23 juin 1967 furent effectivement publiées, on ne trouve plus aucune circulaire de la Banque du Zaïre au journal officiel.

On peut, cependant, constater ce problème a été résolu autrement et de manière plus heureuse, semble-t-il, en ce qui concerne l'entrée en vigueur des textes législatifs³. Comme pour ceux-ci, on pourrait, en effet, prévoir

² Cf. par ex. : art. 2 alinéa 4 ancien de l'arrêté-loi belge du 6 octobre 1944 (art 6 de la nouvelle loi organique de l'I.B.L.C.); art.7 de l'ordonnance-loi zaïroise.

³ V. p. suivante.

l'obligation de publication des règlements de la Banque du Zaïre au bulletin quotidien de l'agence officielle de presse .

§.2 - La réglementation par voie d'instructions et autres actes d'administration interne

Une seconde catégorie de textes réglementaires est constituée par les circulaires, notes, instructions, lettres, etc... qui sont adressées par les administrations spécialisées aux intermédiaires agréés. Ces textes sont, donc, considérés par les administrations du change comme des actes d'administration interne, les intermédiaires agréés étant le plus souvent pris par celles-ci comme des "collaborateurs internes".

N'étant pas considérés ni par le législateur, ni par les administrations du contrôle des changes elles-mêmes comme des actes adressés au public, ces textes ne sont

³ En raison de parution irrégulière du Journal officiel, il a été prévu dans la Constitution du 15 août 1974 que les lois entraient en vigueur dès leur publication au Bulletin de l'Agence officielle de presse, l'AZAP (art. 62 de cette Constitution). Cette disposition a cependant disparu lors des révisions constitutionnelles ultérieures (notamment, celles de 1978, 1980 et 1983). Par conséquent, ce problème de la publicité des lois et des actes réglementaires reste un problème qui n'est pas encore résolu de façon satisfaisante en droit public zaïrois. Sur ce problème, v. notamment: IMBAMBO L.N., De la publicité des actes administratifs au Zaïre ; M. VERWILGHEN et autres, De la publicité des dispositions législatives au Zaïre , in R.J.Z., 1987, n° 1-2-3, 22 et suppl. annuel, 45 et sv.

soumis à aucune obligation de publicité ⁴, même s'ils contiennent des dispositions à caractère réglementaire, comme c'est souvent le cas. Suivant les critères classiques du droit administratif ⁵, en effet, on peut également distinguer deux types de textes émis:

- d'une part, les circulaires, notes et lettres "interprétatives", qui sont adressées aux intermédiaires agréés et qui visent l'interprétation d'un point de droit par l'administration ou une bonne administration du service public du contrôle des changes - ex.: les circulaires donnant aux intermédiaires les règles de comptabilisation et de compte-rendu des opérations, les règles de vérification de la qualité de résident ou non-résident -. Ces textes ne modifient pas l'ordonnancement juridique existant et n'ajoutent rien aux droits et obligations des administrés;

- d'autre part, les circulaires, notes et lettres adressées aux intermédiaires agréés qui revêtent, assurément, un caractère réglementaire en raison de leur contenu.

La distinction entre ces deux types de textes est, quelquefois, très difficile à opérer, puisqu'elle exige parfois la consultation de nombreux textes réglementaires et administratifs, afin de connaître l'état du droit avant l'intervention du texte en cause. Le caractère réglementaire de

⁴ Il sont, quelques fois, diffusés par les intermédiaires agréées aux-mêmes dans des publications non-officielles. Ex: au Zaïre, les "Avis de clientèle" diffusés par certaines banques agréées, à travers lesquels celles-ci donnent à leurs clients, de manière non-officielle, la teneur de certaines instructions importantes de la Banque du Zaïre.

⁵ Cf. Notamment: DARVILLE-FINET, La circulaire administrative, source formelle du droit?, in Ann. dr. Liège, 1982 et sv; Y. GAUDEMET, Remarques à propos des circulaires administratives, in Mél. Stassinopoulos, Paris, Dalloz, 1974, 561 et sv.; M. HECQUARD-THERON, De la mesure d'ordre intérieur in A.J.D.A., 1981, 235 et sv.

certaines de ces textes est, par contre, manifeste. On peut, par exemple, noter que les mesures restrictives en matière de paiements internationaux prises par la Banque du Zaïre au début de l'année 1975, à la suite de la première grande crise des paiements internationaux que connût le Zaïre après la réforme monétaire de 1967, sont contenues dans des "lettres" du Gouverneur de la Banque du Zaïre adressées aux banques agréées⁶.

Lorsque l'on connaît l'importance et la sévérité de ces mesures, on peut se demander pourquoi celles-ci n'ont pas été prises par voie de "circulaires", qui constituent le mode d'expression ordinaire du pouvoir réglementaire de la Banque du Zaïre. Nous n'avons pas trouvé d'explication officielle à ce sujet. Il convient, peut-être, de chercher des éléments de réponse dans le fait que n'étant pas soumis à l'obligation de publicité⁷, ces textes constituent un canal de passage relativement discret de mesures restrictives quelque peu impopulaires dans les milieux d'affaires nationaux et étrangers.

L'on doit, en matière de réglementation des changes, relever le rôle particulier que jouent les intermédiaires agréés, et que l'on ne rencontre dans aucun secteur d'interventionnisme économique. Ceux-ci sont des professionnels privés, essentiellement les banques, mais

⁶ Cf. Par exemple, la lettre du Gouverneur de la banque du Zaïre n° 6821 du 29 janvier à l'Association zaïroise des Banques ou encore celle n° 8520 du 30 mai 1977 (Documents internes de la Banque du Zaïre).

⁷ L'on a, cependant, vu que les circulaires de la Banque du Zaïre n'étaient pas non plus publiées ni au journal officiel, ni au bulletin de l'AZAP et qu'elles entraient en vigueur à la date de leur communication aux intermédiaires agréés.

Il n'y a donc pas, dans la pratique, de différence entre les "circulaires" et les "lettres aux intermédiaires agréés" émises par la Banque du Zaïre, du point de vue de leur publicité.

également des professionnels d'autres secteurs intéressés par le contrôle des changes et des paiements extérieurs (ex. les hôteliers, au Zaïre, pour ce qui est de l'application des dispositions du contrôle des changes relatives aux voyages internationaux). En tant qu'administrés, ces professionnels privés sont tenus comme tous les autres administrés de respecter la réglementation du contrôle des changes. Mais en plus et par la technique de l'agrération administrative, les autorités publiques font peser sur ces derniers une véritable obligation de collaborer au service public du contrôle du change. Sous la menace du retrait de l'agrération qui leur est accordée, ils sont tenus de faire respecter par leur clientèle l'ensemble des paiements qui passent par leur canal ⁸. Cette double obligation fait pratiquement de ces intermédiaires de véritables agents d'exécution de l'administration. Le passage par ces intermédiaires étant, en général, obligatoire en régime de contrôle du change, l'administration est, en effet, ainsi assurée de pouvoir atteindre l'ensemble des administrés au moyen de pseudo-actes d'administration interne, qui ont juridiquement pour destinataires les seuls intermédiaires agréés, mais qui visent en réalité l'ensemble des administrés.

La légalité d'un tel mode de réglementation doit évidemment être mise en doute, au regard du principe de la publicité des lois et des règlements, puisque les administrés se voient ainsi imposer des sujétions nouvelles à leur insu et en dehors de toute publicité⁹. On peut, certainement, en dire autant de l'activité de normalisation par voie d'autorisations administratives de change que nous analysons dans le paragraphe suivant.

⁸ Cf. notamment: l'article 2 du décret français n° 68-1021 du 24 novembre 1968; Règlement A de l'I.B.L.C.; art. 8 et 9 de l'ordonnance-loi zaïroise du 23 juin 1967.

⁹ On rencontrera ce problème plus loin. Cf. infra, p. 109 et sv.

§.3 - La réglementation par voie d'autorisations administratives de change

Suivant la définition qu'en donne l'arrêté belge du 6 octobre 1944, l'autorisation de change est l'acte par lequel l'autorité chargée de l'application du contrôle des changes marque son accord sur une opération qui ne peut, en vertu de la réglementation, être réalisée sans cet accord ¹⁰. Il s'agit, donc, sur le plan du droit administratif, d'une "autorisation-dérogação", puisqu'elle est une dérogation délivrée par l'administration à une prohibition légale ou réglementaire qui constitue le principe ¹¹.

L'examen de l'activité normatrice des administrations de change montre que la technique permissive participe pleinement au processus de réglementation.

a - La réglementation par la voie d'autorisations de change générales ou particulières

Certaines précisions d'ordre terminologique s'avèrent indispensables afin d'éviter toute confusion. La terminologie utilisée par la réglementation du change ne correspond, en effet, pas nécessairement avec celle du droit administratif général.

Dans la réglementation du change, l'autorisation de change est "particulière" ou "générale" par son objet et non par les destinataires. C'est ainsi que l'autorisation de change est particulière ou générale, suivant qu'elle est octroyée pour la réalisation d'une seule ou de

¹⁰ Article 2 de l'arrêté du Régent.

¹¹ V. notamment: P. LIVET, L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques, Paris, LGDJ, 1974, 19.

plusieurs opérations ¹². Les autorisations générales et particulières de change peuvent être délivrées à une personne (autorisations individuelles), à un groupe déterminé de personnes (autorisations collectives) ou de manière globale à l'ensemble des administrés (autorisations que nous appelons "impersonnelles"). C'est cette dernière catégorie d'autorisations de change qui nous intéressera ici.

Lorsqu'elles sont délivrées de manière impersonnelle pour la réalisation d'une ou d'un ensemble d'opérations, les autorisations de changes générales ou particulières participent à l'activité réglementaire. Dans ce cas, elles ont, en effet, pour résultat de modifier de manière impersonnelle la norme générale, c'est-à-dire, celle qui est posée par les textes légaux et réglementaires à portée générale, pour l'opération ou l'ensemble des opérations concernées. On se trouve, en réalité, devant un double niveau de réglementation. La norme générale issue de la loi ou du règlement peut disparaître intégralement ou subsister en partie, devenant

¹² Cf. le même article 2 de l'arrêté belge du Régent.

en quelque sorte l'exception par rapport à la norme issue de l'autorisation générale ou particulière ¹³.

Ce mode de réglementation est très abondamment utilisé en matière de contrôle des changes ¹⁴. Il présente un double avantage. Celui de la souplesse, tout d'abord. Il permet aux autorités administratives d'adapter très rapidement les normes générales issues

¹³ Cf. P. LIVET, *op.cit.*, 187.

Sur le régime juridique des dérogations en droit administratif, cf. notamment: G. PEISER, *Le juge administratif et les dérogations*, in Mél. Waline, Paris, LGDJ, 1974, 665; M. SOUMERYN-KESTEMONT, *Le principe d'égalité et de réglementation économique dans la jurisprudence du Conseil d'Etat belge*, in L. INGBER, L'égalité, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'U.L.B., Vol. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1982, 94 et sv.

Sur l'utilisation de la technique des dérogations dans l'activité normatrice de la Commission Bancaire, cf. notamment: J. LE BRUN, *Les normes professionnelles dans l'action de la Commission Bancaire*, in C.D.V.A., Le droit des normes professionnelles et techniques, Séminaire des 16 et 17 novembre 1983, Bruxelles, Bruylant, 115 et sv. et spéc., 128-132

¹⁴ Dans le système d'organisation administrative du contrôle des changes au Congo Belge, les "Autorisations Générales" constituaient le mode normal d'expression du pouvoir réglementaire de la Banque centrale du Congo Belge et du Ruanda-Urundi en matière de réglementation du change. Les A.G. de la banque centrale étaient numérotées de 1 à 7 et englobaient l'ensemble de la matière du contrôle des changes (cf. B.A., 1953, n° 23 ter du 24 1592, 27 et sv.). La BCCBRU exerçait le pouvoir réglementaire sur délégation de compétence du Gouverneur Général. L'organisation était la suivante:

Roi (~~décrets~~) → G.G. (ordonnances) → B.C.C.B.R.U. (Aut. Gén., circulaires, instructions).

des règlements et d'autres textes à caractère général à des situations individuelles particulières ou à la situation économique changeante en attendant, par exemple, l'étude des conséquences éventuelles d'une modification des textes réglementaires •

Il présente ensuite l'avantage de la discrétion, puisqu'il permet aux autorités administratives de vider éventuellement de leur substance les textes réglementaires à portée générale sans devoir recourir au moule du règlement et à l'abri de toute publicité ¹⁵.

Il convient, plus particulièrement, de relever le cas des autorisations générales ou particulières qui sont accordées aux intermédiaires agréés. Celles-ci prennent généralement deux formes. Il peut s'agir, soit d'autorisations accordées de manière impersonnelle à l'ensemble des intermédiaires agréés - par exemple, les banques agréées -, soit d'autorisations accordées de manière individuelle, mais à chacun de ces intermédiaires, auquel cas elles aboutissent au même résultat que les autorisations impersonnelles. En raison de l'obligation qui pèse sur les intermédiaires agréés de faire respecter par leurs clients l'ensemble de la réglementation, une autorisation générale ou particulière risque d'avoir les effets d'une autorisation générale et particulière globale, à moins qu'elle ne soit limitée aux opérations propres de ces intermédiaires.

Il y a, par conséquent, diverses possibilités d'une réglementation indirecte par le canal des intermédiaires agréés: par voie d'instructions et circulaires internes, mais également par voie d'autorisations générales ou particulières de change.

¹⁵ Etant donné le caractère réglementaire de telles autorisations, celles-ci doivent normalement faire l'objet d'approbation par l'autorité de tutelle, lorsque celle-ci est exigée (par ex. : l'art. 6, nouvelle loi organique de l'I.B.L.C., déjà cité) .

b - La réglementation par la voie d'autorisations de change conditionnées.

L'autorisation de change, en tant qu'acte administratif ayant pour effet de permettre à un individu à réaliser une opération de change ou de paiement bien déterminée, ne participe normalement pas à l'activité réglementaire. Elle n'ajoute, en effet, rien à l'ordonnancement juridique existant ¹⁶. L'examen de la pratique du contrôle des changes montre, toutefois, que la technique des autorisations individuelles conditionnées est, comme dans de nombreux autres domaines d'interventionnisme économique ¹⁷, une pratique très courante.

Dans le cadre du droit administratif général, M.A. de LAUBADERE a attiré l'attention de la doctrine sur cette technique des autorisations administratives conditionnées, comme suit: "l'autorisation conditionnée ne présente pas seulement un intérêt du point de vue de la technique juridique mais aussi du point de vue de l'analyse générale des moyens d'action de l'Administration... car, par le biais des sujétions et des obligations qu'elle permet d'imposer, elle est susceptible de devenir... un instrument de relative direction de l'activité privée; elle n'est plus un

¹⁶ V. notamment: J. DEMBOUR, Droit administratif, La Haye, Martin Nijhoff, 1970, 259; C. CAMBIER, Droit administratif, Bruxelles, Larcier, 1968, 239 et sv.; A. LAUBADERE, J. Cl. VENEZIA et Y. GAUDEMET, op. cit., T.I. 9^e éd., 1984, 248 et sv.; R. CHAPUS, Droit administratif général, 4^e éd., T.I, Paris, Domat Montchrestien, 1988, 346.

¹⁷ Ainsi, en dehors du contrôle des changes, on retrouve cette technique dans divers autres secteurs d'interventionnisme économique basé sur l'autorisation administrative préalable: ex: dans le domaine du contrôle du commerce extérieur, de l'aménagement du territoire, la réglementation des investissements étrangers, etc...

simple pouvoir d'empêcher ou de laisser faire; elle prend un véritable sens actif" ¹⁸.

La technique du "conditionnement" des autorisations administratives permet, en effet, non seulement d'adapter les autorisations à la conjoncture économique ou de particulariser chaque autorisation en fonction des données économiques de chaque opération ou de la situation de chaque bénéficiaire, mais également d'étendre l'intervention administrative dans le temps, en maintenant un contrôle sur le comportement du bénéficiaire de l'autorisation postérieurement à la décision.

En matière de contrôle des changes, la technique des autorisations **conditionnées** participe largement à l'activité de normalisation dans la mesure où les obligations supplémentaires dont sont assorties celles-ci sont, le plus souvent, indéterminées dans les textes légaux et réglementaires.

1 - L'étendue du pouvoir des administrations de contrôle des changes en matière de "conditionnement" des autorisations de change

Dans les trois systèmes de réglementation des changes qui font l'objet de nos investigations, les pouvoirs des administrations de change en matière de "conditionnement" des autorisations de change trouvent

¹⁸ A. de LAUBADERE, Remarques sur le régime juridique de l'autorisation conditionnée, in Mél. Sayaguès-Laso Enrique, Madrid, 1969, 1246 .

expressément leur fondement soit dans les textes légaux de base ¹⁹, soit dans les textes réglementaires ²⁰.

Si le législateur dispose assurément d'un tel pouvoir d'habilitation, on peut, par contre, s'interroger sur la légalité d'une telle habilitation lorsqu'elle émane des autorités réglementaires, en cas de silence du législateur.

Nous n'avons pas trouvé de décision jurisprudentielle en droit du contrôle des changes qui puisse nous éclairer sur cette question. Toutefois, dans un domaine proche, celui du contrôle du commerce extérieur, le juge - français, notamment - a justifié la légalité d'un tel pouvoir d'habilitation des autorités réglementaires par "l'esprit de la loi". D'après le juge, ce pouvoir résulte des compétences expressément reconnues par la loi aux autorités administratives. En effet, si le législateur reconnaît aux autorités administratives chargées du contrôle du commerce extérieur la liberté d'octroyer ou de refuser la licence d'importation ou d'exportation - terme utilisé dans ce domaine pour

¹⁹ V. l'article 5 de l'ordonnance-loi zaïroise et l'article 459 du code français des douanes. Ce dernier, qui reprend les dispositions de l'article 5-I de la loi du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger range parmi les éléments matériels de l'infraction du change l'inobservation des "conditions dont les autorisations sont assorties".

²⁰ Article 14 de l'arrêté belge du Régent du 6 octobre 1944, tel que modifié par les arrêtés des 27 juillet 1951 et 25 janvier 1965.

désigner l'autorisation administrative d'importer ou d'exporter ²¹ - en considération des impératifs de protection de l'intérêt général qui dominant en ce domaine les intérêts particuliers, ces mêmes autorités peuvent a fortiori soumettre la décision d'autorisation aux conditions qu'elles déterminent en fonction des mêmes impératifs. Qui peut le plus peut en quelque sorte le moins ²².

L'étendue du pouvoir des administrations de change dépend, évidemment, du contenu des textes d'habilitation. Or, quelle que soit la réglementation, on constate que les dispositions légales ou réglementaires d'habilitation prévoient le principe des autorisations de change conditionnées, mais s'abstiennent de la moindre indication sur les modalités du "conditionnement," le contenu et le régime des

²¹ Certains auteurs introduisent, néanmoins, des nuances. Ainsi, pour A. de LAUBADERE, (Traité..., op.cit., n°74), le terme de licence désigne une autorisation assortie d'une "coloration quantitative telle que l'indication de quota ou de contingent". Pour R.SAVY (Droit public économique, op. cit., 81), la licence viserait "les activités économiques à la fois réglementées et contingentées et (son) octroi suppose nécessairement un choix parmi les bénéficiaires. Pour Ph. LIGNEAU, la licence serait une "autorisation administrative indispensable à l'exercice de commerces ou d'activités professionnelles dont l'Etat entend ainsi contrôler la qualité, le nombre et le développement ... Le terme licence recouvre des régimes juridiques très divers" (Ph.LIGNEAU, Un instrument de contrôle des professions: les licences délivrées par l'administration, in D.S., 1966, 66).

Il n'en reste pas moins que la licence d'importation ou d'exportation désigne l'autorisation administrative donnée par les autorités compétentes en matière de contrôle du commerce extérieur.

²² V. Ph. MANN, Le commerce extérieur devant le juge administratif, in R.S.L.P., 1968, 355

obligations susceptibles d'être imposées au bénéficiaire des autorisations de change ²³.

Le résultat d'une telle indétermination légale ou réglementaire est que les administrations de change disposent en cette matière d'une liberté

²³ En fait, l'article 14 de l'arrêté belge du Régent du 6 octobre 1944 ne donne qu'un exemple des obligations susceptibles d'être imposées aux bénéficiaires des autorisations de change délivrées par l'I.B.L.C. (v. l'adverbe "notamment").

L'article 5 de l'ordonnance-loi zaïroise prévoit simplement que "la Banque Nationale peut subordonner l'octroi et l'utilisation de son autorisation aux conditions qu'elle détermine".

Il n'y a pas, sur le plan juridique, de différence entre ces deux dispositions du point de vue de l'encadrement du pouvoir d'autorisation des deux administrations. Ces dispositions sont toutes les deux des dispositions de pure habilitation.

d'action presque totale ²⁴. Elles peuvent, ainsi, soumettre les autorisations à des obligations non prévues dans les textes légaux et réglementaires à portée générale.

²⁴ On peut, toutefois, malgré cette indétermination, se demander si le pouvoir de "conditionnement" des autorisations administratives de change qui est ainsi reconnu aux administrations n'a pas une limite. On ne trouve pas d'indications ^{de} jurisprudence en matière de contrôle du change. Il nous paraît, cependant, que l'on peut se référer aux indications jurisprudentielles et doctrinales tirées d'autres secteurs d'interventionnisme public où s'est posé le même problème. Ainsi, le principe de limitation des pouvoirs de l'administration posé par M. LIVET, à propos du "conditionnement" des autorisations en matière des libertés publiques, nous paraît transposable en matière d'autorisations de change. Suivant cet auteur, en effet, "le juge vérifie si les conditions édictées par l'autorité administrative ne sont pas purement et simplement irréalisables, car le procédé transformerait automatiquement la technique d'autorisation en une technique d'interdiction (P.LIVET, *op.cit.*, 272).

L'on doit, ensuite, exclure les conditions qui sont incompatibles avec l'objet de l'autorisation de change. Le Conseil d'Etat français a ainsi, jugé en matière d'autorisations de changement d'affectations des locaux en France qu'il résulte de l'objet même de l'autorisation... que l'autorité administrative, si elle accorde la dite autorisation, ne peut le faire qu'à titre définitif et non à titre de mesure provisoire ... révoquant à tout moment et limitée à une durée d'un an" (Cons. d'Et., 27 mai 1960, in *Rec. Leb.*, 370). Ainsi, on conçoit mal, par exemple, qu'en matière de transfert de capitaux pour la réalisation d'investissements directs que l'autorisation de change soit conditionnée à une obligation de transfert inverse dans des délais très courts ou à une révocabilité de l'autorisation à tout instant. Cela reviendrait pratiquement à rendre impossible l'opération d'investissement direct qui nécessite une

2 - La normalisation par voie d'autorisations de change conditionnées

Les obligations dont peuvent être assorties les autorisations individuelles de change peuvent, ainsi, être prédéterminées, c'est-à-dire, prévues dans les textes légaux ou réglementaires ou, au contraire, indéterminées. Cette indétermination est susceptible de prendre deux formes: soit les textes ne prévoient rien, mais habilite l'administration à soumettre les autorisations à des conditions qu'elle détermine librement; soit ils prévoient certaines obligations, mais laissent à

certaine durée pour sa réalisation. De la même manière, on concevrait mal qu'une telle opération soit soumise à une condition qui n'a rien à voir avec le contrôle des changes ou la protection des intérêts économiques et financiers du pays.

Enfin, le pouvoir de "conditionnement" de l'administration doit tenir compte de la finalité de l'intervention. Ainsi, en matière de contrôle des changes où le contrôle sur le comportement du bénéficiaire de l'autorisation au plus tard au moment de la réalisation effective du paiement suffit en général à assurer la protection des objectifs poursuivis par le contrôle des pouvoirs publics, il serait difficilement justifiable que les autorités administratives du contrôle des changes assortissent les autorisations de conditions impliquant le prolongement du contrôle administratif au delà de la réalisation effective du paiement (ex: l'imposition de conditions relatives à l'utilisation future par l'entreprise des biens et produits importés ou à la gestion future de l'entreprise bénéficiaire de l'autorisation de change, conditions qui n'ont rien à voir avec les objectifs de protection de la balance des paiements ou des ressources de change poursuivis par le contrôle du change.

Dans ces hypothèses, les conditions d'un excès ou d'un détournement de pouvoirs pourraient être réunies et la décision administrative censurée par le juge.

l'administration le pouvoir d'apprécier l'incorporation ou la non-incorporation de celles-ci dans les décisions d'autorisation.

Ainsi, les avis de mise à disposition de contingents spéciaux de devises qui sont régulièrement publiés par le Ministère zaïrois de l'Economie Nationale prévoient, par exemple, expressément la possibilité pour la Banque du Zaïre d'assortir ses décisions de répartition de conditions variables, en fonction de la situation économique prévalant au moment de la décision. La situation juridique de chaque bénéficiaire du même contingent pourra varier en fonction de divers facteurs économiques. La Banque du Zaïre est, de même, expressément habilitée à particulariser le contenu des autorisations individuelles en fonction des données techniques de chaque opération projetée et de la situation économique de chaque bénéficiaire (art. 5 de l'ord.-loi zaïroise).

Les circulaires de la Banque du Zaïre prévoient également, que les "Licences ou Déclarations Modèle I" ou les "Déclarations d'engagement de change-Modèle E" - c'est-à-dire, les demandes d'autorisations de change valant respectivement autorisations d'importer ou autorisations d'exporter - peuvent être subordonnées à l'obligation pour l'importateur ou l'exportateur de charger la marchandise sur un navire de la Compagnie Maritime Zaïroise ou d'un armement maritime agréé et en règle avec l'Office Zaïrois de Gestion du Fret Maritime. L'objectif évident poursuivi est la protection des intérêts de la compagnie maritime nationale et des marines marchandes étrangères qui lui sont associées. Cependant, l'intégration d'une telle obligation dans les autorisations de change dépend de la libre appréciation de la Banque du Zaïre - en raison, notamment, de l'importance de la transaction commerciale - de sorte qu'il s'agit d'une condition qui peut être particularisée.

En incorporant les obligations prédéterminées dans les autorisations individuelles de change, l'administration ne fait qu'exécuter les textes légaux ou réglementaires. Dans le cas des obligations indéterminées, l'administration fait, par contre, oeuvre de normalisation. L'autorisation de change conditionnée prolonge, en

quelque sorte, l'oeuvre réglementaire au niveau individuel (autorisations de change individuelles), collectif (autorisations de change collectives) ou générale (autorisations de change impersonnelles), car elle a pour effet de modifier l'ordonnancement juridique existant pour les bénéficiaires de l'autorisation de change.

Tel qu'il vient d'être décrit plus haut, le processus de réglementation en matière de contrôle des changes met directement en cause deux principes de la légalité administrative, à savoir: le principe de publicité des lois et des règlements et celui de l'égalité devant la loi. Nous reviendrons sur ces deux points. Mais pour le moment, évoquons un autre problème: celui de l'insécurité juridique due à l'impossibilité de connaître de manière exacte l'état du droit.

Le processus de réglementation par voie d'actes d'administration interne ou d'autorisations de change générales, particulières ou individuelles rend très difficile et tout à fait aléatoire toute connaissance de l'état exact du droit du contrôle des changes. En effet, une norme issue d'un acte réglementaire à caractère général peut avoir été totalement ou partiellement modifiée par une circulaire, une autorisation générale ou particulière accordée ultérieurement, de manière impersonnelle ou à une catégorie de personnes déterminée, sans aucune forme de publicité. De même, chaque autorisation individuelle peut être particularisée en fonction des données propres à chaque opération ou à chaque opérateur.

Ce risque d'insécurité juridique est d'autant plus réel que les divers actes ainsi pris échappent au principe de la hiérarchisation stricte des normes.

§.4 - L'atténuation du principe de la hiérarchisation des normes

La hiérarchisation stricte des autorités et des normes est garante, non seulement d'une bonne organisation du pouvoir normatif au sein

de l'Etat, mais également ^{de la protection} des droits individuels des administrés. Elle constitue un élément important du principe de la légalité de l'action administrative. Il interdit, en effet, qu'un acte normatif pris par une autorité inférieure puisse porter atteinte à un droit que l'administré tire d'un acte pris par une autorité supérieure et, donc, de rang hiérarchiquement supérieur. Ainsi, à moins d'une habilitation légale expresse, un acte réglementaire ne peut porter atteinte à un droit que l'administré tient, par exemple, de la loi. De même un arrêté ministériel ou un acte réglementaire pris par une autorité administrative décentralisée ne peut venir modifier une norme prise, par exemple, par un arrêté royal en Belgique.

Or, le principe de la hiérarchisation stricte des normes est expressément écarté dans de nombreuses dispositions légales ou réglementaires en droit du contrôle des changes.

Ainsi, après avoir prévu que l'I.B.L.C. réglementait le transport et la détention de moyens de paiement en devises dans le rayon réservé de la douane et les déplacements internationaux de voyageurs et des travailleurs, l'article 3 de l'arrêté du Régent du 6 octobre 1944, tel que modifié par l'arrêté du 4 juin 1946, prévoit explicitement la possibilité pour les règlements de l'I.B.L.C. de déroger aux dispositions de l'arrêté royal. De même, lorsqu'après avoir prévu que tout régnicole qui importe ou exporte des marchandises conformément aux conditions légales peut en effectuer ou en recevoir librement le paiement (alinéa 1er), l'article 9 du même arrêté du Régent ajoute : "toutefois, l'I.B.L.C. peut soumettre les paiements des marchandises importées ou exportées à des modalités générales ou spéciales qu'il détermine" (alinéa 2), celui-ci autorise, en fait, l'I.B.L.C. à remettre en cause de manière discrétionnaire cette liberté des paiements ainsi proclamée. L'article 19 autorise, de même, l'I.B.L.C. à prendre des règlements qui tendent à rendre le contrôle du change moins étroit au fur et à mesure que les circonstances le permettent". Cet article habilite en fait l'I.B.L.C. à déroger de manière générale aux dispositions

de l'arrêté du Régent et aux autres arrêtés royaux qui pourraient être ultérieurement pris **et ce, avec l'autorisation du législateur**²⁴.

De même, nous avons relevé dans la section précédente le fait que les autorisations générales ou particulières de change prises par les administrations de contrôle des changes constituaient, en réalité, des dérogations aux textes ou réglementaires à portée générale, puisqu'elles constituent un second niveau de règlement qui pouvait vider de leur substance ces textes à portée générale.

Dans d'autres réglementations des changes - cas des réglementations française et zaïroise -, l'atténuation du principe de la hiérarchisation des actes réglementaires est implicite et résulte de la généralité des dispositions habilitantes utilisées par la loi.

Des exemples tirés, cette fois-ci, de la réglementation française du contrôle des changes permettent d'illustrer cette affirmation. **Nous avons déjà évoqué les litiges suscités devant le Conseil d'Etat français par l'habilitation générale contenue dans l'art. 3 de la loi du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger**²⁵. On peut simplement relever que cette habilitation a permis au gouvernement de remettre pratiquement en cause la liberté des paiements extérieurs inscrit à l'article 1er de la même loi.

Dans le même ordre d'idées, il est, par exemple, difficile de cerner l'étendue de l'habilitation contenue dans les articles 8 et 9 du décret français n° 68-1021 du 24 novembre 1968 qui chargent le Ministre français de l'Economie et des Finances de fixer, par arrêtés, les "conditions de réalisation" des opérations de change et de paiement. Il n'est, en effet, nullement spécifié si les arrêtés du Ministre doivent se limiter aux mesures d'application pures et simples du décret gouvernemental, acte de **valeur** hiérarchique supérieure. La réalité juridique est que l'on trouve dans ces arrêtés aussi bien des dispositions portant mesures

²⁴ V. l'art. 2, alinéa 3 de l'arrêté-loi de la même date.

²⁵ V. *supra*, p. 47.

d'application des normes contenues dans le décret que des règles "autonomes", qui viennent compléter en s'ajoutant à celles du décret.

Il convient, enfin, de relever le degré d'autonomie du pouvoir de réglementation des administrations du contrôle des changes lorsque celles-ci tirent leur compétence réglementaire directement de la loi. Le cas du pouvoir réglementaire de la Banque du Zaïre en est un exemple illustratif. Les dispositions répressives mises à part, le Banque du Zaïre dispose en matière aussi bien de réglementation du change que de réglementation du commerce extérieur d'un pouvoir réglementaire autonome total. Les circulaires de la Banques du Zaïre ne sont soumises, en effet, à aucune autre norme d'origine réglementaire, hiérarchiquement supérieure. Aucune approbation du ministre de Finances n'est juridiquement nécessaire. Nous avons déjà, par ailleurs, relevé la caractère de pure habilitation des dispositions habilitantes de l'ordonnance-loi n° 67/272 du 23 juin 1967. Il en résulte qu'en matière de réglementation du change et du commerce extérieur, la Banque du Zaïre fait tout ce que peut faire le législateur.

Un tel processus de "réglementation par voie administrative" (réglementation par voie d'actes d'administration interne et par voie d'autorisations administratives de change) ne manque, évidemment, pas de poser des problèmes de légalité et même de constitutionnalité.

Section 2 - Les problèmes de légalité soulevés par le processus de "réglementation par voie administrative"

Ces problèmes sont principalement de deux ordres. On peut tout d'abord s'interroger sur la compatibilité d'un tel mode de réglementation avec le principe de la publicité des lois et des règlements, d'une part, et avec celui d'égalité des administrés devant la loi, d'autre part.

§.1 - Le processus de "réglementation par voie administrative" et le principe de la publicité des lois et des règlements"

Le principe de l'inopposabilité aux administrés des actes réglementaires et administratifs occultes, c'est-à-dire, non portés à la connaissance des intéressés dans les formes prévues par la loi, peut être considéré comme un principe général de droit, qui s'impose à l'exercice de tout pouvoir normatif au sein d'un Etat de droit. Il est le corollaire des principes de la liberté individuelle et de la légalité des délits, consacré expressément dans certaines chartes constitutionnelles ²⁶. Or, les circulaires, lettres et autres notes administratives à caractère réglementaire, les autorisations de change générales ou particulières délivrées de manière impersonnelle ne sont pas, comme on l'a vu, soumises à l'obligation de publication. Elles sortent leurs effets, même à l'égard des administrés, par leur communication aux intermédiaires agréés. Il s'agit, par conséquent, d'un mode de règlement non seulement sans formes précises, mais également sans publicité ²⁷.

La normalisation par voie de circulaires, instructions et autres textes d'administration interne à caractère réglementaire n'est pas un phénomène particulier à la réglementation du change. La distinction entre circulaires interprétatives et circulaires réglementaires est bien

²⁶ Cas de la Constitution belge (art. 129). En France : le décret du 5 novembre 1870, pour ce qui est des décrets. On a vu que, bien que prévue par la constitution (art. la Constitution du 1 janvier 1983), le respect strict de l'obligation de publicité des lois et des règlements pose encore problème au Zaïre. Cf. *supra*, note 3, p. 88-89.

²⁷ Même si les administrations du contrôle des changes et les associations professionnelles des banques procèdent elles-mêmes à la publication des textes ainsi émis, une telle publication n'a pas les effets juridiques attachés à la publication officielle au journal officiel.

connue dans la théorie générale des actes administratifs ²⁸. En droit administratif général, les circulaires et instructions de services dites "réglementaires" sont considérées comme de véritables règlements. Leur légalité est, par conséquent, subordonnée à certaines conditions: elles doivent, notamment, avoir été pris par une autorité compétente, dans les formes prescrites pour l'exercice du pouvoir réglementaire. Leur opposabilité à l'égard des administrés est subordonnée à leur publicité ²⁹.

Les effets juridiques attachés à la formalité de publication des actes normatifs sont connus: les actes non publiés ne produisent pas d'effets à l'égard des administrés puisqu'ils leur sont inopposables. Cette dernière solution ne peut pas être transposée telle quelle dans la réglementation du change.

En effet, qu'elles soient ou non publiées, les circulaires, notes et autres lettres de l'administration du change sont nécessairement communiquées aux intermédiaires agréés et s'imposent à ces derniers. Or, le passage par ceux-ci étant généralement obligatoire en régime de contrôle des changes, de tels textes produiront nécessairement leurs effets à l'égard des administrés. En raison de l'obligation générale des intermédiaires agréés de respecter et de faire respecter par leur clientèle, on ne peut pas, en effet, imaginer que les intermédiaires refusent de faire respecter le contenu des circulaires qui leur ont été adressées, au motif que celles-ci n'ont pas été portées à la connaissance du public. Devant une telle situation, la pratique montre les intermédiaires agréés adoptent le plus souvent le comportement suivant: ils se chargent eux-mêmes de porter le contenu des circulaires importantes à la connaissance de leurs

²⁸ Cf. la doctrine citée à la note 5 , p. 90 , *supra*.

²⁹ V. A. de LAUBADERE, J.Cl. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *op.cit.* 355, n° 740.

clients, tout en leur signalant l'obligation qui pèse sur eux de respecter et de faire respecter les dispositions en cause³⁰.

Il faut souhaiter, pour une bonne administration, que ces circulaires, instructions, lettres et autres textes à contenu réglementaire

³⁰ Un exemple, déjà ancien, tiré de la réglementation zaïroise montre les difficultés que peuvent rencontrer les intermédiaires agréés dans l'application des circulaires et instructions administratives qui leur sont adressées par les autorités administratives de change. Une circulaire de la Banque du Zaïre (Circulaire n°139 du 13 janvier 1972) réglementait strictement l'utilisation d'avoirs inscrits dans les comptes étrangers dits "indisponibles". Dans la réglementation zaïroise, il s'agit des comptes en monnaie nationale appartenant à des non-résidents de nationalité étrangère qui quittent définitivement le pays. Les avoirs inscrits dans de tels comptes ne doivent normalement pas servir - sauf autorisation, bien sûr - à des paiements à l'étranger, mais seulement à des paiements internes bien déterminés (ex.: frais de séjour et de voyage au Zaïre, taxes et impôts dus à l'Etat zaïrois, frais d'entretien ou d'assurance d'immeubles au Zaïre, ...etc).

La circulaire 139 prévoyait que tout titulaire qui voulait utiliser de tels comptes devait justifier, notamment, l'origine des fonds inscrits dans ces comptes. Par circulaires, ~~les banques agréées devaient fournir les~~ documents suivants: les avis de crédits bancaires attestant la cession éventuelle de devises, la déclaration - extraits de comptes fiscaux ainsi que les avis, pièces comptables et extraits de compte montrant les différents mouvements enregistrés par le compte.

Il s'agit là de documents considérés par les banques comme confidentiels. Une banque agréée de la place n'a eu d'autres choix que de répercuter le contenu des circulaires et instructions sur ses clients et de leur demander leur accord explicite pour la transmission à la Banque du Zaïre de tels documents (cf. Recommandations à la clientèle de la B.C.Z. du 29 août 1972, document interne de la banque).

pris par les administrations du change le soit dans les formes réglementaires prescrites par la loi et soumises à l'obligation de publication. Puisque de tels textes s'imposent nécessairement aux administrés, la conséquence de leur non-publication devrait, à notre sens, se situer au niveau de leur sanction.

Il est, en effet, conforme au principe de la légalité des délits et de la légalité de l'action administrative en général que des administrés ne puissent pas être poursuivis sur la base d'actes administratifs qui n'ont pas été portés à leur connaissance. En cas de violation des circulaires, notes et lettres à caractère réglementaire adressées aux intermédiaires agréés, seuls ces derniers pourraient, à notre sens, être poursuivis.

§.2 - Le processus de "réglementation par voie administrative" et le principe d'égalité devant la loi

Les autorisations de change constituent des dérogations qui sont accordées en vue de la réalisation d'une ou d'un ensemble d'opérations économiques et financières qui seraient autrement interdites. Celles-ci sont, on l'a vu, accordées de manière impersonnelle à l'ensemble des administrés³¹, collectivement ou individuellement. D'autre part, la technique des autorisations conditionnées permet à l'administration d'imposer aux bénéficiaires des obligations particulières qui peuvent, ainsi, varier d'un administré à l'autre et même d'une opération à l'autre.

Le respect strict du principe de l'égalité exige que les conditions objectives d'octroi des dérogations soient énoncées dans les textes légaux ou réglementaires ou, à défaut, que le régime dérogatoire soit organisé de telle manière que l'ensemble des administrés puissent défendre leur droit à l'égalité de traitement. Ceci suppose au moins la publication des

³¹ auquel cas, elles ne posent pas de problème vis-à-vis de la règle d'égalité.

décisions et de leur motivation³². Or, dans un domaine aussi conjoncturel et évolutif que celui du contrôle des relations financières avec l'étranger, une telle énonciation est impossible. De plus, dans ce domaine, l'imprévisibilité de la réaction des autorités du contrôle est très souvent une condition de réussite des interventions des pouvoirs publics, car elle décourage et limite la spéculation des agents économiques. Quant à la publication des décisions individuelles d'autorisations de change et des conditions particulières auxquelles celles-ci sont subordonnées, le secret des affaires s'y oppose généralement.

Devant de telles difficultés de fond, le principe d'égalité ne peut être sauvegardé dans ce domaine que par un effort d'objectivation des décisions d'autorisation et des obligations particulières imposées à chaque bénéficiaire de la part des autorités de change elles mêmes. C'est dans ce sens que doit être recherchée la solution à ce problème³³.

Les développements qui précèdent ont permis de faire ressortir deux traits originaux du processus de normalisation réglementaire en droit du contrôle des changes, à savoir: le processus de "réglementation par la voie administrative" et l'absence d'une hiérarchisation stricte des normes. Il résulte de ceux-ci que les administrations du contrôle des changes sont maîtres non seulement du contenu de la réglementation, mais également du processus même de normalisation. Non seulement, elles ont le choix entre les diverses formes que peut emprunter leur action réglementaire, mais elles peuvent également déroger ou remettre en cause les règles

³² Cf. Avis du conseil d'Etat belge sur le projet de loi mettant en oeuvre la directive C.E.E. du 12 décembre 1977 sur les établissements de crédit, in Doc. Parl., Ch., 1981-1982, n° 277/1, 27; Id., avis du 28 octobre 1987 sur le projet de la loi du 23 décembre 1988 portant dispositions relatives au statut monétaire, à la Banque Nationale de Belgique, à la politique monétaire et au Fond Monétaire, déjà cité, 34-35.

³³ Cf. infra, Chap.IV, p. 222 et sv.

posées dans les textes légaux ou réglementaires de rang hiérarchiquement supérieur .

On peut dès lors, enfin, s'interroger sur la raison d'être d'un tel mode de réglementation "sans formes, sans publicité et sans hiérarchisation des normes". Autrement dit, comment peut-on expliquer le choix du législateur et des autorités réglementaires - c'est-à-dire les pouvoirs publics - pour un tel mode de réglementation comportant des risques d'atteinte aux principes de légalité et d'égalité?

Deux éléments expliquent principalement un tel choix: d'une part, la nature même de la matière; d'autre part, la volonté d'assurer une cohérence des normes.

Dans un domaine aussi conjoncturel que celui des relations monétaires et financières avec l'étranger où les faits et les données économiques - et, par conséquent, les crises également³⁴ - sont largement imprévisibles, il est impossible d'enfermer la compétence réglementaire accordée aux administrations spécialisées dans des limites de fond et des formes fixées à l'avance. En cas de crise, les autorités chargées de la compétence de normalisation doivent être en mesure de réagir rapidement sans trop de délais, sans publicité préalable et sans la contrainte du respect de la hiérarchisation stricte des normes - quitte à procéder à une régularisation a posteriori³⁴ - en mettant en place le dispositif normatif nécessaire ou en modifiant celui qui est déjà existant

D'autre part, l'attribution d'un tel pouvoir réglementaire autonome à des administrations spécialisées plutôt qu'aux autorités traditionnelles de l'Etat s'explique par le fait que, s'agissant d'un domaine très spécialisé et sensible en raison de ses incidences sur la politique monétaire interne et externe de l'Etat, les interventions normatrices doivent, pour être efficaces, être homogènes et cohérentes et tenir, notamment, compte de divers autres éléments d'appréciation complexes - tels par exemple de l'incidence des actions d'autres autorités monétaires ou de pays étrangers partenaires dans les accords internationaux de

³⁴ La priorité étant, ainsi, donnée à l'efficacité des interventions normatives des autorités de change par rapport aux préoccupations d'ordre juridique qui passent, quant à elles, au second plan.

coopération en matière d'harmonisation de politiques à l'égard des mouvements internationaux de paiements. Un tel objectif implique de confier le pouvoir de normalisation à des autorités spécialisées qui ont une connaissance précise des caractéristiques et des conditions prévalant dans le secteur et qui sont, surtout, assurées d'une permanence plus grande que les autorités politiques de l'Etat.

La "bureaucratisation" du processus de normalisation en droit du change et des paiements internationaux³⁴ est, en quelque sorte, une condition d'efficacité de l'intervention normative des pouvoirs publics dans ce domaine.

Comme on aura l'occasion de s'en rendre compte dans la suite³⁵, on retrouve un mode de réglementation identique - avec des problèmes juridiques identiques - dans d'autres secteurs d'interventionnisme économique qui présentent plus ou moins les mêmes caractéristiques .

L'on pourrait, avec le nombre et la diversité des textes réglementaires ou à contenu réglementaire, s'attendre à ce que l'action d'intervention administrative proprement dite , après celle de la normalisation , soit plus strictement encadrée sur le plan juridique en matière de contrôle des changes et des paiements. Il n'en est, cependant, rien pour les mêmes raisons d'efficacité de l'intervention des pouvoirs publics. L'on peut s'en rendre compte en analysant le régime juridique de l'autorisation individuelle de change.

³⁴ Le terme de bureaucratisation étant, ici, dénué de toute connotation péjorative, mais signifiant simplement la maîtrise du processus de normalisation par des administrations spécialisées.

³⁵ Cf. chap. IV, infra.

CHAPITRE III - LE REGIME JURIDIQUE DE L'AUTORISATION INDIVIDUELLE DE CHANGE

Si l'on retient l'idée de M.R.E. CHARLIER suivant laquelle "une technique n'a (pas) de sens isolé de son but et de son milieu" ¹, le régime juridique de l'autorisation individuelle de change doit être expliqué en fonction des objectifs poursuivis par les pouvoirs publics et des caractéristiques socio-économiques du secteur dans lequel intervient celle-ci, à savoir les relations financières avec l'étranger.

Aussi, l'étude du régime juridique proprement dit de l'autorisation individuelle de change doit-elle, à notre avis, être précédée de celle du fondement et du domaine d'application du contrôle des changes et, donc, de l'autorisation individuelle de change.

Section 1 - Fondement de l'autorisation administrative individuelle de change

L'exigence d'une autorisation préalable de change à la réalisation d'opérations individuelles de change ou de paiement international suppose l'exercice d'un contrôle de la part des autorités monétaires. La formalité d'autorisation préalable de change n'a pas pour objectif l'interdiction de l'ensemble des relations financières avec l'étranger, mais de mettre les autorités monétaires en mesure d'opérer une sélection entre les opérations qui peuvent être autorisées et les autres qui doivent rester interdites ou dont le contenu doit encore subir des modifications, en fonction des impératifs de protection de l'intérêt général. L'autorisation individuelle de change constitue, donc, la technique juridique permettant aux administrations compétentes d'opérer cette sélection et ce contrôle.

¹ R.E CHARLIER, La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction, in E.D.C.E., 1951,32.

Mais, de quel type de contrôle s'agit-il, sur le plan juridique ?

§.1 - Le contrôle administratif de change, un contrôle de pure opportunité

Compte tenu de ses objectifs ², le contrôle administratif du change n'a pas pour objet de vérifier la régularité juridique interne des actes et des opérations financières individuelles en cause. Ce qui est examiné, c'est, essentiellement, l'opportunité des opérations vis-à-vis des impératifs de protection de la balance des paiements, des ressources de change et, même, simplement des intérêts politiques et diplomatiques du pays. Le contrôle exercé par les administrations du contrôle des changes est, donc, sur le plan juridique un contrôle d'opportunité.

Le fait que la notion d'opportunité résiste à toute prévisibilité et à toute tentative de définition légale entraîne nécessairement la reconnaissance aux administrations du contrôle des changes d'un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'autorisation individuelle.

§.2 - La décision d'autorisation individuelle de change, acte de compétence discrétionnaire

Si les textes légaux et réglementaires prévoient certaines conditions de fond et de forme en matière d'introduction des demandes d'autorisation, ils s'abstiennent absolument de lier la décision de l'administration. Il en résulte que:

1°- Les autorités administratives du contrôle des changes apprécient souverainement et discrétionnairement les impératifs de

² Cf. supra, Chap. Ier, p. 50 et sv.

protection de l'intérêt général mis en jeu par la demande d'autorisation individuelle de change qui lui est soumise.

Pas plus que les textes légaux, les règlements ne définissent les objectifs de protection poursuivis par le contrôle des changes. Les moyens tirés du détournement ou de l'excès des pouvoirs aboutissent, on l'a vu, très rarement en cette matière ³.

2°- Sur le plan juridique, les autorités de change disposent toujours de la liberté de choix dans la décision d'autorisation individuelle de change : liberté de choix entre l'octroi ou le refus de l'autorisation, entre l'autorisation pure et simple et l'autorisation conditionnée ⁴.

Réserve faite de l'hypothèse ou l'exigence de l'autorisation préalable de change résulterait d'une réglementation introduite après la conclusion du contrat ⁵, une jurisprudence constante, approuvée par la

³ Ibid.

⁴ Sur les modalités de conditionnement des autorisations individuelles de changes, v. infra, p. 143.

⁵ Auquel cas, il y aurait application de la théorie classique du fait du Prince. Cf. notamment J. HEENEN, La responsabilité du transporteur maritime et la force majeure, in R.C.I.B., 1957, 87; Encycl. Dalloz, Droit civil, V Force majeur, n° 12 et sv.; J. VAN HECKE, Les répercussions des règles du contrôle des changes sur la validité et l'exécution des obligations commerciales, reproduit in Mél. Van Hecke, 35 et sv., spéc., 39; Id., The effect of economic coercion on relationship, in R.B.D.I.; 1984-1985, 113 et sv., sp.120.

Le cas envisagé ici n'est pas celui d'un bouleversement de l'économie contractuelle après la conclusion du contrat, cas étudié notamment par M. D. PHILIPPE, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles, Bruylant, 1986.

doctrine, refuse de reconnaître au refus de l'autorisation de change le caractère d'un événement imprévisible constitutif d'un cas de force majeure susceptible de libérer les contractants⁶.

3°- La décision d'autorisation individuelle de change est une décision administrative particularisée. L'impossibilité d'enserrer dans une définition légale la notion d'acte ou d'opération conforme ou contraire à des considérations de pure opportunité implique que chaque demande doit être examinée isolément. La décision d'autorisation doit, en effet, être délivrée en tenant compte à la fois du contenu de chaque opération et des circonstances financières, économiques et politiques en

⁶ V. notamment: G. VAN HECKE, art. cit.; X. DIEUX, Questions relatives aux effets de la contrainte étatique sur les contrats internationaux. Un point de vue belge, in R.B.D.I., n° 1, 1987, 197 et les références doctrinales citées par cet auteur.

Pour la jurisprudence et la doctrine française, beaucoup plus fournies, nous ne pouvons que citer quelques références non-exhaustives sur la question. V. notamment: ROBLOT R., Les répercussions de la réglementation des changes sur la formation et l'exécution des obligations, in Droit social, 1954, 129; Cass., com. 18 juin 1958, in Bull. civ., III, n° 257; id., 23 juin 1958, in R.C.D.P., 1959, 112, note L. Anselme-Rabinovitch, Cass., civ., 2 décembre 1964, in J.C.P., 1965, II, 14277 bis; Paris, 3è ch., 16 mai 1952, in R.C.D.I.P., 1953, 383, note Lossouarn; F.GIANVITI, Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis, in R.C.D.I.P., 1980, 279 et sv., spéc. 302; Id., in R.C.D.I.P., 1984, 471; J.P. ECK, in R.C.D.I.P., 1978, 802; id., in D.S., 1983, chron. XVI, 92, déjà cités.

vigueur au moment où elle intervient ⁷. Aucun précédent administratif ne peut être invoqué en matière de décisions d'autorisation de change.

4°- Le contrôle administratif du change est obligatoirement un contrôle instantané, par opposition au contrôle continu. La décision d'autorisation étant, en effet, délivrée en fonction des circonstances financières, économiques ou politiques du moment, le contrôle administratif du change est nécessairement limité dans un laps de temps assez court.

Ceci entraîne, comme on aura l'occasion de s'en rendre compte, des conséquences au niveau des modalités du "conditionnement" de l'autorisation individuelle de change et de la stabilité des situations individuelles issues de l'autorisation de change ⁸.

Section 2 - Le domaine d'application de l'autorisation individuelle de change

Dans les relations économiques internationales, la réalisation d'une opération de change tend à l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent qui pèse sur un débiteur résidant dans un autre pays que celui du créancier. Tout paiement international implique une circulation internationale de valeurs entre le pays du débiteur et celui du créancier. La réglementation du change a justement pour objet d'organiser et contrôler ces échanges monétaires. Pour qu'un acte

⁷ Comparer, par exemple, avec la réglementation du commerce extérieur et la décision de licence du commerce extérieur: v. M.A. FLAMME, De l'auto-limitation du pouvoir discrétionnaire, in A.P.T., 1976-1977, septembre 1976, 72, n° 14 et sv.; Id. Législation industrielle ou droit administratif de l'économie... op. cit., 182 et sv.,

⁸ Cf. infra, p. 143 et 146.

juridique ou une opération économique de droit privé soit affecté par le contrôle du change et soumis à autorisation individuelle du change, il doit pouvoir donner lieu à un transfert "international" de fonds ou de moyens de paiement.

Cet élément d'extranéité est, dans chaque législation du change, défini à partir d'un certain nombre de critères, à partir desquels on peut facilement découvrir les objectifs du contrôle.

Mais, ^{comme} aucun Etat n'accepte de se désintéresser à priori des mouvements des fonds qui entrent ou sortent de son territoire, un même transfert de fonds ou de valeurs risque d'être soumis à deux ou plusieurs réglementations du contrôle des changes - par exemple, dans le pays d'origine et dans celui d'accueil.

Avant même d'examiner le domaine matériel de l'autorisation de change, il faudra généralement résoudre un problème préalable, celui du rattachement de l'obligation préalable d'autorisation en cas de pluralité de réglementations.

§.1 - Le rattachement de l'obligation d'autorisation préalable de change en cas de pluralité de réglementations

Le problème soulevé, ici, est celui de savoir quelle est la réglementation des changes applicable dans le cas où deux ou plusieurs réglementations entendent régir le même rapport juridique en le soumettant chacune à la formalité d'autorisation préalable de change.

Ce problème est un des ceux qui ont été les plus débattus en droit monétaire international. Les solutions que l'on rencontre en droit positif acceptent, généralement, que l'applicabilité des législations du contrôle des changes déroge au mécanisme conflictuel ordinaire du droit

international privé, en tant que lois de police⁹. Or - et c'est là que réside le problème -, un tel procédé de désignation s'avère incompatible avec les finalités et l'objet du contrôle des changes¹⁰.

En effet, dans une relation de droit international privé, l'applicabilité d'une loi étrangère en tant que loi de police suppose la concurrence théorique d'une autre loi compétente désignée par la règle de conflit, celle-ci étant alors éliminée en faveur de la loi de police parce que pour l'Etat qui l'a édictée elle doit s'appliquer à l'ensemble des rapports juridiques visés. En ce sens, la notion de loi de police constitue un simple correctif au mécanisme conflictuel. Or, le contrôle du change ayant pour finalité la protection des intérêts monétaires, économiques ou politiques¹¹, seul l'Etat dont les intérêts sont affectés est compétent pour soumettre à autorisation ou interdire les transferts monétaires entre ses

⁹ Cf. par exemple : A. TOUBIANA, Le domaine de la loi du contrat en droit international privé, Paris, Dalloz, 1972, 151, n° 178; ph. FRANCESCAKIS, Quelques précisions sur les lois d'application immédiate, in R.C.D.I.P., 1966, 3; DEBY-GERARD, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Paris, Dalloz, 1973, 58, n° 79.

¹⁰ Certains auteurs ont, d'ailleurs, critiqué le caractère équivoque de cette qualification de lois de police, en tant que synonyme des lois d'application nécessaire. Cf. notamment: R. VANDER ELST, Droit international privé belge, 220, n° 47.3. M.P. GOTHOT a, pour sa part, relevé l'impossibilité de construire une règle bilatérale en matière de lois monétaires (P. GOTHOT, Loi monétaire tierce et loi du contrat in Rev. de la Banque, 1979, cah. 4, 70 et sv., et spéc., 82-83. V. aussi : J.P. KARAQUILLO, Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé, Paris, PUF, 1977, 511-515.

¹¹ Cf. supra, Chap. I.

ressortissants et l'étranger, c'est-à-dire les entrées et sorties des moyens de paiement sur son territoire ¹². Deux ou plusieurs réglementations peuvent, ainsi, être compétentes pour régir une même opération financière, en prévoyant, par exemple, une obligation d'autorisation ou de déclaration préalable, l'une à la sortie des devises, l'autre au moment de leur réception.

De plus, l'applicabilité d'une loi étrangère en tant que loi de police implique le passage obligé par le mécanisme conflictuel du for. Autrement dit, la loi de police tout en s'auto-désignant comme compétente ne trouve, cependant, application que parce que la règle de conflit du for autorise cette application. Si tel n'est pas le cas, le juge du for ne peut tout au plus que prendre en considération la volonté du législateur étranger en tant qu'élément de pur fait ¹³. L'applicabilité de la loi étrangère qualifiée de loi de police dépend, en conséquence, de la règle de conflit du for qui peut ainsi à priori refuser l'application d'une loi compétente, c'est-à-dire indépendamment de l'examen de son contenu.

¹² P. MAYER, note sous Reims, 25 octobre 1976, in J.D.I., 1978, 99 et sv., spéc. 103-105; Id., Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, in R.C.D.I.P., 1979, 349 et sv. et 557 et sv.; Id., Les lois de police étrangères, in J.D.I., 1981, 277 et sv. et spéc. 301.

¹³ La distinction entre la technique de "prise en considération" et celle "d'application" d'une loi étrangère est, désormais, une distinction classique en droit international privé. Elle est, cependant, critiquée dans la doctrine. Cf. notamment : F. RIGAUX, *La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger*, in R.C.I.B., 1982, 38 et sv.; M. EKELMANS, obs. sous sentence arbitrale, 23 mars 1981, in J.T., 1983, 727 et sv.; spéc. 735 et la doctrine citée par cet auteur.

Or, cette solution est, comme l'on vient de le voir, incompatible avec le procédé de désignation des règles du contrôle des changes. L'applicabilité de celles-ci résulte non pas d'une détermination spatiale - les réglementations du change ne sont pas, en réalité, en conflit les unes par rapport aux autres, au sens traditionnel du droit international privé -, mais d'une détermination matérielle, puisque un seul Etat est compétent pour réglementer l'entrée ou la sortie de fonds sur son territoire ¹⁴.

En cas de pluralité de réglementations du change qui entendent régir un même mouvement international de fonds, chaque réglementation doit être consultée afin de découvrir les facteurs de rattachement. Et en cas de pluralité de réglementations compétentes, le principe de rattachement doit être celui du rattachement cumulatif. En vertu de celui-ci, toutes les réglementations compétentes doivent être appliquées ¹⁵.

¹⁴ V. la doctrine citée ci-haut. Adde : J. M. JACQUET, Principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris, Economica, 1983, 299-301; F. RIGAUX, Droit international privé, T.I., 251, n° 300; E. LOQUIN, Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational, in Ph. KAHN (dir.), Droit et Monnaie Etat et espace monétaire transnational, Paris, Litec, 1988, 449-450.

¹⁵ Dans ce sens, la Convention C.E.E. de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dont l'article 7 alinéa 1 autorise le juge à "donner effet aux dispositions impératives de la loi d'un pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat". Sur l'ambiguïté de l'expression "il pourra être donné effet aux dispositions", utilisée dans cet article, V. notamment: F. RIGAUX, Les situations juridiques individuelles..., op. cit., 198.

§.2 - L'élément d'extranéité dans la définition du domaine d'application du contrôle des changes

L'examen des textes légaux et réglementations montre que l'élément d'extranéité du transfert monétaire justifiant l'intervention d'un contrôle des changes est défini de façon originale, au moyen de deux critères non-cumulatifs.

a - Un critère territorial

Pour qu'un paiement soit affecté par le contrôle du change, il faut : 1° qu'il ait lieu entre le pays et l'étranger (paiement transfrontières) ; 2° que l'une des parties à l'opération - le débiteur ou le bénéficiaire du paiement - ait la qualité de "non-résident", au regard de la réglementation du change¹⁶.

La notion de "résidence" est par conséquent, une notion essentielle du droit du contrôle des changes, à laquelle se réfèrent les textes légaux et réglementaires pour définir à la fois le domaine matériel et personnel du contrôle des changes, mais dont la complexité de définition a donné lieu à d'importants approfondissements en doctrine et en jurisprudence. Mais, il s'agit, également, d'une notion particulière au droit du contrôle des changes.

¹⁶ V. les articles 1er de l'arrêté-loi belge du 6 octobre 1944 et 6 à 13 de l'arrêté du Régent; les art. 3 de la loi française du 28 décembre 1966 et 1 à 7 du Décret 68-1021 du 24 novembre 1968 (actuellement: Décret n° 89-938 du 29 décembre 1989, tel que modifié par celui n° 90-58 du 15 janvier 1990) ; les articles 1 à 3 de l'ordonnance-loi zairoise n° 67/272 du 23 juin 1967. V. ces textes, en annexe.

Malgré des différences de formulation, il résulte des textes légaux et réglementaires belges, français et zaïrois que les critères de distinction entre en "résident et un "non-résident" sont:

- d'une part, la "résidence habituelle" dans un pays ou à l'étranger, en ce qui concerne les personnes physiques;

- d'autre part, la localisation physique sur le territoire national ou à l'étranger, pour les personnes morales.

La législation zaïroise prévoit, quant à elle, un troisième critère inconnu des législations belges et française et dont il sera intéressant d'examiner la pertinence au regard des objectifs du contrôle du change.

- Le critère de la "résidence habituelle" des personnes physiques

Cette notion est définie par toutes les réglementations du contrôle du change¹⁷.

Seul l'arrêté-loi belge se réfère, comme on peut le constater, au critère de "domicile", alternativement à celui de "résidence principale". Il semble, cependant, que ce soit ce dernier qui soit déterminant. Dans des instructions interprétatives adressées aux banques agréées, l'I.B.L.C. a, en effet, indiqué que celles-ci devaient considérer comme une preuve

¹⁷ Cf. l'article 9 bis inséré dans l'arrêté-loi belge du 6 octobre 1944 par la loi du 23 décembre 1974; article 1er de l'arrêté du Ministre français de l'Economie et des Finances du 9 août 1973 (J.O.R.F., 10 août 1973); article 1er de l'arrêté du Commissaire Général Congolais du 3 octobre 1960, repris par l'article 1er du décret-loi du 29 juin 1961 (déjà cités, supra) et la circulaire du Conseil Monétaire du 21 novembre 1963, toujours d'application jusqu'aujourd'hui (document interne de la Banque du Zaïre).

suffisante pour établir la qualité de résident en Belgique ou au Grand-Duché la possession d'une carte d'identité ou de toute autre pièce d'identité - un passeport, notamment-, délivrée par une autorité belge ou luxembourgeoise et établissant la "résidence effective" du titulaire en Belgique ou au Grand-Duché du Luxembourg¹⁸. Ceci est, également, corroboré par la jurisprudence. Dans une affaire qui lui était soumise, la Cour de Cassation belge a, aussi, jugé qu'une dame domiciliée en Belgique à l'adresse de son mari mais qui réside effectivement en République Fédérale d'Allemagne, devait être considérée comme "étrangère" vis-à-vis de la réglementation belge du change¹⁹. D'autre part, lors de la discussion aux Chambres du projet de la loi du 23 décembre 1974, le Ministre des finances a déclaré que la notion de régnicole visait "les personnes ayant leur résidence normale, effective et principale en Belgique, sans distinction de nationalité"²⁰.

Ceci dit, il résulte de ces différentes définitions que ce qui intéresse les autorités du contrôle du change, c'est l'endroit où réside effectivement, de manière habituelle, l'individu par opposition aux endroits où il peut pour des raisons diverses effectuer des séjours

¹⁸ V. les instructions de l'IBLC. des 7 août et 17 octobre 1969 concernant la vérification par les banques agréées de la qualité de régnicole ou de résident (Documents internes de l'IBLC).

De même, à une question écrite que nous lui avons posée à ce sujet, l'IBLC a répondu que la qualité de régnicole se basait uniquement sur la "résidence principale et effective" et qu'il s'agissait d'une "situation de fait" (cf. lettre n° IR/REG.2006/88-M DM/DS du 20 juin 1984).

¹⁹ Cass., 2^e ch., 19 septembre 1984, in Pas, 1985, I, 87.

²⁰ in Doc. Parl., ch., S.E, 1974, n° 234/2, 16-17

occasionnels ou temporaires ²¹ ou établir des résidences fictives ²². Pour exprimer cette idée, l'ordonnance d'exécution du décret royal du 12 décembre 1952 relatif au contrôle du change au Congo à l'époque coloniale parlait de manière beaucoup plus **expressive**, nous semble-t-il, du lieu "d'habitation réelle et permanente, d'où l'individu ne s'absente que pour effectuer des voyages de congé ou d'affaires d'une durée normale" ²³.

²¹ La réglementation française imposait une durée de deux ans en France ou l'étranger pour acquérir ou perdre la qualité de résident, vis-à-vis du contrôle des changes (v. l'article 1er de l'arrêté du Ministre des Finances et de l'Economie du 9 août 1973, modif. par les arrêtés du 8 avril 1980, du 2 avril 1981). Ce délai a été réduit à un an par un arrêté du 19 avril 1981, puis ramené à deux ans par un autre arrêté du 24 mars 1982.

²² Ex. : le cas, très fréquent en droit belge, d'une personne de nationalité belge travaillant au Zaïre qui maintient un domicile civil en Belgique pour les actes de l'état civil, alors qu'il réside effectivement au Zaïre. C'est un cas analogue qui a été jugé par la cour de Cassation dans l'arrêt cité à la note 19 ci-haut.

²³ Ordonnance du G.G. n° 35/415 du 24 décembre 1952 (in B.A. n° 23bis du 24 décembre 1952). Cf., également, l'article 1er de l'arrêté du Commissaire Général aux Finances du 3 octobre 1960 auquel il a déjà été fait allusion.

La notion de "résidence habituelle" a été substituée à celle d'"habitation réelle" avec l'intervention du décret-loi du 29 juin 1961 (article 1er). L'exposé des motifs accompagnant ce dernier texte n'indique pas si le législateur a entendu substituer à l'idée d'effectivité et de permanence une conception différente. Tel ne semble, cependant, pas le cas. Ce texte a, en effet, conservé la dernière partie de la phrase relative aux "voyages de congé ou d'affaires d'une durée normale".

La résidence, notion secondaire en droit civil, l'emporte ainsi en droit du contrôle des changes sur celles de domicile ou de nationalité et ce, pour des besoins bien précis qui tiennent à la recherche de l'efficacité dans les interventions des autorités monétaires.

Les critères de domicile et de nationalité apparaissent, en effet, comme étant trop restrictifs au regard du but de police économique poursuivi, qui est de surveiller l'ensemble des paiements qui sont effectués ou reçus sur le territoire national par toutes les personnes faisant effectivement partie de l'économie nationale. Lorsque dans la réglementation du change, on parle de paiement entre le "pays" et l'"étranger", ces deux notions sont prises dans le sens de pays, en tant qu'"économie nationale" par rapport aux économies étrangères. Les personnes qui font partie de l'économie nationales sont, en effet, celles qui résident de manière stable dans le pays et qui y possèdent leurs intérêts économiques ou professionnels.

Ces considérations sont en quelque sorte confirmées par le critère subsidiaire, utilisé dans la réglementation zaïroise.

- Le critère subsidiaire de la réglementation zaïroise: "l'exercice d'une activité économique permanente dans le pays"

Nous qualifions ce critère de subsidiaire parce que, suivant les textes réglementaires zaïrois, son utilisation est prévue lorsque l'individu ne peut justifier l'existence d'une "résidence habituelle" au Zaïre.

La circulaire de la Banque du Zaïre prévoit, en effet, que la qualité de résident peut être accordée, lorsque l'individu peut établir "à la satisfaction des autorités chargées du contrôle du commerce extérieur, la preuve d'une activité économique exercée de façon permanente au Zaïre". Le critère étant, dans la définition zaïroise, présenté comme une

sorte de faveur, il convient de s'interroger sur l'intérêt qu'il peut y avoir à solliciter un tel statut.

Les seuls cas qui sont, dans la pratique, visés par la disposition paraissent, à l'examen, ceux des personnes résidant dans les pays limitrophes et qui travailleraient au Zaïre. Il est, en effet, difficile d'imaginer d'autres cas où des personnes ne résidant pas effectivement au Zaïre y exerceraient néanmoins de manière permanente une activité économique, en dehors du cadre d'une personne morale ²⁴. Or, l'on peut se demander quel serait l'intérêt pour ces personnes d'opter pour un tel statut. A moins d'un accord entre les deux pays, leur reconnaissance en qualité de résidents empêcherait le versement des salaires dans la monnaie du pays de résidence. Ceci les obligerait à solliciter les autorisations de change de la Banque du Zaïre pour le transfert des salaires dans leur pays de résidence. D'autre part, en l'absence de concertation entre le Zaïre et ce dernier, ces travailleurs risquent d'être également considérés comme résidents dans leur propre pays et, par conséquent, soumis à une double réglementation du change.

Ce critère subsidiaire apparaît, par conséquent, comme étant d'une utilité mineure dans la réglementation zaïroise du contrôle des changes et des paiements extérieurs ²⁵.

²⁴ Auquel cas, une telle personne morale établie au Zaïre serait ordinairement considérée comme résidente, sans qu'il y est besoin d'utiliser ce critère subsidiaire.

²⁵ Ce qui explique, peut-être, les informations verbales recueillies auprès des services compétents de la Banque du Zaïre et des banques agréées, suivant lesquelles aucun cas d'application pratique de cette disposition ne se soit jamais présenté, à leur connaissance.

- La localisation physique de l'établissement, pour les personnes morales

Aux termes des dispositions légales et réglementaires citées ci-haut, le critère de distinction entre personnes morales résidentes et non-résidentes est plus simple²⁶. Est, en effet, considéré comme résident tout établissement - quelle que soit sa dénomination : siège social, siège d'exploitation, succursale, bureau, etc... - situé sur le territoire national et comme non-résident tout établissement situé à l'étranger.

Divers intérêts d'ordre pratique s'attachent à ce choix:

Un intérêt d'efficacité du contrôle, tout d'abord. La primauté accordée au critère de localisation physique sur ceux de siège social ou de nationalité des sociétés permet au contrôle de saisir l'ensemble des agents économiques opérant effectivement sur le territoire national, c'est-à-dire, qu'il font partie de l'économie nationale, peu importe la localisation des centres de décision ou des organes dirigeants. Les tentatives de fraude tendant à établir des centres de décision fictifs sont inopérantes en matière de contrôle du change.

Un intérêt de simplification du contrôle, ensuite. La réglementation du change est quotidiennement mise en oeuvre par les banques et autres intermédiaires agréés, dont les personnels d'exécution ne sont pas nécessairement rompus aux subtilités de la science juridique. Le maniement pratique de notions juridiques complexes, telles celles de siège social ou de nationalité des sociétés ne manquerait pas de provoquer des retards et des incertitudes dans le traitement pratique de nombreux dossiers. Ceci nuirait à la rapidité des transactions commerciales internationales et, finalement, aux objectifs de protection des intérêts financiers et monétaires du pays que poursuit le contrôle du change. D'où l'utilisation d'un critère simple et plus pratique.

²⁶ Le terme de "personne morale" est pris dans son sens large incluant les sociétés commerciales ou civiles, les fondations, associations, etc...

b - Le critère monétaire: La monnaie de l'opération ou du transfert

Avec ce critère, apparaît une spécificité de la notion de paiement international, au regard du droit du contrôle des changes. Outre les paiements entre résidents et non-résidents, la réglementation du change considère comme paiement "international" - et, par conséquent, susceptible, d'être soumis au contrôle des autorités de change, lorsqu'il met en cause un résident - tout paiement fait en monnaie étrangère²⁷.

Suivant ce critère, le fait que les deux parties à l'opération soient toutes résidentes ou que l'opération se réalise exclusivement sur le territoire national reste sans effet. L'intérêt lié à ce critère apparaît, dès lors, évident. Il s'agit de ne laisser en dehors de l'emprise des autorités du contrôle des changes aucune opération financière de nature à influencer sur les demandes et les offres de devises étrangères sur le marché national des changes, de nature à donner naissance à des transferts internationaux de fonds - y compris les échanges monétaires strictement internes, mais qui se font en devises étrangères - .

Tels sont les deux critères de définition de la notion de **paiement international** ~~et~~ , donc, de l'objet du contrôle des changes. Dans cette définition, les considérations d'ordre pratique l'emportent sur celles d'ordre juridique. Il est évident, cependant, que les autorités monétaires pourront toujours décider de laisser en dehors de leur emprise certaines opérations qu'elles jugent sans impact significatif sur le déséquilibre de la balance des paiements extérieurs qu'elles ont l'intention de corriger²⁸. On peut cependant, constater que lorsqu'un pays décide d'appliquer un

²⁷ V. les articles 1er, alinéa 2, 4° de l'arrêté-loi belge; 1er, alinéa 2 de l'ordonnance-loi zaïroise.

²⁸ Auquel cas, elles accordent des autorisations générales ou particulières de change expresses ou implicites (en ne les incluant pas, par exemple, dans les textes réglementaires restrictifs).

contrôle des changes, la tendance va presque toujours vers un renforcement du contrôle et une maîtrise de l'ensemble des relations juridiques et financières avec l'étranger.

§.3 - Les caractères socio-économiques du secteur des relations financières avec l'étranger et leurs implications juridiques

La définition juridique du domaine d'application du contrôle du change montre que, bien que conçue et mise en oeuvre par des administrations spécialisées, la réglementation du change et des paiements extérieurs n'est pas une réglementation "corporatiste", en ce sens qu'elle n'a pas pour destinataires une catégorie bien déterminée d'administrés. Les obligations, interdictions et autres formalités de contrôle qui y sont posées s'appliquent à l'ensemble des résidents. En raison, toutefois, du caractère spécialisé du secteur des relations financières avec l'étranger, on peut tout de même distinguer deux catégories assez bien marquées "d'usagers" du contrôle du change, à savoir: d'une part, les administrés "occasionnels", et d'autre part, les "professionnels" du secteur des relations financières avec l'étranger.

Les premiers - qui peuvent être des particuliers ou des personnes morales - sont ceux qui sont de manière tout à fait occasionnelle amenés à solliciter les autorisations du change afin d'effectuer l'une ou l'autre opération de change et de paiement international. Les seconds sont, par contre, les professionnels du commerce international - le commerce d'import-export, notamment - qui entretiennent des relations régulières avec les autorités administratives du contrôle des changes. Pour eux, les autorisations individuelles de change sont un élément indispensable à l'exercice de leur profession.

Ces données sociologiques du secteur des relations financières avec l'étranger sont importantes, car elles peuvent avoir des incidences sur le plan juridique.

En effet, dans certaines situations, le juge est amené à tenir compte de la situation socio-économique de l'administré et de la fréquence de ses rapports avec l'administration pour garantir plus ou moins strictement l'application des principes de légalité et l'égalité dans l'action administrative. Il n'existe pas de jurisprudence spécifique relative au droit du contrôle des changes. Mais, l'on peut, nous semble-t-il, se référer à des précédents intervenus dans un domaine voisin, celui du contrôle du commerce extérieur, qui présente les caractéristiques sociologiques identiques à celles que nous venons d'évoquer pour illustrer ces affirmations.

Dans une affaire soc. Manufactures des machines du Haut-Rhin, jugée en droit français du contrôle du commerce extérieur, le commissaire du gouvernement a estimé que l'on ne pouvait, dans l'appréciation du préjudice subi par une décision de refus de licence d'importation, isoler celle-ci de l'ensemble d'autres décisions, le préjudice subi étant compensé par les avantages résultant de l'octroi d'autres licences dont la victime a pu bénéficier dans le passé ou dont elle pourra bénéficier dans l'avenir. "La législation et la réglementation économiques, écrit le Commissaire du gouvernement, - surtout lorsqu'il s'agit de répartition de produits ou de licences - impliquent un choix entre des bénéficiaires; ce choix lèse nécessairement le plus grand nombre qu'il ne s'aurait être question d'indemniser sans rendre impossible le fonctionnement d'un système pourtant imposé par la législation ... La législation économique si elle implique des contraintes dommageables bénéficie par l'organisation qu'elle apporte au marché à ceux-là mêmes à qui elle impose des contraintes" ²⁹.

Il s'agit là des considérations extra-juridiques que l'on ne peut rejeter in extenso dans l'évaluation de l'aléa économique et qui tiennent compte de la fréquence des relations entre l'administration et

²⁹ Conclusions ORDONNEAU, sous Cons. d'Etat, 29 juin 1962, Leb., 432.

l'administré. Il en résulte que si les administrés sont égaux comme requérants devant le juge, l'on peut constater de la part de ce dernier une volonté de mieux protéger les intérêts individuels des administrés "occasionnels".

D'autre part, la nécessité des relations suivies entre les administrés professionnels et l'administration diminue quantitativement les chances du recours juridictionnel. Elle incite, en effet, les administrés professionnels à mettre en balance les intérêts attachés à une procédure judiciaire et les intérêts à long terme attachés au maintien des relations "amicales" avec l'administration. D'où la préférence des premiers pour des procédures de négociation et de compromis dans le règlement de leurs litiges avec l'administration ³⁰.

C'est donc, en tenant compte de ces considérations concernant le fondement et le domaine de l'autorisation de change que l'on peut mieux analyser le régime juridique proprement dit de la décision d'autorisation individuelle de change.

Section 3 - Les aspects procéduraux de l'autorisation individuelle de change

§.1 - L'introduction des demandes

La procédure d'introduction des demandes se caractérise par un formalisme assez strict.

³⁰ On reviendra sur ce problème et les solutions éventuelles dans le Chapitre IV consacré aux difficultés d'amélioration de la protection juridictionnelle des droits individuels des administrés en droit du contrôle des changes.

Toute personne intéressée peut, en principe, introduire une demande d'autorisation de change, la seule condition étant d'être considérée comme résidente. Certaines autorisations sont, cependant, réservées aux professionnels du commerce international et même, parmi ceux-ci, à des professionnels remplissant certaines conditions.

Dans la réglementation zaïroise, par exemple, l'octroi d'autorisations de change dites "Modèle I" ou "Modèle E" - c'est-à-dire, les autorisations de change pour les opérations d'importation ou d'exportation de biens, à l'exception de biens emportés lors des voyages de tourisme - est réservé aux professionnels enregistrés auprès de la Banque du Zaïre dans un "Répertoire des Importateurs et Exportateurs", différent du registre du commerce et du registre d'identification nationale auprès du Ministère de l'Economie Nationale comme entrepreneur ou commerçant. Cette inscription, qui est obligatoirement sollicitée à l'intervention d'une banque agréée, est accompagnée d'une description des activités d'importation ou d'exportation prévue par le demandeur et de leur justification économique (ex.; impossibilité de sources d'approvisionnement interne, les autorisations du Ministère de l'Economie ou des organismes administratifs spécialisés compétents lorsque de telles autorisations sont requises - ex. exportation de café, or, diamant, ivoire, armes, matériel informatique, ...). Les autorisations réservées aux professionnels ne peuvent être accordées au Zaïre qu'après la présentation d'une attestation fiscale qui prouve que le demandeur est en ordre avec l'administration des contributions et des douanes.

Les exigences générales de procédure relatives à l'introduction des demandes d'autorisations concernent notamment: l'intervention obligatoire d'intermédiaires agréés, le nombre d'exemplaires de dossiers à déposer, l'utilisation de formulaires administratives-types et du nombre d'exemplaires des documents justificatifs à joindre, etc...

Quelle que soit la réglementation, ce qu'il convient de relever au sujet de la procédure d'introduction des demandes, c'est d'une part son

formalisme, d'autre part, la maîtrise complète par les administrations de la détermination et de l'éventuelle modification de ces règles de procédure et du pouvoir d'octroi des dérogations éventuelles.

§.2 - L'instruction des demandes

La procédure d'instruction des demandes d'autorisation de change se caractérise par deux traits: l'existence d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'administration, d'une part; l'absence quasi-complète de participation des personnes intéressées à la procédure d'instruction, d'autre part.

Aucune disposition textuelle portant réglementation du contrôle du change et des paiements extérieurs ne limite, on l'a déjà relevé ³¹, la liberté de décision dont disposent les autorités administratives de change. Celles-ci disposent d'un pouvoir discrétionnaire de choix de la décision d'autorisation et de détermination de son contenu.

D'autre part, on ne trouve dans aucune des trois réglementations examinées de mécanismes juridiques permettant la participation des administrés concernés au processus d'instruction des demandes et de prise de la décision. Cette résistance de la réglementation du change au phénomène de l'administration dite contractuelle ou concertée mérite d'être expliquée.

L'explication doit, nous semble-t-il, être recherchée dans la nature même du contrôle administratif du change. Le contrôle du change est, on l'a vu, un contrôle d'opportunité et un contrôle instantané. Les autorités administratives vérifient les caractéristiques et l'opportunité économique ou politique de l'opération de change ou de paiement, compte tenu des impératifs de protection de l'intérêt général à un moment donné. Les multiples opérations de paiement international émanant d'agents

³¹ Cf. supra, p. 117 et sv.

économiques occasionnels présentent, dans l'ensemble, les mêmes caractères et les mêmes appréciations vis-à-vis des impératifs de protection de l'intérêt général. Il n'est donc pas indispensable pour l'efficacité de l'intervention des autorités monétaires de procéder à des négociations conventionnelles particulières avec les administrés, en présence de nombreux cas semblables qui soulèvent les mêmes appréciations.

Et, s'il faut absolument particulariser la situation juridique de l'administré, les administrations du change disposent, on l'a vu, du pouvoir discrétionnaire de conditionner les autorisations individuelles d'obligations supplémentaires, ce qui permet de particulariser les décisions d'autorisations individuelles de change.

La réglementation zaïroise du change a connu à un moment donné une procédure d'octroi des autorisations individuelles de change en faveur des administrés professionnels qui s'apparentait aux techniques dites d'administration contractuelle. Il s'agissait de la procédure dite "régime des conventions de change" qui a existé dans la réglementation zaïroise du change entre septembre 1962 et juin 1967 ³².

Les aspects techniques du système ont été décrits par les économistes, et notamment, par M.P. DUPRIEZ ³³.

Dans ses aspects juridiques, le régime des conventions de change consistait en une sorte de "gentlemen agreement" entre la banque

³² Le régime des conventions de change a, en effet, été supprimé avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance-loi n° 67/272 du 23 juin 1967, texte légal de base actuel du contrôle des changes au Zaïre.

³³ P. DUPRIEZ, La politique du commerce extérieur, in IRES, Indépendance, Inflation, Développement. L'économie congolaise de 1960 à 1965, Paris, Mouton, 1968, 559; Id., Contrôle des changes et structures économiques, op. cit., 117 et sv.

centrale et l'entreprise exportatrice désirant bénéficier du système et qui en faisait la demande. En vertu de cet "accord", l'entreprise se voyait "rétrocédée" - ou simplement créditée, lorsqu'il s'agissait d'une entreprise non-exportatrice - dans un compte spécial d'une partie des recettes en devises rapatriées, afin d'effectuer un certain nombre de paiements bien définis à l'avance par la Banque: ex.: les transferts des rémunérations du personnel expatrié, des frais d'administration à l'étranger, des frais de voyage à concurrence d'un certain pourcentage, certaines importations dites "urgentes", telles que les importations de pièces de rechanges pour machines et véhicules de transport, etc... L'entreprise échappait, ainsi, à la procédure de droit commun d'octroi au coup par coup des autorisations de change pour cette catégorie des paiements. En contrepartie, elle renonçait au bénéfice de certaines importations dites "automatiques", c'est-à-dire, certaines importations qui n'exigeaient pas de demandes de licences.

Les objectifs poursuivis par les autorités zairoises du contrôle des changes étaient d'encourager le rapatriement des recettes d'exportations, mais également et, surtout, d'assurer une meilleure régularité dans l'approvisionnement du pays en simplifiant le système d'allocation des devises aux entreprises exportatrices pour le paiement d'importations et des dépenses considérées comme indispensables à la bonne marche des entreprises et de l'économie du pays.

L'"accord" entre la Banque et l'entreprise avait lieu sous la forme d'une "lettre de quota", délivrée par la banque centrale contresignée par le demandeur. Celle-ci fixait le montant des devises allouées ainsi que les conditions de leur utilisation, en fonction des renseignements d'ordre économique et statistique fournis par l'entreprise, analysés et contrôlés par le soin des services de la banque.

Concernant la qualification juridique exacte du régime des conventions de change, l'on peut simplement, nous semble-t-il, se référer à la démonstration faite par M. HECQUARD-THERON à propos de la notion d'"unilatéralité" de la réglementation. Pour qu'il ait véritable

notion d'"unilatéralité" de la réglementation. Pour qu'il ait véritable procédé contractuel, il faut, en effet, que "la création du droit résulte de l'accord de volontés au sens du droit civil" . Autrement dit, il faut non seulement que le contenu des normes soit le fruit de l'accord des volontés des parties, mais également que l'accord des volontés conditionne l'édition de l'acte. Si, au contraire, la participation de l'administré ne touche pas au fond de l'acte et n'intervient qu'au niveau de la préparation de décision, elle n'est pas décisionnelle et la modification de l'ordonnancement juridique intervenue doit être considérée comme unilatérale ³⁴.

L'examen du régime zaïrois des conventions de change montre que l'entreprise bénéficiaire ne participait ni à la fixation du quota des devises qui lui était alloué, ni à la détermination des conditions de son utilisation, ceux-ci étant unilatéralement fixés par la Banque Centrale. L'intervention de l'entreprise "conventionnée" se limitait, en réalité, au stade de la préparation du dossier - transmission des besoins de l'entreprise en devises - et son accord n'intervenait que pour

³⁴ M. HECQUARD-THERON, Essai sur la notion de réglementation, Paris, LGDJ, 1977, 248.

l'application de la situation juridique unilatéralement décidée par l'administration. On était, donc, devant ce que M. HECQUARD-THERON appelle une " forme déguisée de l'action unilatérale " ³⁶ des autorités zaïroises du contrôle des changes.

§.3 - La décision d'autorisation.

a - Les conditions formelles de la décision

Si la procédure d'introduction des demandes est soumise à un formalisme strict, la décision d'autorisation n'est, par contre, soumise qu'à des exigences de forme très limitées.

On peut, tout d'abord, relever que la décision autorisation est une décision obligatoirement expresse. Celle-ci se présente, généralement, sous la forme d'une apposition de sceaux sur les formulaires de demande introduits par l'administré par le canal de l'intermédiaire agréé indiquant l'accord ou le refus de l'administration ou sous la forme d'une simple lettre reprenant ces éléments. Dans tous les cas, aucune réglementation du change ne prévoit la possibilité d'une autorisation de change tacite:

³⁶ Ibid., 242 - 243.

L'intervention des entreprises étaient, en fait, sollicitée pour pallier une carence de l'administration économique du pays, à savoir l'impossibilité dans laquelle se trouvait celle-ci de fournir aux autorités du contrôle des changes des données fiables sur les besoins des entreprises en devises à la suite de la désorganisation politique et économique durant ces premières années troublées de l'indépendance du pays.

par exemple, en cas de silence de l'administration pendant un certain délai .

De même, aucune réglementation du change ne prévoit l'obligation de motiver et de rendre publics les motifs de la décision d'octroi ou de refus de l'autorisation de change ³⁸. Aucun recours administratif hiérarchique n'est non plus ouvert aux demandeurs contre la décision de refus des administrations du contrôle des changes.

Il n'existe donc pas, à ce niveau, d'exigences juridiques de forme ou de fond qui protègent spécialement les droits individuels des demandeurs et des administrés tiers qui peuvent être intéressés par la décision d'autorisation ³⁹.

³⁸ Dans certains pays, l'obligation de motiver le refus d'autorisation de change résulte du droit administratif général. Ex.: en France: la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, I.O.R.F., 12 juillet 1979.

³⁹ On verra que le recours contentieux est également, largement inefficace, en raison des données juridiques et extra-juridiques relatives au domaine du contrôle des changes, mais, surtout, que les améliorations techniques du contrôle juridictionnel de l'action administrative restent sans notable effet en cette matière (Cf. infra, chap. IV).

b - Les modalités juridiques des conditions liées aux autorisations individuelles de change.

L'on a déjà relevé les fondements et l'étendue des pouvoirs des administrations de change en matière de "conditionnement" des autorisations individuelles de change. L'on a vu que les obligations susceptibles d'être incluses dans les autorisations individuelles de change pouvaient être soit complètement indéterminées, soit déterminées dans les textes légaux ou réglementaires ⁴⁰.

Mais, ce sont les modalités de "conditionnement" des autorisations de change ainsi que les conditions d'exécution des obligations qu'il convient d'observer ici.

Qu'elles soient prédéterminées ou pas, le respect des obligations dont sont assorties les autorisations individuelles de change peut être exigée préalablement ou postérieurement à la décision d'autorisation. Le respect d'obligations postérieurement à la décision d'autorisation suppose le prolongement d'un contrôle administratif sur le comportement du bénéficiaire. Ceci ne manque pas de soulever un certain nombre de problèmes, sur lesquels les réglementations du change restent généralement muettes, et notamment:

- durant quel laps de temps le contrôle de l'administration peut-il être maintenu;

- quelles sont les modalités d'exercice de ce contrôle;

- et, enfin, quels sont les moyens de sanction en cas d'inobservation de telles obligations?

⁴⁰ Cf. supra, chap. II, p. 98 et sv.

Dans le silence des textes, il convient d'essayer de répondre à ces questions en nous référant au droit administratif général.

Comme on l'a déjà relevé ⁴¹, de par ses finalités, le contrôle du change est un contrôle instantané, sur des opérations limitées dans le temps. On conçoit, par conséquent, difficilement que pour les besoins du contrôle du change, les conditions dont sont assorties les autorisations de change aient pour effet de soumettre le comportement des titulaires au contrôle des autorités de contrôle des changes au delà d'un certain délai. Le moment de réalisation effective du transfert financier consécutif à l'opération autorisée nous paraît le moment limite au-delà duquel le contrôle des autorités du change ne peut être poursuivi. C'est, en effet, à ce moment que l'impératif de protection de l'intérêt général - à savoir, la protection de la balance des paiements ou des ressources nationales de change - poursuivi par le contrôle du change se trouve, complètement, réalisé. Le maintien d'un contrôle administratif des autorités de change au delà de ce moment - par ex.: sur l'utilisation effective des biens et marchandises importées - iraient au-delà des pouvoirs accordés pour les besoins du contrôle de change.

Le principal moyen dont disposent les autorités de change pour contrôler le respect des obligations dont sont assorties les autorisations est l'obligation qui pèse sur les intermédiaires agréés de faire un compte-rendu de l'ensemble des opérations de paiement avec l'étranger qui passent par leur canal. L'administration peut ainsi comparer les conditions de réalisation effective de l'opération avec celles qui étaient prévues dans l'autorisation - procédure dite d'"apurement de dossiers de domiciliation", lorsqu'il s'agit des opérations du commerce extérieur-. Ce moyen peut être complété par des investigations beaucoup plus poussées auprès de l'intermédiaire agréé ou de l'administré bénéficiaire de l'autorisation de change, en cas de soupçons d'infraction.

⁴¹ Supra, p. 120.

L'inobservation des conditions rattachées à l'autorisation du change est, en effet, considérée et sanctionnée comme une infraction de change ⁴². Les sanctions pénales sont, d'ailleurs, généralement les seules qui sont prévues dans la plupart des réglementations. Des trois réglementations qui ont fait l'objet de notre étude, seule la réglementation belge prévoit le retrait provisoire de l'autorisation de change, à titre de sanction administrative en cas de soupçons d'infraction au contrôle du change.

L'article 15 de l'arrêté d'application belge du 6 octobre 1944 prévoit, en effet, que:

"L.B.L.C. peut, à l'égard d'une ou plusieurs personnes déterminées, retirer provisoirement une autorisation générale déjà accordée, lorsque de graves présomptions font supposer que cette personne ou ces personnes ont commis une infraction aux lois, arrêtés et règlements en matière de contrôle des changes.

Le retrait devient définitif par l'intervention, concernant cette infraction, d'un jugement ayant force de chose jugée.

Le retrait n'a jamais effet rétroactif ; tous actes juridiques posés et toutes opérations conclues avant ce retrait restent valablement autorisés".

On peut d'ailleurs, signaler la relative inefficacité de cette sanction administrative vis-à-vis des impératifs de protection du contrôle du change, puisque les actes et opérations antérieurement conclus restent

⁴² Cf. supra, chap.I , p. 37 et sv.

valablement autorisés : le retrait dont il est question dans l'article précédent est une mesure de révocation ⁴³.

Section 4 - Les effets juridiques individuels de la décision d'autorisation individuelle de change

De par sa nature d'autorisation - dérogation, la décision d'autorisation individuelle de change confère essentiellement un droit à son titulaire - sous réserve de ce qui a été dit à propos des autorisations conditionnées -, à savoir: le droit de pouvoir réaliser l'opération juridique ou économique projetée, qui serait autrement interdite.

La stabilité de la situation juridique créée par la décision d'autorisation est, par conséquent, d'une très grande importance pour le bénéficiaire, ne fût-ce qu'en raison des intérêts financiers et commerciaux qui peuvent être en jeu. Elle permet, en effet, à ce dernier de pouvoir s'engager de manière ferme envers ses cocontractants étrangers. Par contre, on conçoit, également, facilement que le contexte et les besoins de protection économique ou politique en vertu desquels l'autorisation a été accordée puissent se modifier. Quelle peut être la répercussion d'une telle évolution sur la décision d'autorisation individuelle de change?

Il convient, donc, de s'interroger sur les éléments de stabilité, d'abord, et ensuite sur les éléments de précarité de celle-ci .

⁴³ Dite aussi "abrogation", par opposition au retrait qui est une mesure à effet rétroactif. V. M.A. FLAMME, Droit administratif, op. cit., T.I., 511 et sv.; A. de LAUBADERE, Cl. VENEZIA et GAUDEMET, Traité de droit administratif, op. cit., T.1, 10^e éd., 1988, 583 et sv.

§.1 - Les éléments de stabilité de la décision d'autorisation individuelle de change

La durée de validité des autorisations de change varie d'une réglementation à une autre et d'une opération à l'autre. Mais, elle est généralement courte, de manière à ce que chaque autorisation reste adaptée aux besoins et aux circonstances économiques qui prévalent au moment de sa délivrance ⁴⁴. Délivrée en fonction du contexte monétaire, économique ou même politique du moment, la décision d'autorisation individuelle de change doit avoir des effets limités dans le temps.

Toutefois, l'administration est encore une fois maître de cette question, en ce sens qu'elle peut déroger aux délais prévus par les textes réglementaires à caractère général et fixer des délais plus courts ou plus longs. Elle peut même proroger ceux qui arrivent à expiration. Dans ce dernier cas, l'administration exige d'être informée sur les causes du retard dans la réalisation de l'opération. Les préoccupations d'intérêt général économique plus large qui peuvent être liées à l'autorisation du

⁴⁴ La réglementation zaïroise prévoit, par exemple, une période de validité de 12 mois maximum pour l'autorisation de change... "Mod.I" - c'est-à-dire l'autorisation d'importation - et 3 mois pour toutes les autres autorisations de change.

Des délais de validité plus longs sont prévus pour les autorisations d'exportation de certains produits (ex.: le café) ou les autorisations d'exportation à partir des régions très éloignées des voies de communication maritimes - région du Shaba, par exemple - Dans tous les cas, la Banque du Zaïre est habilitée à fixer d'autres délais - plus courts ou plus longs -, suivant les caractéristiques de chaque opération. Il s'agit d'un de nombreux aspects du régime de l'autorisation de change dans lesquels un pouvoir discrétionnaire de dérogation est reconnu aux administrations spécialisées.

change (ex: les besoins d'approvisionnement du pays en biens d'équipement ou en biens de première nécessité) exigent, quelquefois en effet, que l'autorisation accordée soit effectivement utilisée. Toute carence non justifiée par le titulaire de l'autorisation ou justifiée par la satisfaction des seuls intérêts particuliers est, généralement, sanctionnée par des sanctions administratives assez lourdes⁴⁵.

Le degré de stabilité de l'autorisation individuelle de change paraît, par conséquent, celui de tout acte administratif créateur de droits et

⁴⁵ La réglementation du change zaïroise prévoit, par exemple, qu'un agent importateur qui renonce à l'utilisation de l'autorisation d'importer doit en apporter la justification. A défaut de justification jugée valable, l'importateur est passible d'une amende administrative égale à 40% de la valeur FOB de l'opération projetée. Il s'agit, en effet, d'empêcher que les importateurs ne fassent des autorisations de change des éléments de spéculation ou de concurrence commerciale. D'autre part, les autorisations d'importation étant délivrées suivant les besoins d'approvisionnement du pays, la non-utilisation injustifiée des licences d'importation peut gravement porter atteinte à l'intérêt général.

les causes de cessation celles du droit commun applicables à ce type d'actes administratifs ⁴⁶.

Où réside, par conséquent, le caractère précaire de la décision d'autorisation individuelle de change?

⁴⁶ Sur la distinction entre actes administratifs individuels créateurs de droits et non créateurs de droits, v. notamment: M.A. FLAMME, Droit administratif, op. cit., T.1, 524 et sv., A. de LAUBADERE, J. Cl. VENEZIA et Y. GAUDEMET, Traité..., op. cit., 10^e éd., 1988, 583-584; Ph. QUERTAINMONT, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels. L'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits, note sous Cass., 21 avril 1988, in R.C.J.B., 1990, 410 et sv., spéc., 417-419; P; LEWALLE, L'abrogation des actes administratifs unilatéraux, in Ann. dr. Liège, 1970, 63 et sv.; Id. Contribution à l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps, Université de Liège, 1975, 222 et sv.

Les causes de terminaison ordinaires de la décision d'autorisation individuelle de change sont, notamment:

1°- la péremption de la décision d'autorisation par l'expiration du délai de validité ordinaire de l'autorisation; 2°- l'épuisement des effets juridiques de la décision par la réalisation de l'opération autorisée; 3°- la disparition de l'objet de l'autorisation (ex.: la résiliation ou l'annulation du contrat sous-jacent); 4°- la disparition du titulaire de l'autorisation. Délivrée en considération des garanties présentées par le bénéficiaire, le caractère intuitu personae de l'autorisation individuelle de change ne fait aucun doute (cf. l'article 16 de l'arrêté belge du Régent du 6 octobre 1944).

§.2 - Les éléments de précarité

Nous avons déjà évoqué la possibilité de révocation de l'autorisation individuelle de change, à titre de sanction du comportement fautif du bénéficiaire. Le problème qui est examiné, ici, est celui de savoir si l'autorisation individuelle de change peut être remise en cause en dehors du cadre des sanctions, en raison par exemple de la modification des circonstances économiques, politiques et juridiques dans lesquelles elle a été prise.

Les textes légaux et réglementaires du contrôle des changes sont, en général, muets sur ce problème. Celui-ci touche au débat plus général sur l'intangibilité ou la révocabilité des actes administratifs individuels ⁴⁷. Il convient d'examiner quelles sont les solutions du droit administratif général et de voir si celles-ci peuvent trouver application dans les autorisations individuelles de change ou, au contraire, si les décisions d'autorisations individuelles peuvent comporter des particularités susceptibles d'influer sur ces solutions.

Il convient, d'emblée, de relever que les solutions du droit administratif général que l'on trouve dans la doctrine au sujet de l'application des actes administratifs dans le temps ne sont pas toujours d'une parfaite clarté.

⁴⁷ Pour une vue d'ensemble du débat et des arguments développés de part et d'autre, v.: MUZELLEC, Le principe d'intangibilité des actes individuels en droit français, thèse, Droit, Rennes, 1971, dact., non publiée; L.TAILLINEAU, Les actes particuliers non créateurs de droits. Essai critique de la théorie des droits acquis en droit administratifs, thèse, Droit, Poitiers, 1972, dact., 313 et sv.; P. LEWALLE, Contribution à l'application des actes administratifs... op. cit., 222 et sv.. J.Y. VINCENT, Le retrait des actes administratifs unilatéraux. Examen comparatif des solutions adoptées en droit européen et en droit français, in Rev. trim. de droit europ., 1974, 31 et sv.

A titre de simple exemple, ce qu'écrit M.J. CARBAJO: "La légalité de l'acte non réglementaire créateur de droits n'est pas, on le sait, affectée par les changements dans les éléments de droit et de fait qui le motivaient légalement... Ainsi les changements intervenus dans les circonstances de droit ou de fait, postérieurement à l'émission de l'acte, ne sauraient-ils entraîner son abrogation. L'évolution de la jurisprudence ne nous paraît pas de nature à remettre en cause ce principe, bien que l'opinion contraire ait été soutenue" ⁴⁸.

Une telle position résulte, d'une systématisation équivoque des décisions judiciaires auxquelles l'auteur prétend se référer.

Le problème ainsi posé comporte, en réalité, deux aspects:

1°- quelle est, d'une part, l'influence du changement des circonstances de fait ou de droit sur la validité des actes administratifs individuels;

2°- quelle est, d'autre part, l'influence de ce changement sur la possibilité de remise en cause des actes administratifs individuels par l'administration ?

Une réponse négative ou positive donnée à la première question ne prédétermine pas, nécessairement, celle qui doit être apportée à la seconde, ce que certaines solutions proposées en doctrine ne semblent pas relever. Ainsi, la solution proposée par M.J.CARBAJO est assurément exacte dans sa première partie, mais prête à critique dans la seconde.

Il est, en effet, unanimement admis en jurisprudence et en doctrine qu'un changement de la législation ou des circonstances de fait n'a pas pour effet de rendre invalides les actes administratifs individuels

⁴⁸ J. CARBAJO, L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires, Paris, LGDJ, 1980, 207-208.

régulièrement pris sous l'empire de la législation ou de circonstances anciennes ⁴⁹. Mais, cette réponse n'implique pas nécessairement une réponse négative à la question de savoir si l'administration peut remettre en cause les actes ainsi pris en revenant, par exemple, sur ses décisions ou en modifiant les situations individuelles issues de celles-ci.

Le principe en cause ici est celui de l'intangibilité ou, au contraire, de la mutabilité possible des effets individuels des actes administratifs, en raison d'une modification des besoins de protection de l'intérêt général. La question est controversée en droit administratif général. La solution qui paraît, actuellement, s'imposer est celle de l'inexistence d'une règle générale d'intangibilité des effets individuels des actes administratifs ⁵⁰. Ainsi, pour M.P.LEWALLE, la règle serait même celle de la mutabilité des actes administratifs en raison justement de la finalité de l'action administrative. Ceci ne signifie, cependant, pas que l'administration puisse disposer d'une liberté d'action absolue ⁵¹. En effet, pour cet

⁴⁹ V. la doctrine citée supra, notes 46 et 47. Adde: J.M. AUBEY, L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux, in Rev. de Droit Public, 1959, 442 et 447.

⁵⁰ Après avoir soutenu pendant un temps la notion d'intangibilité des actes administratifs individuels, en tant que principe général du droit administratif (v. les auteurs cités, notamment, par P. LEWALLE, Contribution..., op.cit., 366), la doctrine française a elle-même été amenée à reconnaître que celui-ci n'avait pas reçu de consécration jurisprudentielle contrairement à la règle de la non rétroactivité des actes administratifs, par exemple. Cf. J. CARBAJO, op. cit., 130-131.

⁵¹ P. LEWALLE, op. cit., 369 et sv.

auteur - et bien d'autres défendent la même position ⁵² - la différence entre actes administratifs non-créateurs et créateurs de droits est que vis-à-vis des premiers l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire de révocation ou de modification, tandis que pour les seconds elle ne peut le faire que de manière réglementée. Pour les seconds, en effet, l'administration ne peut remettre en cause l'acte administratif individuel qu'en édictant un nouvel acte contraire, suivant les formes et les conditions prévues par la loi et les règlements.

C'est, justement, là que se situe la précarité de la décision d'autorisation individuelle de change.

L'on a, en effet, déjà relevé les éléments du régime procédural de la décision d'autorisation individuelle de change. L'on a, notamment, relevé que celle-ci n'était soumise par la loi et les règlements qu'à des exigences de forme très limitées et que les autorités administratives disposaient d'un pouvoir discrétionnaire en matière de choix et de "conditionnement" de la décision d'autorisation ⁵³. Le fait que l'autorisation de change ait le caractère d'une décision créatrice de droits et d'exiger que celle-ci soit prise dans les formes et les conditions prévues par la loi n'apporte, en conséquence, aucune garantie particulière pour la protection des droits individuels des bénéficiaires.

⁵² Cf. notamment: A. de LAUBADERE, Traité..., T.I, op.cit., 294; J.M. AUBEY, L'abrogation des actes administratifs, in A.J.D.A., 1967, 135; A. BUTTGENBACH, Manuel de droit administratif, T.I. Bruxelles, Larcier, 1966, 355; C. CAMBIER, Droit administratif, Bruxelles, Larcier, 1968, 253; P. LIVET, op.cit., 289 (en ce qui concerne les autorisations relatives à l'exercice des libertés publiques); M.A. FLAMME, Droit administratif, op. cit.; Ph. QUERTAINMONT, Le contrôle juridictionnel ..., art. cit..

⁵³ V. supra, p. 118 et 142.

La conclusion paraît, en conséquence, évidente: à la condition de rester dans le cadre de leur compétence, les autorités administratives de change peuvent à tout moment, par une décision contraire, remettre en cause ou modifier la situation individuelle issue d'une autorisation individuelle de change en raison d'une modification des impératifs de protection de l'intérêt général assignés au contrôle du change. La seule garantie pour les droits individuels - rarement efficace, en cette matière, comme nous aurons l'occasion de le relever ⁵⁴ - est la possible reconnaissance d'un préjudice exceptionnel sur la base de la rupture de la règle d'égalité devant les charges publiques.

Aussi, est-ce avec raison que la légalité d'une remise en cause des effets individuels d'autorisations individuelles de change a été admise

⁵⁴ Cf. infra, Chapitre IV.

par les cours et les tribunaux français⁵⁵, malgré la désapprobation d'une certaine partie de la doctrine - minoritaire, il est vrai -⁵⁶. Il s'agissait, pour les autorités françaises, de faire face à des difficultés brusques de balance des paiements.

Malgré son caractère d'acte créateur de droits, la décision d'autorisation individuelle de change reste juridiquement un acte précaire. Ceci est le résultat de l'indétermination légale et réglementaire concernant les conditions d'édiction des décisions de refus ou d'octroi des

⁵⁵ Notamment: Cons. d'Et. (français), 11 décembre 1970, Et. Sonauto et autres, déjà cité; id., 5 décembre 1973, Soc. Richaud, in Gaz. du pal., 1974, I, 202, note J.C. SEFFERT, Cass. (franç.), ass. plén., 21 mai 1976, Douanes c/ Andrieu, in Bull. civ., 1976, n° 6, 69; Trib. Gde Instance, Mulhouse, 8 mai 1980, S.A. Crédit Lyonnais c/ J. et C. Brehm, in J.C.P., 1982, II, 19856, note J.P. CHAUMETON.

V., cependant, contra: Cons. d'Et. (français), 23 juin 1976, Ministère français de l'Economie et des Finances c/ Coopérative des Céréales des régions de Saint-Sauveur et autres (in Rec.Leb., 324 et sv.). Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a déclaré qu'un arrêté du Ministre français de l'Economie et des Finances, qui réduisait le délai de paiement des exportations de 180 à 60 jours, modifiant du même coup les stipulations conventionnelles des contrats en cours concernant les délais d'exigibilité des paiements, était "entaché d'une illégalité constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat" (Rec. Leb., 325). Cette solution est difficilement compréhensible au regard de la théorie générale des actes administratifs.

⁵⁶ V.M.C. SEFFERT, note sous Cons. d'Et., 5 décembre 1973, précitée; Id., Quelle est la base légale de la récente résiliation des contrats de change, in Le Monde, 27 décembre 1968, 12; FAMCHON, L'annulation des conventions de change à terme. Une grave entorse au droit des contrats, in Le Monde, 7 décembre 1969.

autorisations de change, d'une part, et la primauté des impératifs de protection de l'intérêt général, d'autre part.

Juridiquement incertaine du point de vue du maintien des effets individuels de la décision d'autorisation de change, en tant qu'acte administratif, la situation individuelle des bénéficiaires l'est également en ce qui concerne les effets de droit civil de la décision d'octroi ou de refus de l'autorisation de change.

Section 5 - Les effets de droit civil du défaut ou du refus d'autorisation de change

Si les législateurs s'étendent sur les conséquences pénales ⁵⁷, ils sont, par contre, muets sur les conséquences civiles des réglementations du change et, notamment, sur celles du défaut de l'autorisation individuelle de change. Ce silence a eu pour effet la persistance d'incertitudes et de controverses tant en jurisprudence qu'en doctrine, sur les diverses questions de droit civil suscitées par cette réglementation.

Deux questions parmi celles-ci ont suscité une abondante *doctrine* : celle de la sanction du défaut d'autorisation quant à la validité du rapport contractuel sous-jacent, d'une part; celle de l'incidence du défaut ou du refus de l'autorisation du change sur la situation juridique des parties contractantes, d'autre part.

§.1 - La sanction du défaut de l'autorisation préalable de change quant à la validité du rapport contractuel sous-jacent.

Il résulte clairement des textes légaux et réglementaires de base du contrôle du change et des paiements extérieurs que c'est tantôt les

⁵⁷ V. supra, p. 37 et sv.

transferts de fonds entre résidents et non-résidents, tantôt les actes et opérations juridiques sous-jacents qui sont visés par l'exigence de l'autorisation préalable de change⁵⁸. Dans ce dernier cas, quelle est

⁵⁸ Cf. notamment les art. 1 de l'arrêté-loi belge et 4 et 6 de l'arrêté du Régent du 6 octobre 1944; les art. 3, 1° c et d de la loi française du 28 décembre 1966; 2, 3, 4, 4bis et 6 du décret français du 27 janvier 1967 relatif aux investissements et emprunts à l'étranger; 4 du décret du 24 novembre 1968; les art. 1 et 2 de l'ordonnance-loi zaïroise du 23 juin 1967.

Cet argument de texte n'a pu être valablement contesté même en droit français par M.P. ECK, farouche défenseur de la thèse qui considère l'autorisation du change comme une simple modalité de l'exécution des paiements. Voir ses hésitations, in J.P. ECK, A propos de l'incidence de la réglementation des changes sur la validité des contrats, in D.S., 1963, chron.XVI, 91 et sv. Id., Les opérations non conformes à la réglementation des changes: vers la fin d'un malentendu?, in R.C.D.I.P., 1978, 59 et sv. sp. 70; Id., Le sort des contrats conclus en violation du droit français des relations financières avec l'étranger, in D.P.C.I., 1985, n°1, 39 et sv.

V. par contre, les références textuelles données par P. AMSELEK, note sous Cass., com., 30 juin 1981, arrêt Liebermann, in D.S., 1982, 222 et sv. spéc. 224; E. GAILLARD, Les sanctions civiles des règles du contrôle des changes, un revirement partiel de jurisprudence, note, in D.S., 1984, 204 et sv.

l'incidence de cette formalité sur la validité du lien contractuel sous-jacent⁵⁹?

⁵⁹ Les dispositions légales et réglementaires citées ci-haut sont générales. Il en résulte que l'acte soumis à autorisation préalable n'est pas nécessairement un contrat, mais peut-être un acte juridique unilatéral (ex: une donation, un legs entre un résident et un non-résident). Si ~~tel~~ est la volonté expresse du législateur ou des autorités réglementaires, les développements qui seront consacrés plus bas aux effets de l'autorisation préalable sur la validité du rapport contractuel peuvent, mutatis mutandis, être appliqués aux actes juridiques unilatéraux.

Cette question a divisé pendant longtemps la jurisprudence et la doctrine - surtout en droit français⁶⁰ et de manière moins vigoureuse, en droit belge⁶¹ - en deux camps aux positions juridiques bien tranchées:

⁶⁰ Toute recension de la doctrine consacrée à ce débat serait nécessairement incomplète. On trouvera une vue à travers les indications bibliographiques suivantes:

- pour les partisans de la première thèse (que nous appellerons la "thèse maximaliste"), v. notamment: J. ph. LEVY, in Juris-Classeur Civil, Dalloz, app. art. 1895, Fasc. C.2, n° 59 et sv.; Id., note, in J.D.I., 1969, 366; ph. MALAURIE, note, in D.S., 1976, J., 83; P. AMSELEK, note, in D.S., 1982, 222; A. WERNER, Le régime des actes de droit privé soumis à l'autorisation administrative, in Rev. Dr. Publ., 1984, 746 et sv.; A. BERNARD, L'autorisation administrative et le contrat de droit privé, in Rev. Trim. de Dr. Comm. et de Dr. Econ., 1987, 25 et sv.; Ph. MALAURIE, note, in D.S., 1976, 83; E. GALLARD, Les sanctions civiles des règles du contrôle des changes: un revirement partiel de jurisprudence, note sous Cass., com., 9 mai et 22 novembre 1983, in D.S., 1984, 206 et sv.; G. FARJAT, op. cit., n° 545;

- pour les partisans de la seconde thèse (la "thèse minimaliste"), v.: J.P. ECK, note sous Cass., civ., 9 juillet 1968 et 4 février 1969, in R.C.D.I.P., 1970, 277-278. Ce point de vue a été développé avec constance par cet auteur, si bien qu'il est considéré comme le chef de file des tenants de cette thèse. cf.: R.C.D.I.P., 1972, 634; R.C.D.I.P., 1974, 486; R.C.D.I.P., 1977, 105; Les opérations non conformes à la réglementation des changes: vers la fin d'un malentendu, in R.C.D.I.P., 1978 59; R.C.D.I.P., 1980, 106; A propos de l'incidence de la réglementation des changes sur la validité des contrats, in D.S., 1983, chron. XVI, 91; J.C.P., 1983, II, 20045; J.C.P., 1984, II, 20228; Le sort des contrats conclus en violation du droit français des relations financières avec l'étranger, in D.P.C.I., 1985, n° 1, 39; etc...); J.L. BISMUTH, note sous Reims, 23 janvier 1975, in Rev. des Soc., 1975, 512; DRAKIDIS, Du caractère non exécutoire de certains

⁶¹ v. p. suivante. →

- d'une part, ceux qui considèrent que l'autorisation de change est un élément constitutif du lien juridique et qu'à son défaut, celui-ci doit être considéré comme nul, car manquant un élément de validité (thèse que nous appelons "maximaliste");

- d'autre part, ceux pour lesquels, par contre, l'autorisation de change n'est qu'une simple condition d'exécution du transfert des fonds consécutif à l'acte juridique et que son défaut a pour seul effet de faire échec à l'exécution de l'acte juridique sous-jacent, celui-ci demeurant valide sur le plan du droit civil (thèse "minimaliste").

contrats de change d'après les statuts du Fonds Monétaire International, in R.C.D.I.P., 1970, 363; J.P. CHAUMETON, note, in J.C.P., 1984, II, 20159; F. GIANVITI, note, in J.D.I., 1981, 834;

⁶¹ En Belgique, le débat n'a pas eu la même vigueur qu'en France. La doctrine belge s'est, semble-t-il, surtout intéressée aux aspects de droit international privé du problème. On peut, cependant, déceler dans différentes études la prise de position de certains auteurs belges en faveur de l'une ou l'autre thèse. Cf., par exemple : G. VAN HECKE, Les répercussions des règles du contrôle des changes sur la validité et l'exécution des obligations commerciales, in Ann. de droit et de Sc. polit., 1954, 53 et sv., reproduit également in Mélanges G. Van Hecke, 35 et sv., spéc. 39; Id., Problèmes juridiques des emprunts internationaux, Leiden, 2^e éd., 1964; Id., V^o "Currency", in International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III, chap. 36, 14 et sv.; X. DIEUX, Questions relatives aux effets..., art. cit., spéc. 192-198; Id., Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée, in A.P.T., 1984, n^o 2, 145 et sv., spéc. 157.

Nous n'avons pas trouvé de traces d'un tel débat dans la jurisprudence ou la doctrine zaïroise⁶².

Les éléments principaux de ce débat sont repris ici, car, il nous semble qu'il est possible de ~~défendre~~ une conception intermédiaire, transactionnelle et qui tient compte à la fois du caractère d'ordre public de la réglementation du change et de la sécurité juridique nécessaire des rapports contractuels.

a - Les arguments du débat

Deux principaux arguments ont été avancés par les tenants de la thèse minimaliste.

1°- Un argument téléologique. Celui-ci a été exposé comme suit par M.J.L. BISMUTH: "Au service d'une politique d'équilibre de la balance des paiements, le contrôle des changes a pour fonction essentielle de centraliser les devises et de canaliser leur affectation dans le sens conforme aux besoins de l'économie nationale. L'article VIII section 2,b des statuts du Fonds Monétaire International illustre, d'ailleurs, cette

⁶² Nous n'avons trouvé au cours de nos investigations que trois décisions jurisprudentielles qui aient été publiées sur le problème des incidences civiles de l'autorisation de change : C. App., Léopoldville, 22 septembre 1964, in R.J.C.B., 1965, 188; C. App., Lubumbashi, 13 août 1971, in R.J.Z., 1972, 64; C. App., Kinshasa, 2 janvier 1974, in R.J.Z., 1976, 71, note E. LAMY.

Ces décisions concernent, cependant, un aspect non controversé du problème, à savoir la nullité du contrat par défaut d'autorisation à la suite d'une volonté délibérée de frauder la loi.

finalité économique de la réglementation des changes... Or, d'un côté, selon une interprétation généralement reçue tant en doctrine qu'en jurisprudence, un contrat implique la monnaie d'un pays membre lorsqu'il affecte ses ressources financières. Comme de l'autre, l'application de l'art.VIII section 2,b suppose également que ce même contrat viole la réglementation des changes dudit pays, la disposition des statuts du Fonds vient ainsi opportunément démontrer que le contrôle des changes est l'instrument d'une gestion centralisée, planifiée du patrimoine national en devises... Or, c'est uniquement par son exécution qu'un acte juridique est susceptible de contrarier l'objectif que se fixe la réglementation des changes..."⁶³.

L'argument paraît fort, mais il prête à critique. L'art.VIII, section 2,b des statuts du F.M.I. est une disposition qui a été édictée pour un objectif bien précis, pour l'application des règles de conduite monétaire prévues par cet accord. En dehors de celles-ci, rien n'empêche un Etat membre de prévoir ~~une autre sanction pour~~ la violation de sa réglementation du change. Il n'est, d'autre part, pas du tout certain que c'est au moment de l'exécution de l'acte juridique que celui-ci met en danger les ressources de change ou l'équilibre de la balance des paiements d'un pays. Un acte qui rend certain ou probable un transfert de fonds contient déjà ce danger et tout gestionnaire des ressources de change doit s'intéresser

⁶³ J.L. BISMUTH, note sous Reims, 23 janvier 1975, arrêt Club Méditerranée, in Rev.Soc., 1975, 512. Cf. également dans le même sens, J.P. ECK, note sous Cass., civ., 9 juillet 1968 et 4 février 1969, in R.C.D.I.P., 1970, 277-278, Ce point de vue a été développé avec constance par ce dernier auteur dans d'autres études (v. doctrine citée supra, note 60).

à la naissance de tels actes, dans le cadre des prévisions de l'utilisation future de ces ressources⁶⁴

2°- L'argument tenant à la possibilité d'une régularisation administrative à posteriori des actes non préalablement autorisés. Cette possibilité a semblé, pour les tenants de la thèse minimaliste, un argument contre la solution de la nullité des actes non autorisés⁶⁵.

Il faut, toutefois, relever qu'une telle vue ne tient pas compte de la doctrine contemporaine en matière de consolidation des actes nuls en droit civil. L'octroi tardif de l'autorisation par l'administration du change est une technique de régularisation, différente de celle de confirmation, des actes nuls: cette régularisation a pour effet d'apporter un élément qui faisait défaut à l'acte initialement nul. Ayant pour effet de mettre l'acte vicié en concordance avec les prescriptions légales, elle est possible quelle que soit la nature de la nullité et pourvu qu'elle intervienne avant la saisine du juge⁶⁶.

D'autre part, on constate dans la pratique du contrôle du change que l'octroi tardif de l'autorisation ne dispense pas l'administration de change d'infliger des sanctions pécuniaires ou administratives (ex: la mise

⁶⁴ On peut même affirmer que la soumission de tels actes à autorisation et contrôle administratif permet aux autorités de change d'avoir une appréciation plus réaliste du "risque monétaire global" que comportent les relations financières du pays avec l'étranger. V. E. GAILLARD, art. cit., 207.

⁶⁵ Cf. notamment J.P. ECK qui insiste sur cet argument dans tous ses écrits relatifs à ce problème.

⁶⁶ Cf. C. DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, Paris, LGDJ, 1973. E. GAILLARD, art. cit., 208-209.

en garde, amendes administratives) aux contractants, ce qui laisse voir que cette régularisation tardive ne constitue pas une "amnistie" du comportement fautif de ceux-ci.

On peut, en conséquence, difficilement éviter la nullité de l'acte non autorisé sur le plan de la théorie générale du droit civil des contrats.

b - Arguments pour la nullité

1- L'impossibilité de dissocier, du point de vue de l'appréciation de la licéité ou de l'illicéité, l'acte juridique de son exécution

Cet argument a été en France défendu avec justesse par M.J.Ph. LEVY, notamment. "Dans tout contrat illicite ou immoral, c'est essentiellement l'exécution qui est contraire à la loi ou à la morale, bien plus en tout cas que la promesse. Pourtant, c'est le contrat tout entier qui est nul et l'on ne se borne pas à dire que son exécution seule est suspendue" ⁶⁷.

2 - Le fondement d'ordre public de la réglementation du change

Il n'est, en effet, contesté par personne que les règles de contrôle du change sont des règles d'ordre public, compte tenu des finalités qu'elles poursuivent. Tout acte qui leur est contraire doit être considéré comme nul, de nullité absolue.

⁶⁷ Cf. J. Ph. LEVY, art. préc., in Jurisl. Civ., app. art. 1985, Fasc. I, n° 86 et 94. V. également dans le même sens : P. AMSELEK, art. préc., 22; Ph. MALAURIE, art. préc., 85.

Ces deux arguments nous paraissent difficilement réfutables sur le plan du droit civil. Le juge saisi d'une demande en nullité n'a pas, semble-t-il, de choix que de prononcer celle-ci.

Mais de la nullité de quel acte s'agit-il? Du contrat déjà formé ou d'un acte venant avant la formation complète de celui-ci?

Dans ce cadre, doivent être réexaminées, à notre sens, les solutions qui ont été généralement proposées au problème de la responsabilité civile des parties qui se sont engagées dans un lien contractuel avant l'intervention de la décision administrative et après la décision de refus de l'autorisation. Ces solutions ne nous paraissent pas, en effet, satisfaisantes sur divers aspects.

C'est à ces questions que nous consacrons les développements qui suivent.

S.2 La condition civile des parties engagées dans le lien contractuel avant l'intervention de la décision d'autorisation

La formalité d'autorisation préalable de change a, avons-nous dit, pour but permettre à l'administration d'examiner l'opportunité des opérations financières projetées au regard des impératifs de protection des intérêts monétaires, économiques, économiques ou politiques du pays. Ceci implique que lorsqu'une autorisation individuelle de change est exigée, les parties ne peuvent la solliciter qu'après s'être entendues sur l'ensemble des termes de l'opération, en tout cas sur l'ensemble de ses aspects financiers, de manière à permettre à l'administration d'apprécier cette opportunité. La décision d'autorisation de change est, donc, nécessairement postérieure à l'accord des volontés des parties contractantes.

Lorsque de cette appréciation, il résulte que l'opération est conforme aux intérêts que le contrôle du change est censé protéger, l'autorisation est accordée, se superposant ainsi à l'accord des volontés des parties.

Ce qui est certain - et ce, quelle que soit la position adoptée sur le problème de l'incidence de la formalité d'autorisation sur la validité du lien contractuel sous-jacent -, c'est qu'avant l'intervention de la décision d'autorisation le contrat ne peut pas être exécuté. Mais aucune des parties ne peut, non plus, librement se délier de son engagement ⁶⁸. La jurisprudence et la doctrine sont, donc, unanimes pour faire produire certains effets juridiques à l'accord des volontés intervenu entre parties avant l'autorisation de change.

Comment, dès lors, qualifier cet accord des volontés? Sur ce point divergent les analyses proposées par les partisans de chacune des deux thèses qui ont été signalées plus haut. Suivant la thèse que nous avons défendue - voir les arguments plus haut -, il n'y a pas encore contrat valablement formé avant l'intervention de la décision d'autorisation. Diverses assimilations ont, alors, été avancées par la doctrine. Il convient de les examiner brièvement afin d'en évaluer la pertinence sur le plan de la théorie du droit civil des contrats.

a - La nature juridique de l'accord des volontés des parties avant l'octroi de l'autorisation

1 - L'accord des volontés, contrat sous condition suspensive?

⁶⁸ Aucune réglementation du change ne prévoit de délai d'introduction de la demande d'autorisation après la conclusion du lien contractuel. Les parties sont, par conséquent, libres de convenir d'un certain délai, suivant la célérité qu'elles veulent donner à leurs affaires.

Cette proposition est, avec raison, critiquée ⁶⁹.

En effet, si la naissance du contrat est suspendue à l'intervention d'une décision favorable des autorités administratives de change, l'autorisation individuelle de change n'a pas le caractère d'un élément adventice au rapport juridique entre parties, que la jurisprudence et la doctrine reconnaissent de manière unanime comme caractérisant la notion de condition ⁷⁰. Ainsi, si la réglementation de change n'interdit nullement aux parties contractantes d'insérer dans leur contrat une clause spécifique conditionnant la validité de leurs engagements à l'obtention de l'autorisation, celles-ci ne peuvent librement décider de passer outre la nécessité de l'autorisation.

De plus, suivant la théorie du droit civil des contrats, la réalisation de la condition suspensive rétroagit au moment de la conclusion du contrat, sauf stipulation contraire des parties, alors que l'autorisation individuelle de change vient parfaire la formation du contrat et sort ces effets à la date de son octroi. Les parties au contrat n'ont pas la liberté de fixer l'exécution de leurs engagements avant l'obtention de l'autorisation administrative, auquel cas il y aurait inévitablement infraction au contrôle du change ⁷¹.

⁶⁹ V.A. BERNARD, art. préc., 27; A. WERNER, art. préc., 745.

⁷⁰ V. X. DIEUX, Des effets de la tutelle..., art. préc., n° 15 et les références citées; Ph. DEROUIN, Pour une analyse fonctionnelle de la condition, in Rev. Trim. de Dr. Civ., 1978, 1, n° 10 et sv.

⁷¹ **V. p. suivante.**

2 - L'accord des volontés, promesse synallagmatique de contrat?

Le recours à la notion de condition étant abandonné, certains auteurs ont proposé d'analyser l'accord des volontés comme étant une promesse synallagmatique de contracter⁷². Celle-ci permet de retarder dans le temps la formation du contrat définitif, tout en sauvegardant le caractère obligatoire du lien précontractuel établi entre parties.

Une telle qualification n'est, cependant, pas non plus exempte de critiques, dans le cas des contrats soumis à l'autorisation préalable du change. Certes, la réglementation du change n'interdit pas aux parties contractantes de passer par la technique de la promesse de contrat, en attendant la conclusion du contrat définitif. On ne peut, cependant, parler de promesse synallagmatique de contrat que lorsque telle a été la volonté des parties. Si tel n'est pas le cas, le juge ne peut substituer son analyse à la volonté des parties. Et même alors, ce qui intéresse le contrôle du change, c'est, dans tous les cas, l'accord définitif des parties.

D'autre part, si le consentement des parties doit déjà, dans une promesse synallagmatique de contrat, porter sur les éléments essentiels du contrat définitif, la formation de ce dernier exige la réitération de la volonté des parties de se lier définitivement. Dans le cas du contrat

⁷¹ Pour la même raison, l'analyse de l'accord de volontés **en tant que** contrat sous condition résolutoire doit également être rejetée. Celle-ci signifierait, en effet, que le contrat est considéré comme étant légalement valide, sauf refus de l'autorisation de changes et que les parties peuvent , légalement , directement passer à l'exécution du contrat sans attendre la décision des autorités du contrôle des changes (élément adventice).

⁷² Cf., notamment, A. BERNARD, art., 31 et sv.

soumis à l'autorisation préalable de change, la volonté de se lier existe déjà et sa répétition n'est pas indispensable une fois l'autorisation accordée⁷³.

Il convient, donc, de tenter une autre analyse, afin de qualifier l'accord des volontés intervenu, dans les cas où les parties n'ont entendu se référer ni à la technique de la condition, ni à celle de l'avant-contrat.

3- L'analyse proposée

Le contrat soumis à autorisation préalable de change est, sans nul doute, un contrat qui se réalise par étapes ou couches successives. Avant l'octroi de l'autorisation individuelle de change, on se situe encore en période précontractuelle le contrat n'étant pas encore complètement formé.

La doctrine⁷⁴ distingue, généralement, deux phases dans cette période précontractuelle : celle qui précède l'émission de l'offre définitive - c'est la phase de prise de contacts - et celle qui se situe entre l'offre de contracter et l'acceptation de celle-ci - phase de négociation des termes du

⁷³ Dans la réglementation zaïroise, par exemple, les autorités de change exigent que l'acte qui leur est soumis soit l'acte définitif et il n'est pas permis aux parties de le modifier après l'octroi de l'autorisation de change.

⁷⁴ V., notamment : M. VANWIJCK-ALEXANDRE, La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats, in Ann. Dr. Liège, 1980, n° 1, 18-19; J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, in Mélanges A. JAUFFRET, Fac. droit, Aix-Marseille, 1974, 513 et sv.; M. FONTAINE, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, in D.P.C.I., 1977, 73 et sv.; J. SCHMIDT, La négociation du contrat international, in D.P.C.I., 1983, 239 et sv.

contrat -. Suivant l'analyse que nous proposons, il convient d'ajouter une troisième phase précontractuelle que l'on peut qualifier de "phase de conclusion du contrat" et qui comprend la période d'attente durant laquelle, l'offre de contracter ayant été acceptée par l'autre partie, les parties doivent encore satisfaire à certaines conditions d'ordre administratif, lorsque celles-ci sont exigées pour la formation du contrat : ex: sollicitation des autorisations administratives, rédaction d'actes authentiques, etc... Le contrat n'est valablement formé qu'avec la réalisation de ces formalités.

En l'absence d'un concept adéquat en droit des contrats susceptible de qualifier la situation contractuelle des parties à ce stade, nous proposons de qualifier l'accord des volontés intervenu entre parties en attendant la décision d'autorisation de change de "pré-contrat". Cette notion est, certes, inconnue du droit civil belge, français et zairois, mais il nous paraît bien s'adapter à la situation où l'accord des volontés est, non seulement formé sur l'ensemble des termes du contrat ⁷⁵, mais

⁷⁵ En ce sens, la notion proposée de précontrat est différente de celle d'"accord intérimaire de négociation" qui ne fait que marquer une étape dans la négociation du contrat définitif. V., notamment: M. VANWIJCK-ALEXANDRE, art. Préc., n° 17; J.M. MOUSSERON, art. cit.; J. GHESTIN, Traité..., op. cit., n° 242.

également définitivement formé, en ce sens qu'une répétition de celui-ci n'est plus indispensable⁷⁶.

⁷⁶ Dans deux arrêts rendus en matière de garanties entre résidents et non-résidents, la Cour de Cass. française a opéré une autre distinction en matière d'incidence de droit civil de l'autorisation de change. Elle a en, en effet, déclaré que "la réglementation des changes ne prévoit pas la nullité des conventions non déclarées ou non autorisées dont les effets ne sont qu'éventuels, mais subordonne seulement leur exécution à l'obtention des autorisations nécessaires pour réaliser le transfert de fonds à l'étranger" (Cass., com. 22 novembre 1983, arrêt SAPV.I.N. et 27 avril 1984, arrêt Scholaert, in D.S., 1984, note E. GAILLARD et R.C.D.I.P., 1984, note F. GIANVITI).

L'originalité de cette position réside dans le fait que la Cour semble opérer une distinction entre contrats "dont les effets ne sont qu'éventuels" et les autres "dont les effets sont certains", en quelque sorte. Pour ces derniers et contrario, l'autorisation serait une condition de validité. Or, force est de reconnaître qu'une telle distinction n'a pas non plus de fondement dans la théorie générale des nullités en droit civil. Dans tout contrat de cautionnement -qui était le contrat en cause dans ces décisions-, l'engagement de la caution revêt toujours un caractère subsidiaire, en ce sens que la caution ne s'engage à payer que lorsque le débiteur principal se montre défaillant. Ceci n'empêche pas que le conditionnement soit soumis à toutes les conditions de validité des contrats.

Pourquoi ne peut-on simplement dire qu'aussi longtemps que l'autorisation préalable de change exigée par la réglementation du change pour la formation du cautionnement n'a pas été obtenue, le contrat n'est pas encore complètement formé, au lieu de parler de contrat "dont les effets ne sont qu'éventuels"?

Ce problème de qualification étant résolu, le problème de la nature de la responsabilité civile des parties durant cette période d'attente se pose dans des termes beaucoup plus clairs.

b. La responsabilité civile des parties contractantes durant la période d'attente de la décision d'autorisation

1- La nature de la responsabilité

Avant l'autorisation, le contrat n'est pas encore formé, suivant notre analyse. La qualification d'une éventuelle responsabilité civile des parties contractantes ne paraît pas, par conséquent, poser de problème. Il ne peut, en effet, s'agir que d'une responsabilité précontractuelle.

C'est dans ce sens que s'est prononcée la majorité de la jurisprudence et de la doctrine en France où ce problème a été le plus débattu⁷⁷, même si certaines décisions ne sont pas toujours d'une clarté parfaite⁷⁸.

⁷⁷ Cf. : C.A. de Paris du 14 mai 1970 et C. Cass. du 7 mai 1972, dans l'affaire Soc. Daiei Motion Picture, in J.C.P., 1971, II, 16751 et R.C.D.I.P., 1974, 486; C.A. Reims, 23 janvier 1975, affaire Club Méditerranée, in D.S., 1976, in note Ph. MALAURIE; pourvoi: Cass., com., 18 octobre 1976, in Bull. civ., IV, n° 260; Cass., com., 26 avril 1976, affaire Chupa Chups, in Bull. civ., IV, n° 136; Cass. com. 22 mai 1979, affaire Slough Estates, in Bull. civ., IV, n° 169; Cass. com., 30 juin 1981, affaire Liebermann, v. D.S., 1982, 222, note P. AMSELEK, déjà citée.

⁷⁸ V., notamment, les arrêts Soc. Daiei Motion Picture, cités à la note précédente.

2 - Les obligations des parties contractantes durant la période d'attente

En droit civil des contrats, la période précontractuelle n'échappe pas à l'emprise du droit. Une doctrine constante admet, en effet, qu'un certain nombre d'obligations pèsent sur toute partie engagée dans une procédure de négociation et de conclusion de contrat qui dure dans le temps ⁷⁹.

Dans le cas des contrats dont la conclusion est suspendue à l'accomplissement d'une formalité administrative, une double obligation pèse sur les cocontractants:

- d'une part, l'obligation d'attendre l'accomplissement de la formalité, Ce qui implique qu'aucune des parties ne peut unilatéralement se dégager du lien avant l'intervention de la décision, sous peine d'engager sa responsabilité précontractuelle;

- d'autre part, celle de collaborer de bonne foi à l'aboutissement du contrat. Celle-ci implique que la partie à laquelle incombait la charge de solliciter, par exemple, l'autorisation de change et qui s'abstient de le faire

⁷⁹ V. la doctrine citée, note ~~74~~ ⁷⁴ supra. Adde: P. VAN OMMESLAGHE, Examen de jurisprudence, R.C.J.B., 1975, n° 41 bis, 493; F. TKINT, Négociation et conclusion du contrat, in Les obligations contractuelles, ouvr. coll., Ed. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1984, 9 et sv., spéc. 15-23; A. DE BERSAQUES, La culpa in contrahendo, note sous C. App., Liège, 3 avril 1962, in R.C.J.B., 1964, 877 et sv.; Id. La lésion qualifiée et sa sanction, note, in R.C.J.B., 1977 10; Y. SCHOENTJES-MERCHERS, Propositions, pourparlers et offre de vente, note, in R.C.J.B., 1971, 224 et sv.; L. CORNELIS, Le dol dans la formation du contrat, in R.C.J.B., 1976, 37 et sv.; G. MORIN, Le devoir de coopération dans les contrats internationaux, in D.P.C.I., 1980, 9-28.

ou commet une faute ou une négligence qui empêche l'obtention de celle-ci, engage sa responsabilité pour le préjudice causé à l'autre partie.

Ces obligations, qui sont des obligations de faire ⁸⁰, ont pour fondement le principe du respect de la parole donnée et celui de bonne foi qui, suivant la doctrine, peuvent être considérés comme des principes généraux du droit civil des obligations. Elles ont, en droit du contrôle des changes, été sanctionnées à diverses reprises par les cours et tribunaux français, notamment, sur la base d'une responsabilité précontractuelle ⁸¹.

§.3 - La condition juridique des parties contractantes après le refus de l'autorisation

a L'incidence du refus de l'autorisation de change sur la libération des parties contractantes

Ce problème a fait l'objet de quelques décisions judiciaires en droit français du contrôle du change. L'on a vu que la jurisprudence et la doctrine refusent de reconnaître à la décision négative de l'administration le caractère d'un cas de force majeure et considère que la partie qui a reçu une prestation doit en payer le prix, malgré le refus de l'autorisation ⁸².

⁸⁰ Et se résolvent, par conséquent, par des dommages et intérêts en cas d'inexécution (Cf. les articles 1142 du Code civil français et belge; article 40 du code civil zaïrois).

⁸¹ V. la jurisprudence citée, notes 74 et 77, supra.

⁸² Cf. la jurisprudence et la doctrine citées supra, notes 5 et 6, p.118-119.

Si cette solution est assurément exacte, comme on l'a, d'ailleurs, déjà relevé, le désaccord porte sur le fondement contractuel donné à une telle responsabilité.

En effet, avant l'autorisation, le contrat n'est pas encore formé; après le refus de l'autorisation, il n'y a pas non plus contrat et celui-ci est censé n'avoir jamais été formé. L'on ne peut, donc, véritablement parler de créancier ou de débiteur, comme s'il y avait déjà contrat. Si l'une des parties a, par erreur ou par manoeuvres dolosives de l'autre, livré une chose ou fourni une prestation avant la décision de l'administration, cette chose doit lui être restituée en nature ou en équivalent après la décision de refus de l'autorisation sur la base non d'une quelconque obligation contractuelle, mais de la notion d'enrichissement sans cause. Il s'agit, en effet, d'une prestation induue.

Le refus de l'autorisation de change libère les parties de leurs obligations précontractuelles qui ont été analysées plus haut. Les parties recouvrent leur liberté de contracter.

b.- La sanction des manoeuvres dolosives des parties

Il est évident que lorsqu'à la suite de manoeuvres frauduleuses de l'une des parties ⁸³, l'autre s'est indûment exécutée, celle-ci peut réclamer, en plus de la restitution de la chose ou du paiement de la

⁸³ Par exemple, lorsqu'une des parties refuse intentionnellement d'avertir le cocontractant de la nécessité d'une autorisation préalable nécessaire à la perfection juridique du contrat ou l'induit en erreur sur la teneur de la réglementation du change dans son pays ou sur la prédisposition des autorités de change de son pays à accorder les autorisations de change nécessaires.

prestation, la réparation de tout dommage éventuellement causé par cette exécution induue - ex. : le remboursement des frais exposés ⁸⁴.

Le problème de la restitution de la chose ou du paiement de la prestation induue doit être nettement distingué de celui de la responsabilité des parties, contrairement à ce que font la jurisprudence et la doctrine classiques sur cette question. En effet, le refus de l'autorisation de change implique automatiquement la restitution de la chose ou le paiement de la prestation intervenue avant l'intervention de la décision négative de l'administration. Le lien précontractuel ayant disparu, la prestation devient sans cause. La responsabilité civile nécessite, par contre, un comportement fautif de la part des parties contractantes. Ainsi, la partie qui a reçu une prestation n'engage sa responsabilité que si elle a commis une faute. Dans le cas contraire, elle n'est tenue qu'à une obligation de restitution.

L'appréciation du comportement fautif se fait, certes, conformément au standard classique de la responsabilité civile. Il convient, cependant, de tenir compte des spécificités du domaine d'intervention du contrôle des changes.

Ainsi, l'appréciation du caractère prévisible ou imprévisible du refus d'autorisation devrait être nuancée et tenir compte du contexte et des circonstances économiques et politiques au moment de la décision. Celle-ci demeure, certes, juridiquement un événement prévisible. Cette prévisibilité n'implique, cependant, pas nécessairement la responsabilité civile de la partie contractante. En effet, celle-ci a pu, dans certaines circonstances, légitimement compter sur une décision favorable de l'administration pour recevoir les prestations de son partenaire, mais ses attentes ont été déjouées par une brusque modification du contexte

⁸⁴ M. VANWIJCK-ALEXANDRE, art. préc., 68, n° 38.

économique, financier ou politique entre le moment où ces prestations ont été reçues et l'intervention de la décision de l'administration.

A titre de simple exemple, un exportateur belge qui aurait reçu des paiements anticipatifs de son contractant koweïtien ou irakien le 1er août 1990, en s'attendant à une décision favorable des autorités belges de contrôle du change - les paiements à destination ou en provenance du Koweït ou de l'Irak étaient, comme d'ailleurs tous les autres paiements, normalement autorisés, la Belgique n'appliquant pratiquement plus de contrôle restrictif des changes à cette date-là - aurait probablement vu sa bonne foi surprise par la tournure des événements après le 2 août et, notamment, par les mesures de gel des relations financières avec ces deux pays prises par le gouvernement belge et les autres pays occidentaux⁸⁶.

Aussi, trouvons-nous exacte, car plus nuancée, cette motivation de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, dans une sentence rendue en 1979 et rapportée par Y. DERAÏNS⁸⁷. Dans un litige qui opposait deux entreprises de deux pays africains, l'une d'elles qui avait reçu livraison des marchandises convenues avant l'octroi de l'autorisation de change, invoquait le refus opposé par la banque centrale de son pays à l'octroi des devises pour se soustraire à son obligation de payer. L'argumentation a été rejetée par la Cour, en ces termes:

"... il ressort clairement des rapports annuels de la Banque Centrale (du pays de l'entreprise X) qu'à l'époque de la conclusion des contrats, la situation économique internationale avait entraîné des conséquences défavorables pour l'économie déjà confrontée à la baisse continue du volume de ses principaux produits d'exportation, d'une part, et à une augmentation sensible de ses paiements extérieurs, d'autre part,

⁸⁶ Il s'agit d'un cas tout à fait classique du fait du Prince, cf. *Supra*, p. 118.

⁸⁷ in *J.D.I. (Clunet)*, 1980, 951 (Affaire 3093/3100).

entraînant ainsi une diminution substantielle des réserves de change... Dans ces conditions, X savait - ou tout au moins devait savoir - que son pays se trouvait dans une situation difficile sur le plan monétaire et que la Banque Centrale ne serait peut-être pas en mesure, à l'échéance de chaque facture, de mettre à sa disposition les devises étrangères nécessaires. C'est là un risque que la défenderesse ne pouvait ignorer... Il appartenait donc à X d'obtenir de la Banque Centrale les garanties nécessaires, ce au moment de la conclusion des contrats et au plus tard avant de recevoir les livraisons de produits raffinés de pétrole brut..."

Autrement dit, la prévisibilité de la décision négative des autorités de change résulte non pas de la prévisibilité juridique intrinsèque de celle-ci, mais de l'analyse du contexte économique et de la situation monétaire et financière du pays au moment de la conclusion du contrat et, plus particulièrement, au moment de la réception anticipée des prestations⁸⁸.

Dans tous les cas, après le refus de l'autorisation, la responsabilité éventuelle des parties ne peut être qu'une responsabilité précontractuelle, le contrat n'ayant jamais été formé.

Nous pouvons, à présent, conclure en résumant les différentes caractéristiques du régime juridique de l'autorisation individuelle de change, en tant qu'instrument d'intervention des pouvoirs publics dans les rapports juridiques et économiques de droit privé pour les besoins du contrôle des changes et des paiements extérieurs. Deux traits doivent, nous semble-t-il, être relevés comme caractérisant ce régime.

⁸⁸ Cette sentence défend une conception "contemporaine" de la notion d'imprévisibilité (par opposition à la conception "absolue"). Cf. notamment: X. DIEUX, Questions relatives aux effets de la contrainte étatique..., art. cit., 199.

Malgré l'abondance des dispositions réglementaires ou à contenu réglementaire, le pouvoir discrétionnaire d'appréciation des administrations du contrôle des changes demeure entier, en ce sens qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne lie la décision de l'administration. Celle-ci dispose toujours de la liberté de choix entre le refus ou l'octroi, entre l'octroi pur et simple de l'autorisation ou l'octroi sous condition. En un mot, l'administration du contrôle du change reste maître de l'opportunité et du contenu de la décision d'autorisation de change. La décision d'autorisation individuelle de change demeure, donc, une décision de compétence discrétionnaire.

Il y a, donc, maintien en faveur des administrations spécialisées d'une parcelle de "pouvoir discrétionnaire d'appréciation et de décision", après celui de réglementation, irréductible à toute idée d'encadrement normatif. La raison d'être de cette situation est la volonté du législateur et des pouvoirs publics d'assurer coûte que coûte la protection de l'intérêt général. Dans le domaine du contrôle des relations financières avec l'étranger, la défense des intérêts financiers, économiques ou diplomatiques de l'Etat prime celle de droits des particuliers. Comme les faits et situations économiques à contrôler, et avec eux les impératifs de protection de l'intérêt général, demeurent dans ce secteur très largement imprévisibles, la reconnaissance d'une marge de liberté discrétionnaire d'action en faveur de l'administration s'avère indispensable. On conçoit et on admet, donc, que pour les besoins de protection de l'intérêt général, la décision des autorités de change ne peut être totalement liée et qu'elle doit nécessairement comporter une parcelle irréductible de pouvoir discrétionnaire d'appréciation, dans laquelle l'administration doit pouvoir statuer en pure opportunité, si tel est le besoin de protection de l'intérêt général.

Toutefois, la reconnaissance d'un tel pouvoir discrétionnaire de décision ne signifie nullement l'arbitraire de l'autorité administrative du change, puisque la décision administrative a quand même comme limite

de fond le respect des finalités générales de la réglementation et du principe général de la légalité de l'action administrative.

D'autre part, d'importantes incertitudes demeurent quant aux effets individuels de droit administratif et de droit civil de la décision d'autorisation ou de refus de l'autorisation individuelle de change. Ceci est dû, d'une part, aux lacunes des textes légaux et réglementaires sur ces questions et, d'autre part, aux difficultés d'adapter les solutions imaginées en droit civil ou en droit administratif général dans le domaine d'interventionnisme économique bien spécifique qu'est le contrôle des changes.

Devant la constatation de la prépondérance des impératifs de protection de l'intérêt général dans ce domaine, il convient d'examiner quelles sont les possibilités d'amélioration de la garantie des droits individuels des administrés.

CHAPITRE IV - LES DIFFICULTES D'AMELIORATION DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS DES ADMINISTRES EN DROIT DU CONTROLE DES CHANGES ET DES PAIEMENTS EXTERIEURS

L'octroi par le législateur de pouvoirs discrétionnaires de réglementation et de décision individuelle aux autorités administratives de change a, on ~~vient~~ de le voir (CHAP. I et III), pour but de laisser toute la liberté d'action nécessaire à celles-ci, en raison des données de fait ~~et de droit qui prévalent dans le secteur des relations financières avec l'étranger.~~

Il s'agit d'un mode d'habilitation légale particulier des autorités administratives, que l'on rencontre dans des domaines d'intervention sensibles où les interventions des pouvoirs publics doivent être fondées sur une connaissance particulière et approfondie des caractéristiques socio-économiques et des attentes particulières du milieu, sans laquelle ces interventions sont nécessairement vouées à l'échec.

Après avoir relevé quelques autres domaines d'interventionnisme économique où l'on rencontre ce type d'habilitation, on montrera ~~quelles y~~ sont les difficultés d'améliorer la protection des droits individuels des administrés .

Section 1 - Quelques autres domaines d'interventionnisme économique où des pouvoirs discrétionnaires de réglementation et de décision sont reconnus à des autorités administratives

S.1 - L'encadrement juridique des interventions de politique monétaire interne

Il n'est pas surprenant que l'on rencontre le mode d'habilitation décrit ci-haut dans le domaine de la politique monétaire. Il s'agit, en effet, d'un domaine d'intervention sensible, dans lequel l'efficacité des interventions dépend de la prise en compte non seulement d'aléas de la conjoncture économique, mais également de multiples contraintes du milieu telles que : la nécessité d'un minimum d'adhésion des principaux destinataires des mesures, l'équilibre indispensable entre les interventions de diverses autorités qui interviennent dans ce domaine ou encore la nécessité de tenir compte des répercussions de l'action sur les partenaires étrangers auxquels le pays est lié par des accords internationaux de coopération monétaire ou financière.

Comment se présente l'encadrement juridique de l'interventionnisme des pouvoirs publics dans ce domaine?

a - L'encadrement juridique des actions de politique monétaire interne en droit belge et Zaïrois

On peut tout d'abord constater que dans de nombreux domaines de la politique monétaire, toute l'action monétaire des pouvoirs publics n'a pour autre fondement légal que les seules lois organiques, c'est-à-dire, celles qui créent les organes d'intervention. Or, concernant l'encadrement de l'action monétaire proprement dite, ces lois se présentent comme étant des lois de pure habilitation. Elles sont, en effet, attributives de compétences, mais ne fixent généralement pas - ou,

alors, très peu - de règles de conduite de l'action monétaire proprement dite.

Ainsi, par exemple, toute l'action de la Banque Nationale de Belgique en matière de politique de refinancement du système bancaire - politique de réescompte, d'avances sur nantissement, de visa et de certification d'effets commerciaux - n'a pour fondement légal que le texte organique de la Banque qui lui reconnaît la mission générale de gardienne de la stabilité monétaire ¹ et l'autorise à se livrer à des opérations d'escompte et d'avance sur titres publics ou privés ².

Les interventions de la B.N.B. se réalisent sous la forme de "décisions générales", dans lesquelles la direction de la Banque fixe les principes et les critères d'intervention de celle-ci et de "décisions individuelles" d'acceptation, d'ajournement ou de refus prises par les

¹ Exposé des motifs de la loi du 28 juillet 1948 portant modification de la loi organique de la B.N.B. (arrêté royal n° 29 du 24 août 1939 relatif à l'activité, à l'organisation et aux attributions de la B.N.B.) Cf. également: J. HEENEN, A. BRUYNEEL et A.VAN OVERBROEK, in Droit bancaire et boursier, Jura Europae, V° Belgique, Paris, Lib. Techniques et Jurisclasseurs, 1974, n° 20.62.1 et sv.

² Article 11 de l'arrêté royal n° 29 précité. Cet article vient d'être modifié par la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire (Mon. B, 25 janvier, 1524). L'argumentation reste, cependant, valable puisque c'est ce même article qui continue à fonder la politique de refinancement bancaire, suivant les mêmes conditions de pure habilitation.

De même, les seules dispositions légales qui fondent la politique de refinancement bancaire de la Banque du Zaïre sont les articles 29, 30 et 31 de l'ordonnance-loi organique de la Banque : l'ordonnance-loi n° 67/264 du 22 juin 1967, in M.C., n° 17 du 1er septembre 1967, 721).

services opérationnels de la Banque lors de multiples opérations commerciales d'escompte ou d'avance, en conformité avec les décisions générales de la direction. Or, l'examen des dispositions pertinentes de l'arrêté organique - l'article 11, notamment - montre l'absence presque totale dans le texte légal de règles de conduite, des principes ou critères de fond auxquels sont soumises les décisions générales de la Banque ³.

³ En raison à la fois des caractéristiques propres au marché monétaire belge et les contraintes résultant des progrès de l'intégration financière et monétaire européenne, la politique de réescompte a, en Belgique, progressivement perdu son importance et disparu en tant qu'instrument de politique monétaire de la Banque Nationale en faveur d'instruments d'intervention directe dans le marché monétaire: adjudications périodiques de crédits (avances sur nantissement d'effets publics, cessions - rétrocessions d'effets de commerce), cessions- rétrocessions ponctuelles de titres sur le marché monétaire, opérations classiques d'open market, swaps de devises, crédits en fin de journée, etc...

Sur le plan de l'encadrement juridique de telles interventions, les dispositions légales habilitantes de la Banque restent, cependant, des dispositions ^{de} pure habilitation. Le nouvel article 11 de la loi organique de la B.N.B. issu de la récente loi du 2 janvier 1991 demeure, en effet, **une disposition de pure habilitation pour ce qui est de l'encadrement juridique de l'action de la B.N.B.**

Sur l'évolution et la réforme des instruments de la politique monétaire de la B.N.B., Cf. notamment : Préambules aux rapports présentés par le Gouverneur de la B.N.B. au nom du Conseil de Régence à l'Assemblée générale des actionnaires pour 1988, 1989 et 1990, in Bull. de la B.N.B., n° 2 févr. 1989, 17-24; 1990, 15-17; 1991, 20-22, B.N.B., Réforme des instruments de la politique monétaire et nouveau mode d'organisation du marché des certificats de trésorerie, Résumé de l'exposé de M. le Vice-Gouverneur le 28 mai 1990, Bruxelles, B.N.B. 1990 ; La réforme du marché monétaire belge, in Bull. Hebd. de la

On peut en dire autant de l'action des deux autres organismes d'intervention monétaire: le Fonds des Rentes et l'Institut de Réescompte et de Garantie.

Créés respectivement en 1935 ⁴ et 1945 ⁵, ces organismes ne disposent pas d'un pouvoir réglementaire général, mais d'un pouvoir d'auto-organisation en vertu duquel ils sont habilités par le législateur à fixer les principes directeurs et les critères de leurs interventions, décisions générales qui s'imposent à tous ceux qui sont amenés à faire appel à leurs services ou à contracter avec eux. Ce pouvoir n'est soumis par le législateur à aucune règle ou condition de fond, si ce n'est au

K.B., n° 41, 14 décembre 1990, 1-6; Quelques aspects du marché monétaire belge, in Bull de la Générale de Banque, n°311, juillet-août, 1990, 1-6.

⁴ Arrêté royal n° 175 du 13 juin 1935, in Mon.B., 14 juin 1935.

⁵ Mon. B., 30 mai 1945

principe général de la spécialité des personnes morales ⁶. Seule l'approbation des autorités de tutelle est généralement prévue ⁷.

Dans d'autres domaines, cependant, l'on peut constater que la compétence réglementaire des autorités monétaires est beaucoup plus précisément définie par le législateur. L'on se trouve dans la même situation que celle que nous avons déjà rencontrée en droit du contrôle du change où la distinction entre dispositions légales de "pure habilitation" et dispositions légales "de cadre" est difficile à opérer. Tel est, par exemple, le cas, en droit belge, de la compétence réglementaire de la B.N.B. en matière de réserves monétaires obligatoires. Celle-ci a, actuellement, pour fondement légal la loi du 23 décembre 1988 portant des dispositions relatives au statut monétaire, à la Banque Nationale de Belgique, à la politique monétaire et au Fonds monétaire (chapitre III de

⁶ V.A.M. BERCKMANS-JASPAR, Normes appliquées par l'Institut de Réescompte et de Garantie, in C.D.V.A., Le droit des normes professionnelles et techniques, Bruxelles, Bruylant, 1985, 161-175; Ph. QUERTAINMONT, La protection des déposants d'une banque faillie par l'Institut de Garantie et de Réescompte et la règle de l'égalité des citoyens devant la loi, note sous Cass., 1er avril 1982, in R.C.J.B., 1984, 649 et sv. Si les décisions générales prises dans ce cadre par ces organismes constituent assurément des "normes" qui s'imposent aux co-contractants, le pouvoir dont disposent ces organismes ne peut être qualifié de pouvoir "normatif" ou "réglementaire", les décisions ainsi prise étant destinées à régir l'action des organismes d'interventions eux-mêmes et non pas des tiers.

⁷ V., par exemple, l'article 2 de l'arrêté-loi organique du Fonds des Rentes; l'article 17 de l'arrêté royal organique de l'I.R.G. La B.N.B. détermine, par contre, ses principes ~~directeurs~~ et conditions de réescompte et d'intervention de manière-juridiquement-autonome par rapport à l'autorité de tutelle.

la loi) ⁸. Cette loi modifie les textes antérieurs ⁹ en accordant, notamment, à la B.N.B. les pouvoirs réglementaires lui permettant d'imposer aux banques des dépôts obligatoires nécessités par des motifs de politique monétaire.

Outre la procédure d'élaboration et d'entrée en vigueur des recommandations et règlements de la Banque, cette loi prévoit les éléments de l'assiette et les pourcentages du prélèvement (v. les articles 17, 18 et 19 de la loi). Le pouvoir recommandatoire et réglementaire de la B.N.B. apparaît, dans ce domaine, comme étant beaucoup plus précisément défini par la loi - beaucoup plus qu'en matière de politique de refinancement du système bancaire, par exemple - ¹⁰. On peut considérer que l'activité normative de la Banque se déroule en cette matière dans de véritables dispositions légales de cadre, au sens où nous les avons définies plus haut ¹¹.

Dans tous ces domaines, l'opportunité de l'intervention ainsi qu'une bonne partie du contenu des mesures sont laissés par le

⁸ Mon. B., 31 décembre 1988.

⁹ V., notamment, la loi du 28 décembre 1973 relative aux propositions budgétaires 1973-1974 (chap. Ier, in Mon. B., 29 (ou 31 décembre 1973).

¹⁰ Le gouvernement n'avait cependant pas suivi l'avis du Conseil d'Etat tendant à ce que l'obligation même de constituer la réserve soit prévue par le législateur lui-même.

Nous avons déjà fait allusion à la doctrine du Conseil d'Etat belge qui a été exprimée à diverses reprises en ce qui concerne l'attribution de pouvoirs réglementaires à des organismes administratifs, dépourvus de responsabilité politique CF. notamment: Doc. Parl., S., 1988-1989, 499/1, 34)

¹¹ V. supra, Chap. I.

législateur à la compétence discrétionnaire de l'autorité administrative d'intervention, sous le contrôle éventuel des autorités gouvernementales de tutelle.

b - L'encadrement juridique de la politique du taux de change en droit belge, français et zaïrois

Dans ce domaine, l'intervention de la loi sous la forme de pure habilitation est le résultat d'une évolution législative, sous la contrainte des nécessités propres au domaine, comme nous allons le montrer.

L'ensemble de l'action monétaire dite "politique du taux de change" recouvre deux types d'activités d'intervention:

- d'une part, la définition du régime et des cours de change de la monnaie par rapport aux autres monnaies;

- d'autre part, la gestion des réserves officielles de change et les interventions sur les marchés afin de défendre les cours ainsi définis ou de les contenir dans les limites jugées compatibles avec la politique économique ou convenues dans le cadre d'accords de coopération monétaire.

Après avoir relevé du pouvoir législatif, la première activité est, en Belgique et en France, progressivement devenue une attribution ordinaire du pouvoir exécutif. L'analyse du processus du dessaisissement du pouvoir législatif en droit belge et français montre que les années 1930 et 1970 constituent à cet effet un tournant dans cette évolution législative. Ceci n'est pas le fruit du hasard. Ces années constituent, en effet, des années charnières dans l'histoire monétaire du monde. Les interventions sur le marché des changes - sur propre initiative des autorités monétaires ou en exécution d'accords internationaux de change ou de paiement auxquels participe le pays - ont, par contre, toujours été des actes de gestion monétaire courante dont la responsabilité a toujours été confiée aux autorités administratives spécialisées (les banques centrales, généralement).

1 - L'évolution du régime juridique de la définition des taux de change en Belgique et en France : le processus de dessaisissement du pouvoir législatif

Le premier statut juridique du franc belge résulte de la loi du 15 juin 1832¹². L'introduction aussi rapide d'un système monétaire national - soit deux ans seulement après l'indépendance de la Belgique - répondait, suivant les historiens de l'économie belge, à une nécessité d'ordre plutôt politique qu'économique¹³.

Se référant à la loi française du 7 germinal An XI (loi du 28 mars 1803), la loi belge de 1832, en même temps qu'elle définissait l'unité monétaire nationale en fixant la valeur de change par rapport aux autres monnaies à travers sa teneur en métal-étalon, introduisait en Belgique le système en vigueur en France qui faisait de la détermination du taux de change de la monnaie une compétence législative. Le régime de définition légale de la parité de change de la monnaie avait pour but d'empêcher les possibilités de manipulation monétaire de la part des monarques et du pouvoir exécutif, à l'époque¹⁴.

En effet, au cours des premières années qui suivirent l'année 1832, les parités de change du franc belge par rapport aux principales monnaies

¹² in Bull. off. des Lois et arrêtés royaux de la Belgique, n° XLIV, 442, 525-534.

¹³ Cf. V. JASSENS, Le franc belge. un siècle et demi d'histoire monétaire, Bruxelles, Ed. des Sciences Interentreprises et Interbancaires, 1976, 25.

¹⁴ Ibid.

en circulation de l'époque furent effectivement fixées par le Parlement belge, après de longues discussions, parfois ¹⁵.

La première dévaluation officielle du franc belge eut lieu en 1926. Cette opération eut juridiquement lieu par un arrêté royal, celui du 25 octobre 1926 ¹⁶. Celui-ci avait été pris en vertu d'une loi des pouvoirs spéciaux ¹⁷. La seconde modification officielle eut également lieu par arrêté royal pris en exécution d'une loi de pouvoirs spéciaux ¹⁸. Contrairement à la loi d'habilitation de 1926, cette loi ne prévoyait cependant plus de procédure de contrôle a posteriori du parlement. Les articles 2 et 3 de la loi autorisaient, en effet, le Roi à définir la nouvelle teneur en or du franc entre deux limites "dès que les circonstances le permettront" et, en attendant cette fixation, à déterminer les cours du change du franc ¹⁹.

La dévaluation du franc belge, qui eut lieu dans le cadre de la réforme monétaire d'après la seconde guerre s'effectua suivant la même technique : l'arrêté-loi du 1er mai 1944 autorisa le Roi à fixer, par arrêté délibéré en Conseil, la nouvelle teneur-or du franc et, en attendant cette

¹⁵ V., par exemple, les lois des 31 décembre 1832, du 31 janvier 1833 et du 4 mars 1848 pour la parité du franc par rapport au florin (in, Bull. off. n°XXVII, 352, et Mon.B., n° 65, 5 mars 1848, 564-565; lois des 5 juin 1832 et 25 décembre 1850, en ce qui concerne la parité avec le franc français (in Bull. off., n° LXXXVI, 1328 et Mon. B., 29 décembre 1850).

¹⁶ Mon.B., n° 298 du 25 octobre 1926, 5942.

¹⁷ Loi du 16 juillet 1926, in Mon. B., n° 198, 17 juillet 1926.

¹⁸ Arrêté royal du 31 mars 1935 pris en exécution de la loi du 30 mars 1935, in Mon.B., n° 90, 31 mars 1935, 20996 et 20997.

¹⁹ La parité-or sera effectivement fixée par l'arrêté royal du 31 mars 1936, soit un an après l'intervention de la loi d'habilitation.

fixation, à définir les conditions d'achat et de vente de l'or des monnaies étrangères par la B.N.B.²⁰. Un arrêté du Conseil des ministres pris le même jour fixa les parités de change "contractuelles", c'est-à-dire, celles qui faisaient à l'époque l'objet d'accords de parité, de paiement ou de compensation, et délégua à la B.N.B le pouvoir de fixer les autres. Celles-ci devaient être simplement soumises à l'approbation du Ministre des Finances²¹. Le pouvoir s'éloigne juridiquement du législatif, comme on peut le constater. La dévaluation du 21 septembre 1949 eut lieu par simple échange de lettres entre le Ministre des Finances et la B.N.B, d'une part, et le Ministre et le F.M.I., d'autre part, lors de la première déclaration de la parité du franc au F.M.I.²²

Cet aperçu historique de l'évolution du droit belge montre que si la lettre de la loi fut toujours respectée, son esprit ne le fut plus depuis la loi du 30 mars 1935 : la compétence de manipulation du taux de change de la monnaie avait été purement et simplement transférée au pouvoir exécutif, le parlement n'intervenant désormais plus qu'en vertu de son droit de contrôle général sur l'action du gouvernement. La loi monétaire du 12 avril 1957²³ entendait restaurer les prérogatives du pouvoir législatif en ce domaine, en revenant sur le système de compétence législative. Le flottement généralisé des monnaies des années 1971-1973

²⁰ Arrêté-loi du 1er mai 1944 (in Mon.B., de Londres n° 22 du 5 septembre 1944, 469.

²¹ V. l'article 1er de l'arrêté-loi précité.

²² V.V.JANSSENS, Le franc belge..., op. cit., 342 et sv., R. SIMONIS, Les règlements internationaux ..., op. cit. : 3è partie, in Les Cahiers de la Rev. de la Banque, n° 4-5, 1985, 44.

²³ in Mon. B., 18 avril 1957

allait de nouveau révéler l'inadaptation d'un tel système ²⁴. D'où l'intervention de deux autres lois : la loi du 3 juillet 1972 sur la parité monétaire - qui n'entra cependant jamais en vigueur - ²⁵, et, finalement, celle du 23 décembre 1988 portant des dispositions relatives au statut monétaire, à la Banque Nationale de Belgique, à la politique monétaire et au Fonds Monétaire . Cette loi transfère toute compétence décisionnelle dans ce domaine au gouvernement, en prévoyant un double niveau de décision : d'une part, le Roi, pour le choix des "dispositions de change applicables au franc"; d'autre part, le Ministre des Finances, pour la détermination des "mesures réglementaires nécessaires à l'exécution de ces dispositions" ²⁶.

En France, l'opération de dévaluation de juin 1928 eut encore juridiquement lieu par une loi ²⁷. L'abandon du système de définition légale de la parité de change de la monnaie date de la loi du 1er octobre

²⁴ Les réajustements monétaires de 1971 et 1973 auront effectivement lieu sans le concours du parlement.

²⁵ Mon.B., 19 juillet 1972, 81192.

²⁶ Article 2 de la loi, in Mon.B., 31 décembre 1988. Cf. les travaux préparatoires, pour l'explication du contenu matériel de ce double niveau d'habilitation légale: Doc. Parl., S., session 1988-1989, n° 499/2, p. 18-19. Cet agencement juridique est destiné à concilier la nécessité de sauvegarder les prérogatives constitutionnelles des organes nationaux (Parlement, Gouvernement) et les impératifs de coopération en matière de change au sein du Système Monétaire Européen. L'organe de décision en matière de taux de change des monnaies participantes est, en effet, au sein du S.M.E., le Conseil (Ministres des Finances, généralement).

²⁷ Loi monétaire du 25 juin 1928.

1936²⁸. Celle-ci abolissait la définition-or du franc Poincaré et prévoyait que la nouvelle teneur en or du franc serait désormais fixée par décret, pris en Conseil des Ministres. Ce système sera confirmé par la Constitution de 1958 (articles 34 et 37²⁹).

Les années 1930 et 1971-1973 constituent, par conséquent, des années-charnières dans l'évolution législative en Belgique et en France. Elles marquent d'importants tournants dans l'histoire monétaire du monde.

Les années 1930 correspondent, en effet, à une modification fondamentale dans l'ordre des priorités assignées aux politiques monétaires des Etats. Après la grande dépression économique de 1930, la primauté était désormais donnée aux objectifs d'équilibre économique interne (stabilité des prix, plein emploi, défense du commerce extérieur national) par rapport à ceux de convertibilité totale des monnaies et de

²⁸ V. l'article 2 de la loi

²⁹ Il existe une abondante doctrine sur les articles 34 et 37 de la Constitution française de 1958 et que nous ne pouvons citer de manière exhaustive. Cf., cependant, pour une étude de synthèse : F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir), La Constitution de la République française, Paris, Economica, 1987, 749-749.

stabilité des changes ³⁰. Cette résurgence du nationalisme monétaire allait se traduire par des manipulations monétaires intenses (dévaluations compétitives, taux de change multiples) et l'instauration de contrôles des changes rigides.

³⁰ L'étalon-or et, plus spécialement, les règles de conduite monétaire qu'il impliquait, avaient dans les années 1920 fait l'objet de vives critiques de la part des économistes anglais (J.M. KEYNES, notamment) qui leur reprochaient de privilégier à tout prix l'équilibre monétaire externe au prix de pressions inflationnistes internes. Pour une présentation détaillée de la critique, v : F. PERROUX, J. DENIZET et H. BOURGUINAT, Inflation, dollar, eurodollar, Paris, Gallimard, Idées, 1971, 149 et sv.; A. SAMUELSON, Economie monétaire internationale, Paris, Dalloz, 1971, 7 et sv.; A. PIETTRE, op. cit., 125 et sv.

La grande crise des années 1929-1930 et l'impression d'incapacité à faire face au marasme économique que donnèrent les autorités dans tous les pays vinrent appuyer cette critique. C'est la Grande-Bretagne qui donna en quelque sorte le "coup d'envoi" par sa décision du 20 septembre 1931 de détacher la livre sterling de l'or, suivie par les Etats-Unis d'Amérique et par tous les autres grands pays commerciaux de l'époque. De 1929 à 1933, on assista à un effondrement total des échanges internationaux et une recrudescence du nationalisme monétaire. L'échec de la Conférence monétaire de Londres de 1933 allait montrer que l'ordre des priorités de la politique monétaire avait changé. C'est la réconciliation entre les objectifs d'équilibre monétaire externe et ceux de politique économique interne que poursuivait la communauté internationale des Etats par les Accords de Bretton-Woods de 1944.

Sur ces considérations de l'histoire ancienne du contrôle des changes dans le monde, cf. notamment : S.D.N., Rapport sur le contrôle des changes, Genève, SDN, 1938; A. PIATIER, Le contrôle des changes.., op. cit. P. EINZIG, The history of foreign exchange, London, Mac Millan, 2nd ed., 1970.

Aussi longtemps que le maintien des parités fixes restait un objectif majeur des politiques monétaires des Etats, le régime de définition légale du taux de change était concevable. L'abandon d'un tel objectif dans les années 1930 et les manipulations monétaires qui s'en suivirent avaient pour conséquence de faire perdre à la décision de modification des parités de change son symbolisme et de la ramener, dans une période d'instabilité économique, au niveau des actes de gestion économique courante.

La situation actuelle, caractérisée par l'adoption quasi-généralisée du régime des changes fluctuants après l'abandon officiel du système des parités fixes dans les années 1971-1973, est identique à celle qui prévalait des années 1930, au moment de l'abandon du système des parités-or. L'accent étant, désormais, mis plus sur la défense de marges de fluctuation que sur celle d'une parité donnée, la décision de modification des parités n'a plus la même importance qu'en système des parités fixes. De plus, les circonstances mêmes qui entourent actuellement la prise d'une telle décision ont changé. Les incertitudes monétaires liées au régime des changes fluctuants en font plutôt une décision de gestion monétaire courante qu'un acte solennel relevant d'une assemblée telle qu'un parlement. **Il faut, sur le plan juridique, laisser toute la marge de décision nécessaire aux autorités spécialisées.**

Toutes ces contraintes expliquent l'abandon généralisé du régime de définition légale des taux de change dans tous les pays où il était encore en vigueur ³¹.

³¹ V. en Belgique : la loi du 23 décembre 1988, déjà citée.

2- L'évolution du régime juridique de la politique du taux de change en droit zaïrois

Entre 1887, année d'introduction d'un système monétaire moderne dans l'Etat Indépendant du Congo ³² et le 30 juin 1960, la colonie avait suivi un régime monétaire identique à celui de la Belgique, à savoir : le régime de définition légale de la valeur externe du franc congolais ³³, suivi d'habilitations légales successives accordées au pouvoir exécutif, en ce qui concerne la modification effective des parités de change. En raison

³² Décret royal du 27 juillet 1887 (B.O. 1887, 118). Ce texte fixait en même temps la teneur en or du franc congolais.

³³ Dans le système constitutionnel de l'E.I.C., tous les pouvoirs émanaient du Roi et étaient exercés par lui ou par ses délégués. Le Roi était, ainsi, le législateur ordinaire de l'Etat Indépendant du Congo qui l'exerçait par décret royal.

Après 1908, le pouvoir législatif dans la colonie était exercé par le Roi (décret royal) et le Parlement belge (loi). Cf. Ch. de LANNOY, Organisation politique du Congo Belge. Pouvoir législatif, in Les Nouvelles, Droit colonial, T.1, 51 à 70

de la liaison de fait entre la monnaie coloniale et celle de la métropole, le franc congolais a suivi les diverses dévaluations du franc belge³⁴.

³⁴ Ainsi, l'opération de dévaluation du franc congolais de 1919 eut lieu par une décision du Ministre des colonies ordonnant aux comptables de l'Etat de changer désormais au pair le franc belge et le franc congolais (décision du 30 juin 1919 : Discussions : in Ann. Parl., Ch., session 1920-1921, séance du 15 décembre 1920 consacrée à la discussion du budget de la colonie pour 1920, 179 et sv., spéc. 199-200).

Les dévaluations du franc congolais de 1927 et 1935 à la suite des dévaluations du franc métropolitain furent juridiquement constatées dans les conventions ente la colonie et la Banque du Congo Belge relatives au renouvellement du privilège d'émission accordé à cette dernière (conventions du 10 octobre 1927 et du 21 juin 1935, approuvées respectivement par les décrets royaux du 14 novembre 1927 et du 27 juillet 1935, in B.O., 1927 et 1935, I, 927).

L'accord monétaire entre les gouvernements belge et britannique du 5 octobre 1944 fixant une nouvelle parité entre le franc belge et la livre sterling s'appliqua automatiquement au franc congolais, entraînant également une dévaluation de celui-ci. De même, utilisant une technique identique qu'en métropole, un décret royal du 19 juin 1947 avait ordonné à la Banque du Congo Belge d'acheter et de vendre l'or et les monnaies étrangères sur base des prix et des taux appliqués à Bruxelles par la B.N.B jusqu'à ce que la nouvelle parité-or du franc congolais fut fixé. Cette disposition fit que le franc congolais suivit la dévaluation du franc belge de 1949 jusqu'à ce que la nouvelle parité de change fut fixée par le décret royal du 25 octobre 1956 (B.O., 1958, VII).

Sur l'histoire et l'organisation monétaire du Congo Belge, v. notamment : V. JANSSENS, Le franc belge..., op.cit.; A. MOELLER, Les finances publiques du Congo Belge et du Ruanda-Urundi, L. III : Le régime monétaire et l'Institut d'émission, in Les Nouvelles, Droit colonial, T. III, Bruxelles, 143 et sv.); Banque du Congo Belge, Régime

En 1960, les autorités du nouvel Etat indépendant avaient, semble-t-il, tiré les leçons de l'expérience législative métropolitaine, en optant directement pour un régime de compétence gouvernementale en matière de définition des taux de change.

La loi fondamentale du 19 mai 1960, constitution provisoire du nouvel Etat indépendant ³⁵, prévoyait en effet : "les lois, décrets, ordonnances-législatives, leurs mesures d'exécution ainsi que toutes dispositions réglementaires existant au 30 juin 1960 restent en vigueur, tant qu'ils n'auront pas été expressément abrogés "(art.2) et que "le franc est l'unité monétaire du Congo. Son poids est fixé par une loi" (art. 237).

Le décret-loi du 3 octobre 1960 pris par les nouvelles autorités et qui instituait un Conseil Monétaire du Congo, en attendant la création d'une banque centrale ³⁶, prévoyait que ce Conseil avait entre autres pour mission de soumettre au gouvernement "un projet de loi sur la monnaie congolaise et les principes de la politique monétaire de la République du Congo" (art.4).

Le premier texte relatif au statut de la monnaie congolaise après l'indépendance du pays fut le décret-loi du 23 février 1961 instituant la

monétaire du Congo Belge, in Bull. mensuel de la B.C.B., août 1949, 53 et id., juillet-août 1952, 1; R. SIMONIS, Une banque centrale éphémère. La Banque Centrale du Congo Belge et du Ruanda-Urundi (1951-1961), in Rev. de la Banque, Cahier n° 15, novembre 1981, Ch. DEL MARMOL, Le régime du franc congolais, in Rev. de la Banque, n° 1, 1953.

³⁵ Loi relative aux structures du Congo, in M.C., n° 26 bis du 27 mai 1961.

³⁶ M.C., 26 septembre 1960, 2521.

Banque Nationale du Congo³⁷. Concernant la parité monétaire, ce texte rompt avec le régime de définition légale de la parité de change. L'article 13 prévoyait, en effet, : "Le franc est l'unité monétaire de la République du Congo... Le titre-or du franc ou son taux de change en devises

³⁷ M.C., 1961, 190. Dans l'organisation constitutionnelle du Congo à l'époque, le décret-loi était un acte ayant valeur législative, pris par le chef du gouvernement (premier ministre) sur habilitation du Parlement.

Après la crise constitutionnelle qui éclata le 5 septembre 1960 entre le Chef de l'Etat et le Premier Ministre - qui dura jusqu'au 2 août 1961 -, le Chef de l'Etat prit un décret-loi "constitutionnel" en date du 29 septembre 1960 (M.C., n° 41 du 10 octobre 1960). Celui-ci réorganisait l'exercice des pouvoirs législatif et exécutif au sein de l'Etat. L'article 2 de ce décret-loi prévoyait, notamment, que : "Jusqu'à l'accomplissement de la mission du Conseil des Commissaires Généraux : 1° les Chambres législatives sont ajournées; 2° le pouvoir législatif dévolu aux Chambres par la Loi Fondamentale du 19 mai 1960 est exercé par le Conseil des Commissaires généraux sous forme de décrets-lois, contresignés par le président du Conseil et le Commissaire Général intéressé. Par un décret-loi de 9 février 1961, il fut mis fin à la mission du Conseil des Commissaires Généraux (M.C., n° 5 du 9 février 1961). L'exercice du pouvoir législatif ne fut cependant pas restitué aux Chambres. En vertu de l'article 3 de ce décret-loi, le pouvoir législatif serait encore exercé par le gouvernement provisoire sous la forme de décrets-lois signés par le Premier Ministre et contresignés par le Ministre intéressé.

C'est dans ce cadre constitutionnel que fut pris le décret-loi du 23 février 1961, dont il est question ici.

étrangères sont fixés de commun accord par la Banque et le gouvernement" ³⁸.

La première constitution zaïroise du 1er août 1964, dite "Constitution de Luluabourg" ³⁹, allait, cependant, revenir au régime antérieur (article 141). Ce choix qui allait, comme on l'a vu, à contre-courant de la réalité monétaire et de l'évolution législative dans d'autres pays, témoignait d'une méfiance certaine du premier constituant vis-à-vis du pouvoir exécutif. Il ne dura cependant pas longtemps ⁴⁰, puisqu'au lendemain de la prise du pouvoir par l'Armée (24 novembre 1965), l'application de certains articles de la Constitution - notamment ceux relatifs à l'exercice du pouvoir législatif - fut suspendue ⁴¹. Par une série de mesures successives, l'équilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif réalisé par le constituant antérieur allait être progressivement,

³⁸ La première modification officielle de la parité du change du franc congolais d'après l'indépendance eut juridiquement lieu par une ordonnance présidentielle (ordonnance n° 268 du 9 novembre 1963). La dévaluation du 6 novembre 1961 (de $\pm 30\%$) fut une dévaluation de fait. La parité officielle restait inchangée, mais les cours auxquels l'Institut d'émission échangerait dorénavant le franc congolais furent modifiés pour tenir compte des cours sur le marché parallèle. Cf. B. RYELANDT, L'inflation en pays sous-développés. Origines, mécanismes de propagation et effets des pressions inflatoires au Congo, 1960-1969. Interactions entre phénomènes monétaires et réels, Paris, Mouton, 1970, 268.

³⁹ M.C., n° spécial du 5 octobre 1965.

⁴⁰ Il n'y eut aucune modification de parité du F.C. sous ce régime.

⁴¹ V. l'article 3 des décisions du Haut-Commandement de l'Armée du 25 novembre 1965, texte in J. GERARD-LIBOIS et Verhaegen, Congo 1965, Bruxelles, Ed. du CRISP et INEP, Léopoldville, 1966, 413-414.

mais fondamentalement, modifié à l'avantage du second et, particulièrement, du Président de la République ⁴².

C'est dans ce contexte que fut prise l'ordonnance-loi n° 67/264 du 22 juin 1967 qui modifiait la loi organique et les statuts de la banque centrale mis en place par le décret-loi du 23 février 1961 ⁴³. L'article 13 prévoyait : "... Le titre-or du Zaïre ou son taux de change en devises étrangères est fixé par le gouvernement sur la recommandation de la Banque, en conformité avec les accords internationaux auxquels le Congo

⁴² L'état d'exception fut proclamé sur toute l'étendue du territoire national pour une durée de cinq ans (articles 1er et 2 des décisions citées ci-dessus). Entre-temps, le nouveau chef de l'Etat s'octroya des pouvoirs extraordinaires et, notamment, l'exercice du pouvoir législatif concomitamment avec le parlement (Ord-loi n° 7 et n° 66/621 respectivement du 30 novembre 1965 et du 21 octobre 1966 relatives aux pouvoirs spéciaux du Président de la République, in M.C., n° 1 du 1er janvier 1966 et n° 1 du 1er janvier 1967).

⁴³ Ordonnance-loi n° 67/264, modifiant le décret-loi du 23 février 1961 relatif à la constitution et à l'organisation de la Banque nationale du Congo, in M.C., n° 17, du 1er septembre 1967, 721.

est partie. Il est publié au Moniteur congolais"⁴⁴. Ce régime sera confirmé par la nouvelle constitution promulguée deux jours plus tard⁴⁵.

et qui s'inspire expressément des articles 34 et 37 de la Constitution française de 1958⁴⁶: elle assigne à la loi la seule fixation des "règles concernant... le régime d'émission de la monnaie" (**art.46 et 47**).

⁴⁴ On peut relever la nouvelle rédaction de l'article 13 des statuts de la Banque issus de l'ordonnance-loi du 22 juin 1967 qui affirme la compétence du gouvernement en cette matière, puisque le taux de change du "zaïre" n'est plus fixé "de commun accord par la Banque et le gouvernement" (article 13 des statuts issus du décret-loi de 1961), mais "par le gouvernement sur recommandation de la Banque".

Le 23 juin 1967, soit le lendemain, fut cependant promulguée une autre ordonnance-loi n° 67/266 qui créait la monnaie "zaïre". Celle-ci fixe, en son article 2, la parité-or de la nouvelle monnaie, faisant ainsi de la modification de celle-ci une prérogative du pouvoir législatif, en contradiction avec l'article 13 précité. Il s'agit probablement d'une mauvaise coordination des textes.

⁴⁵ Constitution promulguée le 24 juin 1967, in M.C., n° 14 du 15 juillet 1967.

⁴⁶ Cf. le Mémoire Explicatif qui précède le texte de la Constitution.

Cette disposition survivra aux diverses modifications constitutionnelles qui sont intervenues depuis lors au Zaïre ⁴⁷.

Il y a, donc, eu en matière de détermination des taux de change un transfert de compétence du législateur vers le gouvernement et, avec lui, un "changement de rôle" de la loi, celle-ci intervenant désormais comme loi de pure habilitation.

⁴⁷ V. p. ex, l'art. 87 de la Constitution zaïroise révisée au 1er janvier 1983 (J.O.R.Z., n°1 du 1er janvier 1983). Avec, toutefois, une disparition momentanée entre le 15 août 1974 (loi n° 74/020 du 15 août 1974 portant révision de la Constitution du 24 juin 1967, in J.O.R.Z., n° spécial, sans date, 1974) et le 15 février 1978, date d'entrée en vigueur d'une nouvelle loi constitutionnelle et dans laquelle réapparaît l'article qui délimite les domaines respectifs de la loi et du règlement (article 81 de la loi n°78/010 du 15 février 1978). Durant cette période eut lieu une importante modification de la valeur de change du zaïre, lors de l'abandon du rattachement au dollar américain. Cette **opération fut** juridiquement constatée par une loi (cf. l'article 3 de la loi n° 76/004 du 12 mars 1976 relative à l'unité monétaire du Zaïre, in Bull. de l'AZAP, 13 mars 1976). Le 12 septembre 1983, cependant, le Zaïre a décidé d'abandonner le système des taux de change fixes et de passer au régime des changes libres (ordonnance-loi n° 83-024 du 12 septembre 1983, J.O.R.Z., n° 18 du 15 septembre 1983).

Depuis cette date, il n'existe plus de système de détermination légale ou réglementaire de la valeur du Zaïre, les cours de change étant désormais fixés quotidiennement suivant la loi de l'offre et de la demande sur le marché interbancaire sous la surveillance de la Banque du Zaïre (Cf. Circulaire de la Banque du Zaïre n° 199 du 9 septembre 1983 et article 3 de la loi précitée).

S.2 - La réglementation des opérations du commerce extérieur en droit belge et français.

Le contrôle des relations commerciales avec l'extérieur a, en Belgique, pour fondement légal la loi du 11 septembre 1962⁴⁸. Toutes les études qui ont été consacrées au régime légal et administratif mis en place par cette loi ont souligné "l'extraordinaire étendue" des pouvoirs conférés au Roi et aux ministres par cette loi ainsi que la généralité des objectifs assignés aux diverses interventions des pouvoirs publics dans ce domaine⁴⁹.

⁴⁸ Mon.B., 27 octobre 1962.

En France, le contrôle du commerce extérieur se fait également sur base de textes législatifs distincts de ceux du contrôle des changes (lois du 11 juillet 1938 et du 17 août 1948). La loi du 28 décembre 1966 relative au contrôle des relations financières avec l'étranger (article 4) précisait qu'elle n'apportait pas de modification au régime juridique du contrôle des importations et exportations de marchandises. Certains auteurs considèrent, cependant, que le contrôle des changes n'est qu'un élément du contrôle du commerce extérieur. V. notamment : B. CHENOT Organisation économique de l'Etat, Paris, Dalloz, 1965, 515 et 518; M. MANIN, Le commerce extérieur devant le juge administratif, in R.S.L.F., 1968, 341.

C'est cette conception qui prévaut au Zaïre, où tous les pouvoirs en matière d'élaboration de la réglementation et d'exécution du contrôle du change et du commerce extérieur ont été confiés à la banque centrale et où les préoccupations de rationaliser l'utilisation des ressources de change dominent dans les deux réglementations.

⁴⁹ V., notamment: M.A. FLAMME, Législation industrielle ou droit administratif..., op. cit., 182 et sv., G. ROMBAUT, Le régime des licences d'importation et d'exportation, in J.T., 1956, 433 et sv.; Y. CHAPEL, Le régime des licences de l'Union économique belgo-luxembourgeoise, in R.J.D.A., 1957, 96 et sv.

Le pouvoir réglementaire reconnu à ces derniers - les ministres compétents étant ceux qui ont les affaires économiques et le commerce extérieur ou l'agriculture dans leurs attributions - est légalement indéterminé quant à l'opportunité d'intervention, quant au contenu de la réglementation à venir⁵⁰ et aux buts susceptibles d'être poursuivis⁵¹. La situation juridique est identique à celle que nous avons analysée à propos du pouvoir réglementaire du Roi en matière de réglementation du change. La loi du 11 septembre 1962 est un exemple type d'une loi de pure habilitation.

Il convient, ensuite, de relever une particularité du processus de réglementation prévu par cette loi. L'article 6 prévoit, en effet, que les ministres compétents peuvent imposer des conditions spéciales à l'octroi et à l'utilisation de licences "soit par voie de règlements, soit par voie d'instructions aux services chargés de la délivrance de licences". La réglementation par voie d'instructions administratives internes est,

⁵⁰ L'obligation d'une licence préalable d'importation ou d'exportation étant le régime le plus radical, mais qui ne constitue qu'une des modalités de contrôle auxquelles le Roi peut soumettre les opérations du commerce extérieur (V. les articles 2 et 3 de la loi). Il est, en outre, prévu (V. les art. 5 et 6 de la loi) que le Roi détermine "les conditions générales" d'octroi et d'utilisation des licences, tandis que les Ministres compétents peuvent en fixer les "conditions spéciales". On peut noter la généralité de telles habilitations, la distinction entre conditions générales et conditions spéciales n'étant pas toujours évidente.

⁵¹ Nous avons déjà relevé l'inopérabilité des notions politico-économiques - telles que celles utilisées à l'article 2 de la loi du 11 septembre 1962 - quant à l'encadrement juridique des pouvoirs conférés aux autorités administratives spécialisées. Cf. supra, chap. Ier., concernant l'art. 3 de la loi française du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger.

donc, un mode expressément prévu par la loi comme dans la réglementation du change et des paiements internationaux.

§.3 - La réglementation bancaire et des appels à l'épargne publique en droit belge et zaïrois

Le développement extraordinaire du droit de l'épargne publique en Belgique sous l'action de la Commission bancaire et financière ⁵² a été souligné par l'ensemble de la doctrine spécialisée pour qu'il soit encore besoin de s'y appesantir ⁵³. A partir de missions définies dans l'arrêté n° 185 du 9 juillet 1935 en des termes souvent fort généraux et parfois lapidaires, la Commission bancaire et financière a, par un système

⁵² Appelée ainsi depuis la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, en raison de l'élargissement de la compétence de la Commission, qui participe désormais à l'élaboration de la réglementation des marchés financiers secondaires et au contrôle de l'ensemble des intermédiaires financiers et des instruments financiers qui sont proposés au public (Cf. les articles 234 et 235 de la loi, Mon.B, 22 décembre 1990, 23800).

⁵³ V. notamment : J. LE BRUN (avec la coll. de CL LEMPEREUR), R.P.D.B., V, Complément, V° Epargne Publique, 1977; Id., La protection de l'épargne publique et la Commission Bancaire, op. cit., 23-24; J. LE BRUN, Les normes professionnelles dans l'action de la Commission bancaire, in C.D.V.A., Le droit des normes professionnelles et techniques, Bruxelles, Bruylant, 1985, 115 et sv.; R. WITTERHULGHE, La Commission Bancaire, une expérience originale de magistrature économique, in A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, Actes du colloque sur la magistrature économique, Louvain, Oyez, Bruxelles, Bruylant, I.5-12 et sv.

d'interprétation très poussé, exercé une action normative fondamentale dans ce domaine :

- d'une part, dans les domaines où elle disposait de pouvoirs réglementaires explicites - c'est-à-dire, spécialement, dans le domaine du contrôle des intermédiaires financiers -, elle a par un système d'interprétation des dispositions légales tiré des règles de droit précises à partir de dispositions d'habilitation légales très générales ⁵⁴.

- d'autre part, dans le domaine du contrôle des émissions publiques de titres et valeurs où elle disposait pourtant d'une compétence de décision fort limitée - du moins jusqu'aux récents développements législatif et réglementaire ⁵⁵ - elle a pu, par un travail d'interprétation des finalités générales de la réglementation et de son rôle, créer un "système de références", à partir duquel elle a par la voie de recommandations et de conseils énoncé des normes de comportement dont elle exigeait le respect de la part des administrés soumis à son contrôle et de tous ceux qui étaient intéressés à l'émission ou à la souscription de titres et valeurs.

Il est, ainsi, unanimement reconnu que la Commission Bancaire a su compléter de manière tout à fait fondamentale et réellement autonome le système normatif mis en place par le

⁵⁴ Par ex., la détermination du régime des coefficients de structure des banques et intermédiaires financiers, en vertu des pouvoirs réglementaires généraux reçus de l'article 11 de l'arrêté royal n° 185, modif. par la loi du 30 juin 1975.

⁵⁵ V. la loi du 2 mars 1989 dite "loi sur la transparence" et ses arrêtés d'exécution du 10 mai et du 8 novembre 1989, in Mon.B., 24 mai et 11 novembre 1989; loi du 9 mars 1989 modif. le Code du commerce et l'arrêté royal n° 185 (Titre II), in Mon.B., 9 juin 1989 et 16 mars et 25 novembre 1989, pour les arrêtés royaux d'entrée en vigueur.

législateur belge en matière de contrôle des intermédiaires financiers et des appels publics à l'épargne⁵⁶.

Sous l'impulsion du droit communautaire et, plus particulièrement des exigences de libération des mouvements de capitaux et des prestations bancaires et financiers intra-communautaires, d'une part, et d'harmonisation des législations nationales relatives à la protection de l'épargne, d'autre part, le dispositif légal et réglementaire belge du contrôle des intermédiaires financiers et des valeurs mobilières est entrain de subir une modernisation accélérée. Outre les lois du 2 et 9 mars 1989 et leurs mesures d'exécution déjà citées⁵⁷, deux autres textes sont intervenus :

- la loi du 17 juillet 1985, modifiant les lois sur les établissements de crédits principalement pour les adapter au droit des Communautés européennes⁵⁸,

- et, de manière plus générale, la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers qui, dans son volet qui nous intéresse, ici, confirme la Commission bancaire et financière dans ses attributions traditionnelles, mais l'associe en plus à l'élaboration de la réglementation des marchés financiers secondaires⁵⁹. La Commission bancaire et financière est désormais appelée à se mouvoir dans un cadre légal et réglementaire plus complet, en ce qui concerne surtout le contrôle des émissions publiques des titres et valeurs.

⁵⁶ V. J. LE BRUN, Les normes professionnelles..., art. cit., 122.

⁵⁷ Cf. la note 55 ci-haut.

⁵⁸ Mon. B., 21 août 1985.

⁵⁹ déjà citée, Mon. B., 22 décembre 1990, 23800.

Toutefois, la reconnaissance par le législateur lui-même des exigences spécifiques de normalisation dans le domaine ⁶⁰ entraîne la subsistance d'habilitations à caractère général qui sont reconnues à la Commission ⁶¹. Il est, en effet, unanimement admis que l'action de la Commission Bancaire et Financière ne peut se limiter à une simple application passive des dispositions légales ou réglementaires et que cette institution continuera à exercer un rôle normatif fondamental, malgré les développements légaux et réglementaires actuels.

Au Zaïre, le contrôle des intermédiaires financiers et des appels à l'épargne publique est confié à la banque centrale ⁶². En raison d'un marché financier très peu développé, la législation relative aux appels à l'épargne publique reste réduite ⁶³.

Les pouvoirs confiés à la Banque du Zaïre sont les pouvoirs classiques de toute autorité administrative de contrôle en cette matière, avec cependant ces deux particularités :

⁶⁰ J; LE BRUN, Les normes professionnelles..., art. cit., 126.

⁶¹ Ex. : La Commission Bancaire et Financière est toujours habilitée à définir les exigences en matière d'équilibre du marché des capitaux ou d'information correcte des épargnants, dans le cadre du contrôle des émissions publiques de titres (articles 28 et 29 de l'arrêté royal n° 185).

⁶² Ordonnance-loi n° 72/004 du 14 janvier 1972 relative à la protection de l'épargne et au contrôle des intermédiaires financiers, in I.O.R.Z., n° 14 du 15 juillet 1974. Cette ordonnance-loi est venue abroger le texte légal datant de 1957, le décret royal du 26 mars 1957 (B.O., 1957) qui s'appliquait uniquement aux banques.

⁶³ Sur les 96 articles qui composent l'ordonnance-loi de 1972, seulement six sont consacrés au contrôle des appels publics à l'épargne (article 80 à 86).

- d'une part les pouvoirs de la Banque du Zaïre sont contenus dans des dispositions légales habilitantes très générales : v., par exemple, les articles 11, 12, 15, et 16 de l'ordonnance-loi relatifs aux pouvoirs réglementaires de la Banque du Zaïre en matière de structure des ressources et des emplois des banques ou encore les articles 83 et 84 qui habilitent la Banque à veiller au bon fonctionnement du marché des capitaux, à contrôler l'information donnée au public et à fixer les conditions d'agrément des intermédiaires en valeurs mobilières.

- les pouvoirs de la Banque du Zaïre s'étendent à la réglementation des ventes et prêts à tempérament ⁶⁴.

Il convient, enfin, de relever que les "Instructions" de la Banque du Zaïre, prises dans le cadre de l'application de ce statut légal et administratif des banques et de l'épargne publique ne sont pas soumises à un quelconque mécanisme d'approbation préalable d'une autorité supérieure - ex. Ministre des Finances ou le Président de la République, autorité de tutelle de la banque centrale.

A la différence du régime normatif du contrôle du change et des opérations du commerce extérieur, on ne peut cependant affirmer que les autorités réglementaires disposent de la maîtrise complète de l'ensemble du processus normatif dans le domaine de la réglementation bancaire et de l'épargne publique. Des pans entiers de cette réglementation demeurent, en effet, régis par des règles d'origine législative, les autorités réglementaires restant confinés dans leur rôle traditionnel, à savoir celui d'exécuter la loi ^{ven} définissant les modalités d'application de celle-ci. Les dispositions légales de pure habilitation, d'où les autorités administratives tirent un pouvoir discrétionnaire de réglementation et de décision demeurent relativement circonscrites à certains points de la réglementation.

⁶⁴ V. l'article 86 de l'ordonnance-loi.

Dans tous les domaines d'intervention analysés ci-haut, l'intervention du législateur sous la forme de pure habilitation - qu'elle soit générale ou circonscrite à certaines dispositions - n'est pas le résultat du hasard. Soit, elle s'impose au législateur dans des domaines d'intervention conjoncturels comme celui de la politique monétaire, où les données de fait sont très largement imprévisibles. Soit, elle est expressément voulue par le législateur afin de permettre aux autorités spécialisées de participer de manière substantielle à la réglementation du secteur, l'objectif final étant la recherche d'une meilleure cohérence et d'une meilleure adaptation des règles aux besoins et aux exigences spécifiques de normalisation (cas de la réglementation bancaire et de l'épargne publique).

Dans tous ces domaines, la reconnaissance de pouvoirs discrétionnaires de réglementation ou de décision individuelle, généraux ou limités, aux autorités administratives d'intervention constitue une condition de l'efficacité de l'intervention des pouvoirs publics. C'est dire qu'une redéfinition des pouvoirs de l'administration en vue d'un meilleur encadrement juridique quant au fond n'est pas toujours possible, ni forcément souhaitable.

Devant cette difficulté conceptuelle d'améliorer la légalité économique par la voie de l'encadrement normatif de l'action administrative, l'on s'est tourné vers un renforcement du contrôle juridictionnel. Diverses techniques considérées comme novatrices ont ainsi été imaginées en vue d'un tel renforcement. Le bilan général du contrôle juridictionnel dans les domaines d'intervention qui ont été étudiés plus haut montre cependant que, même renforcé, le contrôle juridictionnel de l'action administrative demeure largement inefficace.

Section 2 - L'inefficacité du contrôle juridictionnel et les difficultés d'amélioration dans ces domaines d'intervention

Deux situations se présentent lorsqu'on fait le bilan du contentieux de la légalité dans les différents domaines examinés plus haut.

Dans certains domaines, le contentieux est quasi-inexistant: c'est le cas, par exemple, du contrôle des changes, de la réglementation bancaire et de protection de l'épargne publique ainsi que des interventions de politique monétaire, en général. Les administrés ne font pas ou font très peu appel à la protection juridictionnelle. Dans d'autres - ex. : le contrôle du commerce extérieur -, on rencontre un contentieux assez fourni, mais celui-ci aboutit le plus souvent à des décisions de rejet.

Les causes de cette inefficacité du contentieux économique ont, depuis longtemps, été analysées dans la doctrine de droit économique. Elles se retrouvent, en effet, dans tous les domaines d'interventionnisme économique. Nous les reprendrons, en ajoutant les aspects particuliers concernant les domaines d'intervention ^{celui} comme le contrôle des changes, où les autorités administratives se voient reconnues des pouvoirs discrétionnaires de réglementation et de décision individuelle.

§.1 - L'inefficacité tenant aux possibilités d'accès des administrés au juge **a - Les causes d'ordre juridique**

Celles-ci tiennent à la fois aux caractéristiques de la règle de droit dont le juge est appelé à sanctionner le respect par l'administration et à l'absence de publicité suffisante des décisions administratives.

1 - Le rôle dissuasif de la règle de droit

Le rôle dissuasif de la règle de droit aussi bien pour l'administré que pour le juge est dû à l'imprécision des normes d'origine légale ou réglementaire, aux pouvoirs discrétionnaires reconnus à l'administration et à l'indétermination des finalités poursuivies. Ces

caractères ont suffisamment été relevés dans les développements qui précèdent pour qu'il soit encore besoin de s'y appesantir.

La technique des directives administratives qui permet à l'administration d'autolimiter son pouvoir discrétionnaire ⁶⁵ se heurte au même obstacle dans les domaines que nous avons étudiés, à savoir la volonté de ne pas lier à l'avance le pouvoir de réglementation et de décision des administrations d'intervention . Celles-ci qui sont déjà maîtresses du pouvoir et du processus réglementaire n'ont, d'ailleurs, nul besoin de recourir à la technique des directives pour s'autolimiter . Le même résultat peut, en effet, être atteint par le renforcement des mesures réglementaires.

2 - Les possibilités limitées de saisine du juge

Il convient de distinguer, ici, la situation du destinataire de la décision administrative de celle des tiers éventuellement intéressés par

⁶⁵ Cf., notamment , en droit belge : M.A. FLAMME, De l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire, in A.P.T., 1976-1977, 61 et sv.; C. DARVILLE-FINET, La circulaire administrative ..., art. cit.; J.M. FAVRESSE, Usage et contenu des circulaires administratives, in A.P.T., 1986, 11 et sv.

En droit français : J. BOULOUIS, Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques : les directives, in Mél. Eisenmann, Paris, 1974, 459; P. PAVLOPOULOS, La directive en droit administratif, Paris, 1978.

celle -ci. S'il est évident que le premier est nécessairement informé des décisions qui le concernent et des textes que l'administration veut appliquer à son égard et peut, par conséquent, intenten un recours contentieux dans les conditions de recevabilité ordinaires, il n'en est pas de même des seconds.

On a vu, en effet, que l'ensemble des textes à caractère réglementaire pris par les administrations ne sont pas soumis à l'obligation de publication (ex.: les circulaires, instructions et autres autorisations générales en matière de réglementation du change). Il en est, encore moins, les décisions individuelles d'octroi ou de refus d'autorisations ou de dérogations individuelles, qui ne font pas l'objet de publication, mais simplement notifiées. Elles sont, d'ailleurs, considérées par les intéressés professionnels comme des éléments de concurrence entre eux. Or, pour pouvoir défendre leurs droits - le droit à l'égalité de traitement, notamment -, les tiers intéressés doivent au minimum être informés de l'ensemble des décisions administratives et de leurs motivations ⁶⁷.

Les tiers conservent, certes, le droit à l'exercice du recours contentieux aussi longtemps qu'ils ne sont pas informés de la décision. Mais ceci n'est qu'un avantage apparent. En effet, dans les domaines d'intervention étudiés plus haut, les décisions d'autorisations ou de dérogations individuelles concernent la réalisation d'opérations limitées dans le temps. Lorsque les tiers intéressés seront enfin informés, l'action risque de ne plus présenter d'intérêt, la décision administrative ayant épuisé ses effets.

La publicité des actes réglementaires et des décisions administratives individuelles est, donc, une nécessité si l'on veut

⁶⁷ Cf. l'avis du Conseil d'Etat (belge) du 28 octobre 1987 sur le projet de la loi du 23 décembre 1988 portant dispositions relatives au statut monétaire..., déjà cité, 35.

améliorer la protection des droits des administrés, en élargissement les possibilités de saisine du juge aux tiers intéressés.

A ces facteurs d'ordre juridique, s'ajoutent ceux d'ordre sociologique pour expliquer le faible développement du contentieux dans les domaines d'intervention évoqués plus haut.

b - Les causes d'ordre sociologique

Celles-ci sont relatives à la composition socio-économique du domaine d'application personnel des interventions administratives et à la fréquence des relations qui se nouent entre les administrés et l'administration.

L'analyse que nous avons faite à propos de la répartition des usagers des administrations du contrôle du change en deux catégories - administrés occasionnels et professionnels ⁶⁸ - peut être transposée à l'ensemble des domaines d'intervention spécialisés signalés ci-haut..

Ces deux catégories d'administrés n'ont pas la même fréquence de rapports avec l'administration, les mêmes intérêts dans le maintien de ceux-ci ou le même poids de négociation avec l'administration.

Les professionnels, pour lesquels le maintien des rapports permanents et "amicaux" avec les administrations de contrôle est un élément indispensable à l'exercice de leur profession et même à leur survie économique - en cas d'obligation de renouveler les autorisations administratives, par exemple - , hésiteront à saisir immédiatement le juge en présence d'une décision administrative dont ils contestent la légalité. Mettant en balance les intérêts immédiats et ceux à long terme, ils préféreront un règlement à l'amiable afin de ne pas

⁶⁸ Cf. supra, p. 133 et sv.

compromettre la permanence de leurs rapports avec l'administration. Ce souci est, à la limite, absent chez les administrés occasionnels. Les administrés professionnels seront d'autant plus convaincus d'obtenir un bon compromis que leur poids économique leur donne une bonne capacité de négociation auprès de l'administration.

L'inefficacité du contrôle juridictionnel de l'action administrative dans les domaines d'intervention examinés plus haut est, enfin, due aux techniques de contrôle mêmes qui sont utilisées par le juge.

§.2 - L'inefficacité technique du contrôle juridictionnel et les difficultés d'amélioration

a - L'inefficacité technique du contrôle juridictionnel

Qu'il s'agisse du contentieux de l'annulation ou du contentieux de l'indemnité, les quelques décisions que l'on rencontre en matière de réglementation du change, du commerce extérieur, de l'épargne publique ou d'interventions de politique économique sont des décisions de rejet des recours émanant des administrés.

Les moyens les plus souvent invoqués dans le contentieux de l'annulation sont ceux qui sont tirés du détournement de pouvoir ou de la rupture du principe d'égalité ⁶⁹. Ces moyens sont invoqués soit séparément, soit de manière combinée, le second moyen beaucoup plus large absorbant en quelque sorte le premier. Ils aboutissent, cependant, très rarement en raison de l'indétermination légale et réglementaire des

⁶⁹ L'erreur de droit y est, par contre, très rarement invoquée, ce qui est normal en raison des incertitudes de la légalité dans ces matières.

finalités poursuivies par les interventions des autorités administratives que nous avons déjà analysées⁷⁰.

⁷⁰ La rupture de la règle d'égalité devant les charges publiques a, en matière de contrôle du change, expressément été ~~rejetée~~ dans : Cons. Et. (français), 11 décembre 1970, Ets. Sonauto et Id., 23 décembre 1988, Martin et soc. Martin, déjà cités (Chap. I^{er}).

Pour ce qui concerne les autres domaines d'intervention étudiées, c'est en matière de contrôle du commerce extérieur que l'excès de pouvoir et la rupture du principe d'égalité ont surtout été invoqués, sans grand succès. Cf., notamment, pour la jurisprudence française: Cons. d'Et., 30 janvier 1948, Syndicat départ. des industriels en lentilles de la Haute Loire, Leb. 42 : dans cet arrêt, la décision administrative a été annulée sur la base de la liberté de commerce et non du détournement de pouvoir; id., 13 juillet 1953, Soc. Maurice Daniel, in ibid., 427; id., 23 mars 1956, Soc. Léon Claeys, ibid., 13; id., 10 mai 1957, Soc. Expansion commerciale industrielle tourisme de France, ibid., 301; id. 4 décembre 1959, Groupement des fabric. régionaux d'aliments complets pour le bétail, in A.I.D.A., 1960, II, 260; id., 24 juin 1960, Chambre syndicale des négoc. en peaux...; id., 6 juin 1962, Office parisien de compensation, Leb., 365; id., 13 juillet 1963, Aureille, in R.D.P., 1964, 205, ID., 21 octobre 1966, Soc. Decker et Cie, Leb., 559; etc...

Pour la jurisprudence belge, beaucoup moins fournie : Cons. d'Et., 8 juin 1962, S.A. Fabrieken..., n° 9446, R.J.D.A., 261; V; cependant, contra : Cons. d'Et., 7 octobre 1955, Stockelet-Lion, n° 4590, R.J.D.A., 1956, 103 ou J.T., 1956, 433. Cet arrêt a été rendu sur la base de la loi du 30 juin 1931. M.Y. CHAPEL (note, in R.J.D.A., 1962, note 27, 303) signale, cependant, que les conditions de la nouvelle loi de 1962 beaucoup plus protectionniste ne permettraient peut-être plus une telle décision. Sur le principe d'égalité de traitement en matière de protection des dépôts bancaires, cf.: Trib. com. Bruxelles, 3 septembre 1981, inédit, mais cité par A.M. BERCKMANS-JASPAR, Normes appliquées par l'I.R.G., in C.D.V.A., Le droit des normes techniques..., op. cit., 163; Cass., 1er avril

En ce qui concerne le contentieux de l'indemnité, si le juge admet que la responsabilité des administrations économiques peut être engagée sur le fondement de la faute, du quasi-délit ou de la rupture de l'égalité des administrés devant les charges publiques, dans les domaines d'intervention analysés plus haut, on trouve, cependant, très peu de décisions accordant l'indemnisation.

Outre l'indulgence que l'on peut déceler, par exemple, chez le juge français dans l'appréciation de la faute commise par ce type d'administrations⁷¹, les demandes d'indemnisation dans ces domaines se heurtent à des difficultés particulières de preuve :

- il y a, d'une part, la difficulté de prouver un préjudice "réel" indemnisable,

- et d'autre part, la difficulté de prouver un lien de causalité "direct" entre le préjudice et l'illégalité commise.

Dans des matières comme celles du contrôle du change, du commerce extérieur ou de l'exercice de l'activité bancaire, l'aléa est lié non seulement à la nature des opérations économiques auxquelles se livrent les administrés, mais également aux décisions administratives elle-mêmes, une telle preuve n'est pas facile à apporter. Ainsi, en cas de demande d'indemnisation consécutive à une décision de refus d'autorisation, l'administré devra démontrer qu'il a subi un préjudice certain - c'est-à-dire un préjudice déjà ~~né et actuel~~ ou un préjudice futur mais inévitable - , mais également que sa demande d'autorisation avait

1962, Rev. de la Banque, 1982, 397. Pour le commentaire de cet arrêt, v.

Ph. QUERTAINMONT, La protection des déposants d'une banque faillie par l'I.R.G. et la règle de l'égalité des citoyens devant la loi, **art. déjà cité.**

⁷¹ V. M. A. FLAMME, Le juge face à l'interventionnisme économique..., déjà cité, 182-184.

toutes les chances d'être retenue si l'illégalité n'avait pas été commise. Cette dernière preuve n'est pas du tout évidente, lorsque l'on sait que les décisions d'autorisations du change ou de licences du commerce extérieur ne sont jamais des décisions liées. On trouve ainsi des décisions jurisprudentielles dans lesquelles la demande d'indemnisation a été rejetée, bien que la faute ou l'erreur d'appréciation de l'administration ait été démontrée et retenue par le juge ⁷².

On a, de plus, déjà relevé le fait que le juge tenait souvent compte de l'aléa lié à l'activité économique en cause et de la fréquence des relations avec pour décider s'il y a ou non préjudice indemnisable ⁷³.

Devant la difficulté - ou plutôt l'impossibilité - d'améliorer la définition légale des prérogatives de l'administration dans les domaines d'intervention où des pouvoirs discrétionnaires de réglementation et de décision individuelle doivent, pour des raisons d'efficacité des interventions, être reconnus aux autorités administratives, il convient d'examiner quel peut être l'apport des dernières améliorations techniques au contrôle juridictionnel de l'action administrative. Il convient, ici, d'examiner particulièrement l'apport du contrôle de

⁷² V. en Belgique: Cons. d'Et., 9 janvier 1953, Soc. Coop. nationale pour le commerce et l'industrie de la viande, R.A.A., 1953, 34 ou R.J.D.A., 1953, 181, id., 25 mai 1956, Boucheries De Wyngaert, n°5136.

En France: en matière de contrôle des changes: Cons. d'Et., 2 février 1968, Soc. Mobil-Oil Afrique Équat., in , 1097; id., 27 juin 1969, Cie maritime des chargeurs réunis, A.J.D.A., 1969, II, 710 ou I.C.P., 1970, II, 16493, note, I, 55556 (décision intervenue en matière de commerce d'exportation d'armes).

⁷³ Cf. supra, Chap. III , p. 134.

l'erreur manifeste d'appréciation, considéré par les auteurs comme "un contrôle de type nouveau" ⁷⁴.

b - Les difficultés d'amélioration

Depuis son apparition dans le contentieux administratif français et belge que les auteurs situent au début des années 1960 en droit français ⁷⁵ et au milieu des mêmes années pour ce qui est du droit belge ⁷⁶, force est de constater que cette technique a été très peu appliquée dans les domaines d'intervention que nous avons étudiés ⁷⁷. Nous nous appuyons sur les études consacrées à cette technique, notamment sur l'étude de D. LAGASSE, pour montrer que cette inapplicabilité est due à la nature même du contrôle exercé par le juge.

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un contrôle qui porte sur les motifs de fait qui fondent la décision administrative. Celle-ci ne sera censurée au regard de ce moyen que lorsque l'appréciation des

⁷⁴ D. LAGASSE, L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, Bruxelles, Bruylant, 1986, 10.

⁷⁵ Cons. d'Et. (français), 15 février, 1961 arrêt Lagrange, Leb., 121. V. D. LAGASSE, op. cit., 192.

⁷⁶ Cons. d'Et. (belge), 8 juin 1966, arrêt Hollemans, n° 11865. D. LAGASSE, op. cit., 55 et 173.

⁷⁷ Dans la mesure où l'arrêt C.I.V. (9 janvier 1953), déjà cité, parlait d'erreur d'appréciation "excusable" ou "inexcusable" pour qualifier le double refus de licence opposé par l'administration, on peut considérer que celui-ci est un arrêt précurseur de l'application de la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation par le Conseil d'Etat belge.

faits à laquelle s'est livrée l'administration pour fonder sa décision comporte une erreur "manifeste" d'appréciation, c'est-à-dire une erreur "évidente" ⁷⁸; lorsqu'il y a une "contradiction non seulement apparente, mais aussi inexpliquée" ⁷⁹ entre la décision administrative et les situations de fait qui la fondent. L'évidence de la contradiction doit s'imposer à tous "avec la force et la clarté de l'indiscutable" ⁸⁰.

Au delà des appréciations économiques complexes auxquelles le juge sera parfois amené à se livrer en matière de contrôle des interventions économiques de l'Etat, l'admission de l'erreur manifeste d'appréciation suppose la démonstration par le requérant de cette "contradiction apparente et inexpliquée" entre le contenu de l'acte administratif et la situation de fait invoquée. Dans les domaines d'intervention que nous avons étudiés où les conditions d'intervention des autorités administratives et le contenu des actes réglementaires et individuelles en vue d'y faire face sont laissés à l'appréciation discrétionnaire de ces mêmes autorités, les situations dans lesquelles une telle contradiction apparente peut être trouvée ne sont pas très fréquentes. Ceci suppose, en effet, une décision tout à fait irrationnelle - le contrôle de l'erreur manifeste est une "censure de l'irrationalité" ⁸¹ - de la part de l'administration qui apprécie souverainement les situations de fait qui motivent son intervention et les moyens d'y faire face.

Le contrôle juridictionnel, même renforcé par le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, est par conséquent largement inapte à

⁷⁸ D. LAGASSE, *op. cit.*, 497 et sv.

⁷⁹ *Ibid.*, 521 et sv.

⁸⁰ Concl. sous Cons. d'Etat. (français), 6 octobre 1970, Guyé, in R.D.P., 1971, 524.

⁸¹ D. LAGASSE, *op. cit.*, 522.

améliorer la protection des intérêts des administrés. Il convient, à cet effet, de rechercher d'autres pistes.

Section 3 - Une redéfinition des règles de la procédure administrative de prise des décisions, seul moyen d'améliorer la protection des droits des administrés

Puisqu'on ne peut, d'une part, lier le pouvoir de décision des autorités administratives quant au fond - en prévoyant à l'avance les conditions précises et le contenu des décisions administratives - , et d'autre part, améliorer efficacement les techniques de contrôle juridictionnel, le seul moyen d'améliorer la protection des droits individuels des administrés nous paraît résider dans le renforcement des règles de forme et de procédure qui régissent le processus de prise des décisions administratives.

Les objectifs poursuivis seront au nombre de deux:

1°- à défaut d'assurer la pleine participation des administrés au processus de prise de décision, il faut permettre à ces derniers de mieux comprendre le sens et le contenu des décisions administratives qui sont prises, ce qui permet d'améliorer les possibilités juridiques dont ils disposent de faire valoir leurs droits auprès de l'administration elle-même, d'une part ; auprès du juge, d'autre part;

2°- améliorer les possibilités de saisine du juge pour les tiers intéressés aux décisions individuelles des administrations d'interventionnisme économique.

Ces objectifs nous paraissent pouvoir être partiellement atteints par les trois moyens suivants:

- l'intervention obligatoire de l'administré dans le processus de prise de décision, surtout lorsqu'il s'agit de décisions négatives;

- l'élargissement du domaine de la motivation obligatoire et de la publicité des décisions administratives individuelles;

- et enfin, l'obligation pour l'administration de présenter un "rapport - exposé de doctrine", pour ce qui est de l'exercice des compétences discrétionnaires qui lui sont reconnues.

§.1 - L'intervention obligatoire de l'administré dans le processus de prise de décision

Une fois la demande d'autorisation ou de dérogation administrative individuelle introduite, aucune réglementation parmi celles que nous avons examinées ne prévoit de mécanisme de participation du requérant dans la procédure d'instruction de la demande. Ceci comporte l'inconvénient de toujours rendre compréhensibles le sens et le contenu des décisions administratives vis-à-vis des impératifs de protection de l'intérêt général invoqués par l'administration.

Tout en veillant à ce que la décision reste l'oeuvre de l'administration d'intervention et que celle-ci demeure indépendante par rapport aux intérêts contrôlés ⁸², il conviendrait d'introduire dans la

⁸² C'est ainsi que la représentation des administrés au sein des organes décisionnels ne nous paraît pas une solution de nature à assurer une telle garantie, ni à contribuer à une meilleure protection des droits individuels des administrés. **La représentation du secteur bancaire et financier vient, par** →

procédure d'instruction un élément contradictoire qui permette à l'administré de faire valoir son point de vue, avant la prise de la décision définitive.

Les décisions qui posent problème, du point de vue de la protection des intérêts de l'administré, sont évidemment les décisions négatives - décisions de refus d'autorisation de change, d'importer ou d'exporter, décision d'octroi ou de refus de dérogations - ainsi que celles qui imposent des obligations particulières aux requérants - cas, par exemple, des autorisations de change conditionnées.

Après une première décision de rejet motivée par l'administration, le pétitionnaire serait mis dans une situation de pouvoir présenter des observations et justifications supplémentaires, dans un délai assez bref afin de ne pas gêner l'action administrative . Une seconde décision négative équivaldrait à une décision définitive de rejet, ouvrant le droit au recours juridictionnel.

Une telle obligation de double examen de la demande en cas de décision administrative négative permettrait, d'une part, au requérant de pouvoir présenter ses observations sur les appréciations de l'intérêt général évoquées par l'administration sans pour autant lier la décision de celle-ci et, d'autre part, aux administrations économiques de prendre des décisions juridiquement moins contestables, surprises par une mauvaise information ou une appréciation erronée des faits.

exemple, d'être supprimée dans la composition de la *Commission Bancaire et Financière* en Belgique en vue d'assurer l'indépendance de cette autorité vis-à-vis des intérêts contrôlés . Cf.art. 237 de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, déjà citée, et ses travaux préparatoires (Doc. Parl., 1989-1990, Ch., n° 1156/1 et 1156/5; S. n°1007/2).

Mais, sur le plan de la protection des droits des administrés, ce double examen est juridiquement d'autant plus recommandable qu'un recours hiérarchique n'est pas possible contre les décisions prises par les organes dirigeants des administrations autonomes d'intervention (ex: aucun recours hiérarchique n'est prévu contre une décision de l'I.B.L.C. ou de la Banque du Zaïre qui refuse une autorisation de change).

§.2 - L'élargissement du domaine de l'obligation de motivation et de publicité des décisions administratives individuelles

a - L'institution d'une obligation générale de motiver les décisions individuelles négatives

L'obligation de double examen en cas de décision négative implique, comme on vient de le voir, l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions. Le pétitionnaire doit être informé des objections soulevées par l'administration afin de lui permettre de formuler des observations supplémentaires. La règle classique "pas de motivation sans texte" devrait céder la place à la règle contraire, l'obligation générale de motiver toutes les décisions économiques individuelles qui, suivant les termes utilisés dans la loi française du 11 juillet 1979, "subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions...; refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir" ⁸³.

⁸³ La loi française n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et aux marchés financiers, déjà citée.

b - L'élargissement de la formalité de publicité des décisions administratives individuelles

Les actes administratifs individuels n'entrent normalement en vigueur qu'après leur notification aux destinataires. Or, les décisions d'autorisations ou de dérogations individuelles en matière économique n'intéressent pas nécessairement que les seuls pétitionnaires et peuvent avoir une sphère de rayonnement plus large. Elles peuvent, en effet, d'une part, avoir des incidences sur les rapports de droit privé entre ces derniers et les tiers ⁸⁴; d'autre part, être source de rupture de l'égalité entre les administrés. La notification n'est donc pas un mode de publicité suffisant à garantir les droits de l'ensemble des administrés puisqu'elle ne prend pas en considération l'intérêt des tiers intéressés à la décision administrative.

Aucune réglementation parmi celles que nous avons examinées plus haut n'apporte une réponse satisfaisante à ce problème, c'est-à-dire, une solution qui puisse concilier le droit à l'information des tiers intéressés avec la nécessité de discrétion des affaires.

L'avis du Conseil d'Etat belge sur le projet de la loi du 23 décembre 1988 n'a pas, par exemple, été suivi par le gouvernement ⁸⁵. Il suggérerait que les motifs et les dispositifs des décisions individuelles d'octroi des dérogations à l'obligation de constituer des réserves monétaires soient communiqués, sans indication du nom de la banque bénéficiaire, à

⁸⁴ La motivation de la décision de refus d'autorisation de change ou de licence d'importation peut, par exemple, renseigner le tiers contractant sur l'éventuelle négligence ou la faute commise par son cocontractant dans l'accomplissement des formalités administratives nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat.

⁸⁵ Avis du Conseil d'Etat du 28 octobre 1987, déjà cité à diverses reprises.

toutes les autres banques afin de permettre à ~~celles-ci~~ de défendre éventuellement leur droit à l'égalité de traitement ⁸⁶. La proposition du Conseil d'Etat était intéressante. Sa mise en oeuvre, qui constituerait une avancée certaine vers une meilleure protection des droits des administrés dans toutes les réglementations économiques qui reconnaissent aux administrations un pouvoir discrétionnaire de déroger aux dispositions légales ou réglementaires par voie de décisions individuelles, s'avère cependant très difficile. En effet, si la communication des motifs et du dispositif des décisions individuelles est possible à l'égard des administrés professionnels - par l'intermédiaire des associations professionnelles, notamment -, comment pourrait-on organiser une telle communication à l'adresse de l'ensemble des administrés? Il conviendrait dans ce cas de prévoir un mode de publicité plus large. A défaut de pouvoir techniquement organiser une telle publicité à travers le journal officiel, il faudrait, en effet, prévoir un autre mode de publicité qui puisse atteindre l'ensemble des administrés.

L'obligation qui incombe généralement à toutes les administrations économiques décentralisées de présenter des rapports annuels d'activité pourraient peut-être jouer un rôle.

§.3 - L'institutionnalisation d'un "rapport-exposé de la doctrine d'action"

Toutes les administrations décentralisées sont généralement astreintes à une obligation légale de présenter un rapport d'activité à la fin de chaque année. Généralement adressé aux autorités de tutelle ou tout simplement au public, ce rapport fait l'objet d'une publicité très

⁸⁶ Cf. avis précité, 34-35.

large et, pour certains d'entre eux, d'une obligation de publication au journal officiel ⁸⁷.

Le terme de "rapport d'activité" est un terme générique. On peut, du point de vue de leur contenu, distinguer deux types de rapports d'activité.

Dé par son objet, tout rapport d'activité comporte un élément "bilan", en ce sens qu'il fait un état, un résultat global ⁸⁸ des faits et des évolutions survenus dans le secteur d'intervention durant la période concernée ainsi que des actions et réactions en vue d'y faire face. Ce type de rapport annuel - que nous qualifions de "rapport-bilan" - est la justification publique de la façon dont l'administration décentralisée s'est acquittée de la mission de service public qui lui a été confiée. Dans tous les cas où l'administration économique se voit reconnaître des pouvoirs discrétionnaires de réglementation et de décision individuelle, le rapport-bilan est, nous semble-t-il, intellectuellement insuffisant à justifier la manière dont l'administration s'est acquittée de la mission de service public et des pouvoirs qui lui ont été confiés.

En effet, dans ce cas, la détermination du contenu des normes et des décisions prises dans le cadre de ces pouvoirs discrétionnaires est laissée à la libre appréciation discrétionnaire de l'administration. Puisque ce pouvoir de libre appréciation doit, néanmoins, s'exercer dans le respect du principe de la légalité et des finalités générales de la mission confiée à

⁸⁷ Cas du rapport de l'I.B.L.C., en Belgique: article 10 de l'ancien arrêté-loi organique du 6 octobre 1944; article 9 de la nouvelle loi organique mise en place par l'article 36 de la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire. V. le texte de cette loi, en annexe .

⁸⁸ Cf. Le *Petit Robert*, Dictionnaire de la langue française, éd. 1990, v° bilan.

l'administration, une justification satisfaisante de l'action administrative suppose au minimum l'indication de la part de l'administration du système d'interprétation et de référence - les sources et les méthodes - utilisé afin de tirer des règles et des décisions individuelles précises de compétences définies de manière générale par les lois d'habilitation. Il faut ajouter à l'élément-bilan du rapport un élément "explication de la doctrine d'action" (rapport-exposé de la doctrine d'action) ⁸⁹.

Celui-ci rend compréhensible les décisions qui sont prises aussi bien pour les destinataires que pour les tiers intéressés ⁹⁰ et permet un contrôle juridique effectif sur l'action de l'administration investie de la compétence discrétionnaire.

Sans pour autant révéler les noms des destinataires, la publication annuelle d'un tel rapport d'activité pourrait constituer l'occasion de donner une vue d'ensemble des motifs et du dispositif de toutes les décisions importantes qui ont été prises au cours de l'année.

On doit donc reconnaître, au vu des développements qui précèdent, que le problème de la protection des droits individuels des administrés ne se pose pas dans des termes aussi simples que ne le propose le discours juridique général du droit économique dans les domaines d'intervention où les administrations se voient reconnaître

⁸⁹ L'exemple le plus connu est, en Belgique, celui des rapports annuels de la Commission Bancaire et financière, qui ne se contente pas de l'analyse de la situation du secteur contrôlé, mais consacre une large part à l'exposé de la doctrine d'action de la commission, en ce qui concerne aussi bien l'élaboration des règlements que l'octroi des dérogations ou des autorisations individuelles. Cf. J. LE BRUN, Les normes professionnelles..., art. cit., 128 et sv.

⁹⁰ Ce qui permettrait à ces derniers de faire valoir efficacement leurs droits, notamment le droit à l'égalité de traitement.

des pouvoirs discrétionnaires de réglementation et de décision. Il est, en effet généralement enseigné qu'une amélioration de la protection des droits des administrés passe par une meilleure définition légale des pouvoirs de l'administration et du renforcement du contrôle exercé par le juge sur l'action administrative.

De telles affirmations sont sans doute intellectuellement exactes, mais s'avèrent très inapplicables en pratique dans de nombreux secteurs d'interventionnisme économique, tel que celui du contrôle des changes et d'autres secteurs que nous avons analysés plus haut. Dans ceux-ci, on a vu, en effet, que l'octroi aux administrations d'intervention de tels pouvoirs discrétionnaires relève d'une volonté délibérée des pouvoirs publics de leur laisser toute la liberté d'action, nécessaire à l'efficacité de l'action d'intervention des pouvoirs publics . Une redéfinition des prérogatives des administrations et des droits des administrés en vue d'un renforcement de la légalité n'est pas toujours possible si l'on veut sauvegarder cette liberté⁹².

D'autre part, on a vu que le juge de l'excès de pouvoir se gardait bien de censurer les appréciations de l'intérêt général faites par les administrations - ceci afin de ne pas tomber dans le contrôle d'opportunité des décisions de l'administration - ~~et que~~ le renforcement technique du contrôle exercé par le juge restait largement sans effet notable en matière d'amélioration de la protection des droits des administrés dans ces domaines .

⁹² Ceci explique, sans doute, que le législateur belge n'ait pas suivi les avis du Conseil d'Etat formulés à diverses reprises et tendant à une telle redéfinition.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Nous pouvons à présent conclure cette première partie de notre étude, en résumant les quelques résultats qui se sont dégagés de l'analyse approfondie du processus de production des normes et du fonctionnement réel de la réglementation du contrôle des changes et des paiements extérieurs.

En tant que branche du droit économique, la réglementation du change et des paiements internationaux participe à l'ensemble des caractères du droit économique qui ont depuis longtemps été relevés par la doctrine du droit économique et, notamment: l'importance de la source réglementaire, l'imprécision des règles légales et la fréquence des dispositions "de pure habilitation" qui laissent aux administrations d'intervention un pouvoir discrétionnaire de réglementation et de décision. Si ces éléments sont communs à l'ensemble du droit économique, on ne les trouve cependant pas suivant le même dosage dans chaque secteur.

Ainsi, si l'on se limite aux seuls secteurs d'interventionnisme économique qui ont été examinés plus haut, on peut, par exemple, constater le "règne" des normes d'origine législative dans des pans entiers du régime juridique du contrôle des intermédiaires et de l'épargne publique, confinant en quelque sorte le pouvoir discrétionnaire de réglementation de l'administration dans des domaines bien précis, ce qui est complètement l'inverse de la réglementation du change et du commerce extérieur, par exemple, dans lesquels la réglementation est presque complètement - en dehors des dispositions répressives - l'oeuvre du pouvoir réglementaire, suivant un mode de normalisation que nous avons qualifié de "réglementation par voie administrative".

Un autre trait de la réglementation du change qui mérite d'être relevé est la prédominance des impératifs de protection des intérêts

monétaires, financiers ou simplement politiques de l'Etat sur ceux de protection des intérêts individuels des administrés. Cette prédominance entraîne la reconnaissance aux administrations du change de pouvoirs discrétionnaires de réglementation et de décision individuelle, irréductibles à tout encadrement normatif dans lesquels ces administrations décident souverainement, y compris en pure opportunité, et sur lesquels le contrôle juridictionnel s'avère pratiquement inopérant.

Se trouvent ainsi confirmées les observations de M. J. LE BRUN, suivant lesquelles le droit économique "vivant" reste largement inconnu du public et même des juristes en raison de certaines difficultés d'investigation ⁹⁴ et qu'à défaut de vérifications spécifiques systématiques, diverses affirmations du discours juridique général à propos du droit économique "risquent fort de se transformer en pétitions de principe, voire en dogmes arbitraires" en raison justement, de la diversité et des particularités de celui-ci ⁹⁵.

Nous pouvons à présent, passer à l'examen d'un autre aspect du régime juridique de l'intervention des pouvoirs publics en matière de contrôle des changes et des paiements extérieurs, à savoir les problèmes juridiques que pose l'efficacité extra-territoriale de la réglementation du change et des paiements internationaux.

⁹⁴ Les "causes d'invalidité" évoquées par M. J. LE BRUN, à savoir: l'inaccessibilité des textes réglementaires et administratifs, l'inefficacité des contrôles politiques et juridiques - se retrouvent, on vient de le voir, en droit du contrôle des changes. V. J. LE BRUN, *Le droit de l'épargne publique et le droit économique*, Avant-propos à son ouvrage "La protection de l'épargne publique et la Commission Bancaire", op. cit., p. V.

⁹⁵ Ibid., p. VI.