



## SOMMAIRE

### ACTUALITES

La double crise malienne (sociale et institutionnelle) et ses implications juridiques

Interview de Me Mamadou KONATE ..... **3**

Libre propos sur l'usage du français comme langue juridique en Afrique noire ...

Dr Bakary DIALLO - Avocat ..... **5**

### ETUDES

L'Avocat africain face au défi des mutations du droit des affaires en OHADA

Dr Bérenger MEUKE & Me Mamadou KONATE - Avocats ..... **12**

Principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats-parties face à l'application des Actes Uniformes du droit OHADA

Dr Bakary DIALLO - Avocat ..... **16**

Un grave détournement de la loi sur le règlement préventif par le juge : le cas d'une suspension des poursuites individuelles ordonnée en violation de la loi et hors esprit du texte de l'AUPCAP de l'OHADA applicable

Me Mamadou KONATE – Avocat ..... **29**

### CHRONIQUES

Un débiteur forclus de son droit d'opposition peut-il contester devant une Cour d'Appel le bien fondé de l'ordonnance d'injonction de payer ? : Commentaire de l'Arrêt CCJA, 1<sup>ere</sup> chambre, arrêt n° 15 29 juin 2006, Affaire C.D c/ Société ivoirienne d'Assurances Mutuelles dite SIDAM ..... **36**

La saisie immobilière en OHADA vue par le Juge suprême : Note sous CCJA, ARRET N° 25 DU 15 JUILLET 2004, Dame M. C/ SOCIETE COMMERCIALE DE BANQUE CREDIT LYONNAIS CAMEROUN dite SCB-CL. Dr Bakary DIALLO - Avocat ..... **44**

### INFORMATIONS PRATIQUES

Le tiers face aux procédures collectives de type OHADA

Me Oumar BANE - Avocat ..... **49**

Sort du bail à usage professionnel en OHADA au décès du preneur

Me Bakary TOGORA - Avocat ..... **54**

Brèves de jurisprudence CCJA du premier semestre de 2012

Me Jérémie WAMBO - Avocat ..... **56**

### LU POUR VOUS

La pratique du juge malien face à la litispendance et la connexité

Dr Boubacar BADJAGA – Magistrat ..... **68**

L'article 156 de l'AUPSRVE de l'OHADA et sa mise en œuvre au plan jurisprudentiel

Me Jérémie WAMBO-Avocat ..... **81**

Du sens de l'article 14 de l'AUPSRVE

Me Jérémie WAMBO-Avocat ..... **89**

### LEGISLATION

Amélioration du climat des affaires au Mali : Que propose le nouveau Code des Investissements ?

Dr Bérenger MEUKE-Avocat ..... **91**

### JURIFIS INFOS SE LAISSER CONTER

Pr Joseph Issa SAYEGH

Me Aimé Christophe LABILE ..... **97**





**C**hers lecteurs, Notre pays va mal. Il va si mal que nous n'avons pas eu le moyen de tenir notre engagement vis à vis de vous, de vous servir en vous mettant à disposition la Revue « Jurifis Info » qui n'a pu vous parvenir bimestriellement.

D'ailleurs, sans vos soutiens et encouragements, de plus en plus nombreux, nous n'aurions pas pu poursuivre et terminer cette édition, spéciale de la revue, en même temps que c'est l'occasion pour nous de vous exprimer nos sincères remerciements, notre volonté ardente et notre totale disponibilité à poursuivre sur ce chemin de vous informer, de communiquer au sujet du droit et de sa pratique dans notre contenu.

La tâche que nous nous sommes assignés est loin d'être aisée. Pour autant, nous avons la conviction que c'est ensemble que nous y arriverons ou pas. L'équipe d'animation reste une fois de plus, à votre entière disposition et vous remercie d'ores et déjà pour tous les travaux que vous pourriez lui soumettre. Elle vous garantit de leur publication après validation bien évidemment du Comité scientifique.

Dans ce nouveau numéro, Jurifis Infos tente de faire le point sur la double crise malienne (sociale et institutionnelle) à travers quelques propos prononcés à l'occasion de diverses prises de paroles sur le sujet tant au Mali qu'à l'étranger.

Ces propos restitués sous forme d'interview réalisée par les soins de l'équipe, permet une fois encore de se faire une opinion sur la situation du Mali, en même temps qu'il est proposé quelques pistes de sortie de crise.

La Revue a abordé à votre demande, la problématique pertinente de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats-parties face à l'application des Actes Uniformes du droit OHADA. La question posée était de savoir s'il était possible d'envisager une harmonisation des règles de procédure des Etats-parties dans le but de tendre vers un modèle de procès O.H.A.D.A ?

Notre Collaborateur externe, Dr Bakary DIALLO, Avocat affirme à ce sujet que « *le principe d'une règle uniforme vaut sans doute au stade de son édiction, mais il peut considérablement céder du terrain lorsque, le principe de l'autonomie aidant, la mise en œuvre de cette règle devient « nationale » en la forme. Or, du fait de la prégnance des règles de procédure propres à chaque Etat-partie, du fait par ailleurs du risque de diversité de ces règles, s'il y a une mise en œuvre formellement nationale du droit O.H.A.D.A, il y a aussi, ipso facto, pluralité des formes applicables. Et, fatalement, l'édifice commun peut s'écrouler. Pour cette raison, le droit O.H.A.D.A se trouve inévitablement dépendant, voire à la merci des règles nationales.* »

Sur tout autre plan, nous nous sommes intéressés à l'Acte uniforme sur les procédures collectives et d'apurement du passif, notamment sur les cas possibles de détournement des procédures, plus spécifiquement dans la mise en œuvre de la mesure de suspension des poursuites individuelles (SPI) en cas de règlement préventif en OHADA.

A ce sujet, nous avons estimé que « *la SPI dans le cadre du règlement préventif a tout simplement fait la preuve de son inefficacité.* ». De notre point de vue, pour « *un débiteur aux abois par exemple, la mesure de SPI constitue naturellement une « bouée de sauvetage » mais aussi et surtout, une occasion redoutable de jouer « la montre », le « temps » et l'usure. Certains débiteurs spéculent ainsi sur la lassitude qui finira par gagner le créancier pour lui extorquer une « transaction dangereuse » aux engagements fort « déséquilibrés » et « léonins* ». Pour nous enfin, « *la SPI dans le cadre du règlement préventif a tout simplement fait la preuve de son inefficacité.* »

La sortie de ce nouveau numéro est également l'occasion pour nous de revenir sur la place et le rôle de l'Avocat africain face aux mutations de notre droit des affaires.

Dans cette opinion, Dr Bérenger MEUKE et moi même nous sommes avancés pour indiquer que « *face à la pression d'une demande de droit des affaires, toujours plus exigeante, à la multiplicité et à la complexité des sources du droit des affaires, à la multiplicité des Actes Uniformes issues du droit OHADA, à un exercice plus délicat et plus contraignant, l'avocat africain est plus que jamais confronté au défi de l'excellence, à l'impératif de performance, sous peine d'être en déphasage total avec le nouvel environnement juridico-économique qui se met en place.* »

Toujours dans cette édition spéciale, Me Oumar BANE a analysé les conditions de la responsabilité du tiers dans les procédures collectives de l'OHADA et Dr Bérenger MEUKE a levé un coin du voile sur le nouveau Code des Investissements du Mali qui concrétise une politique nouvelle, « orientative », sélective et incitative à l'investissement.

Enfin, dans le but de mieux servir, l'équipe d'animation a souhaité vous donner la parole dans une nouvelle rubrique intitulée « *Jurifis Info se laisser conter* ». Cette rubrique accueillera vos opinions, appréciations et jugements, positifs ou négatifs sur notre travail, dans le cadre de cette revue. Vos points de vue vont nous permettre de nous améliorer et d'améliorer de façon plus concrète le contenu de la revue, le choix des thèmes traités, le support de publication, la forme de la revue.

Bonne lecture

**Pour recevoir la Revue Jurifis Info par e-mail, écrivez à : [jurifisinfo@jurifis.com](mailto:jurifisinfo@jurifis.com) ou [bme@jurifis.com](mailto:bme@jurifis.com)  
Consultez la Revue en ligne : [www.jurifis.com](http://www.jurifis.com)**

# INTERVIEW DE ME MAMADOU KONATE

Réalisée par JFC



**JFC : Huit mois après le coup d'état militaire survenu au Mali en mars dernier, quel bilan pouvez faire de la situation qui prévaut actuellement au Mali?**

**Mamadou I. KONATE :** Huit mois après cet événement malheureux, on a toujours l'impression, vu de si loin, que les choses tournent en rond au point que l'on donne l'impression à ceux-là qui suivent de si loin l'actualité de notre pays, que nous ne sommes pas encore sortis du tourbillon. Il faut se rappeler que le Mali a dès le lendemain du coup de force, fait face aux nombreuses déclarations et prises de position, rappelant à la junte militaire, l'impossibilité pour elle de se maintenir plus longtemps sur la scène politico-institutionnelle. Pendant ce temps, les régions tombaient les unes après les autres au nord du Mali, laissant une large place à la terreur et au trafic de la drogue. S'y est ajouté la charia et sa compréhension la plus ignoble.

Tout cela a permis de rappeler de manière constante et sans ambages, le principe de la condamnation absolue de la prise du pouvoir par la force et autrement que par les urnes. Le Protocole CEDEAO sur la « Bonne gouvernance »

trouve toute sa place dans la situation du Mali. Ce texte a donné un parfait cadre à l'intervention et à la forte implication de la communauté des Chefs d'Etat de la CEDEAO et du médiateur désigné, le Président Blaise COMPAORE du Burkina Faso, pays voisin du Mali avec lequel nous avons une longue histoire dans le règlement de la crise malienne. Des condamnations les plus virulentes, à l'agression insupportable du Président Dioncounda TRAORE, assurant à l'époque l'intérim du pouvoir présidentiel, jusqu'aux phases les plus récentes, notre pays a donné et continue encore à donner une pâle image de lui-même et de son peuple pourtant capable de génie par ailleurs.

Toutes ces difficultés s'expliquent par le fait que les acteurs sont totalement opposés sur le seul dessein de sauvegarder qui des prébendes et des privilèges de pouvoirs, qui des pouvoirs et des positions qui ne se justifient aucunement. De même que les acteurs se refusent de manière obstinée à rendre des comptes quant à leur participation au système démocratique installé dès le lendemain du renversement du régime du Général Moussa TRAORE ; s'expliquer sur le processus suivant lequel ce système démocratique a été mené et conduit ; donner leur appréciation sur les conditions de l'élection durant les scrutins ouverts ; analyser le style de gouvernance en général, plus spécifiquement le consensus à la ATT qui a lancé l'idée reprise au bond par quasiment tous « Retrouvons ce qui nous unit » alors même que le pays s'est effondré, le peuple déchiré et le territoire disloqué, laissant le Mali au plan institutionnel comme dans l'abîme.

Tout cela donne une impression de grand amateurisme au plus haut sommet, ce qui a fait dire à certains, de manière très malhabile et maladroite, que notre pays souffrait d'un manque criard de leadership.

A côté de la question sécuritaire au nord du Mali, notre pays vit au sud une autre crise, plus que institutionnelle, de légitimité. Plus aucune autorité ne peut se réclamer du peuple qui a cessé de parler depuis fort longtemps. Une défection fort regrettable de ce peuple face à la chose publique est aussi à l'origine du désastre actuel. Le tableau est assez sombre et nous sommes réduits à tourner dans ce grand pays devenu subitement petit, en quête de la pitance dans un territoire et un pays, rebaptisé « tanyinibogou ».

**JFC : Que pensez-vous de l'envoi des troupes militaires au Mali pour combattre les rebelles armés du Nord?**

**Mamadou I. KONATE :** Face au danger qui s'étend tous les jours, nous n'avons plus d'autres choix que de tendre la main. Peu importe celui qui viendra au secours, pourvu qu'il soit capable de nous tirer d'affaire. Cela s'appelle en termes plus feutrés, la solidarité africaine. La CEDEAO assure le lead de ce dossier. Pour l'instant, elle a du mal à monter le plus convenablement son dossier qui a déjà été retoqué par-devant le Conseil de sécurité des Nations unies. Espérons que tout cela va être suffisamment repris en main avec l'entrée aux côtés du Mali et de la CEDEAO d'un membre permanent du conseil de sécurité, la France et son Président, François HOLLANDE. C'est

dommage que les questions d'intendance se posent encore à savoir si les forces africaines ou d'autres devraient stationner ou non à Bamako. Il faut simplement rappeler que le fait générateur de cette intervention est l'occupation des régions nord du Mali. Pourvu que ces forces soient le plus près de là bas pour vite les libérer et que les populations retrouvent leur quiétude et vaquent à leurs occupations. Pour ma part, plus aucun dialogue n'est possible. Quiconque s'y cramponnera devra payer le prix des exactions dont les populations du nord du Mali sont l'objet entre des mains et des pieds coupés, des corps lapidés, des coups de fouets, rien qui ne se justifie si ce n'est dans une interprétation très ignorante de l'islam, notre religion à nombre d'entre nous.

**JFC : Quelles solutions concrètes préconisez vous pour sortir le Mali de la double crise sociale et institutionnelle qui la secoue?**

**Mamadou I. KONATE :** Je pense que le Mali et les maliens devraient se réconcilier, du moins, durant ces phases délicates. Il est important d'être ensemble, dans le cadre des institutions de la transition, pour mener à bien cet objectif de remettre le pays dans le sens du droit, de la république dans un contexte de démocratie rénové et adapté.

Aminata Dramane TRAORE rappelait fort à propos que cette phase de transition ne doit pas consister au seul retour à un ordre constitutionnel, mais en une rétrospection assez complète du pays, de la nation dans toute sa physionomie. C'est aussi là un exercice auquel devrait s'adonner des intellectuels maliens, les traditionnels et les connaisseurs de ces questions. Je m'interroge sur le cadre, est ce qu'une conférence nationale est le meilleur cadre pour ce faire ?

**JFC : Quelles peuvent être les implications juridiques d'une telle crise?**

**Mamadou I. KONATE :** Au plan juridique, c'est l'occasion de mettre l'Etat et ses institutions totalement à nu. Il s'agit de rebâtir un nouveau cadre juridico-institutionnel pour notre pays, sortir ainsi du mimétisme qui a toujours guidé nos pas dans ce domaine. Malheureusement, la révision constitutionnelle entreprise par l'ancien Président Amadou Toumani TOURE devrait servir de meilleur cadre plutôt que d'introduire les langues nationales comme langues officielles ou même les allusions à la charte du mandé sans aucun objectif précis autre que démagogique ou encore l'institution d'un Sénat dans un contexte difficile et sans réelle utilité. Ceux-là qui ont conduit les travaux de cette réforme, notamment durant sa phase parlementaire ne devrait sans doute pas manquer de fierté.

**JFC : Quel rôle devrait, selon vous, jouer la CEDEAO face à une crise comme celle que connaît le Mali ?**

**Mamadou I. KONATE :** La CEDEAO devrait veiller à faire jouer les principes absolus en matière de démocratie, de gouvernance et assister un pays membre en « crise » à se tirer d'affaire. Le Mali est victime de ses propres incapacités, de ses défaillances et de son propre laisser aller. Tout cela s'est déroulé au vu et au su de tous, y compris de la CEDEAO qui, malheureusement ne dispose ni de moyens ni d'instruments lui permettant d'agir en amont. Il est fort dommage que cette institution n'intervienne qu'en aval, souvent sur la défensive, partisane, et très en retard de l'évolution des choses.

**JFC : Quelle est votre opinion sur la grave violation des droits hu-**

**ains au Nord du Mali?**

**Mamadou I. KONATE :** Jusque là nous avons assisté à la lecture de communiqués émanant d'institutions du gouvernement du Mali ou d'autres organisations, généralement de défense des droits de l'homme. Nul ne peut rester loin de cette situation et sans réagir. Plus que des communiqués, l'attitude des rebelles au nord du Mali ne s'assimile à rien d'autres qu'à des crimes odieux, graves et justiciables de la Cour Pénale Internationale. Au de là du gouvernement du Mali, les uns et les autres devraient plus s'impliquer dans la recherche de preuves en vue de la constitution de dossiers futurs. Il faut que toutes ces personnes qui se rendent coupables de tels agissements soient identifiées et identifiables. Que des preuves soient réunies, notamment par tous ceux-là qui sont des victimes en vie et qui ont pu s'échapper. Il est important de penser et de se préparer pour des procès à venir et dans un dessein pédagogique.

**JFC : Quel est l'état actuel de l'économie malienne?**

**Mamadou I. KONATE :** Des secteurs entiers de l'économie nationale sont inexistantes aujourd'hui. Le tourisme, les loisirs, le transport, l'hôtellerie et la restauration sont fortement touchés par cette crise dont on ne peut prédire l'issue. L'Etat, collecteur d'impôts doit être plus présent aux côtés de ces secteurs pour mieux appréhender leurs difficultés en vue de les résorber. Cette crise a mis à nu la faible présence des acteurs économiques maliens en dehors du territoire national. Ceci est une grosse défaillance qu'il faudra corriger. Une telle présence aurait sans doute donné plus d'élan pour mener et poursuivre des actions de plus grande envergure sur un territoire non plus national, mais communautaire.

**JFC : Peut-on toujours continuer à investir au Mali dans une telle situation?**

**Mamadou I. KONATE :** Bien évi-

demment, oui pour les plus téméraires. Il y en a bien qui ne se sentent bien qu'en période de crise et de trouble. Mais le mieux est d'investir dans un pays apaisé et calme. Le retour sur investis-

sement est nettement plus perceptible dans un tel contexte. Engageons nous dans les actions susceptibles de ramener la paix pour le retour des investisseurs.

## LIBRES PROPOS SUR L'USAGE DU FRANÇAIS COMME LANGUE JURIDIQUE EN AFRIQUE NOIRE...



**Bakary DIALLO**

**Docteur en Droit des Affaires  
Avocat au Barreau de Paris**

Du 12 au 14 octobre 2012 s'est déroulé à Kinshasa en République Démocratique du Congo (RDC), le XIV<sup>e</sup> sommet de la Francophonie qui réunit pas moins de soixante-quinze pays ayant, selon l'expression consacrée, « *le français en partage* ». Si au plan politique l'enjeu de ce sommet, instance suprême de l'organisation, est connu, cet événement est surtout l'occasion de livrer une réflexion originale sur l'usage de la

langue française en Afrique noire francophone en tant que langue de droit et d'instrument de communication judiciaire.

### **Le français et le droit comme héritages de la France coloniale..**

La langue juridique française s'est implantée en même temps que le droit en Afrique noire francophone, c'est à dire graduellement, selon des besoins spécifiques. Cette implantation est le résultat d'un long processus, multiséculaire d'expansion et d'hégémonie de la France.

Les Etats de l'Afrique francophone restent profondément marqués par leur histoire législative, elle même dominée par le principe de la « spécialité législative ». Ce principe a une origine qui remonte à l'Ancien Régime<sup>1</sup>. En effet, à cette époque : « *Les colonies étaient faites pour la Métropole* »<sup>2</sup>.

Concrètement les ordonnances royales n'étaient applicables dans les colonies que si le roi en avait expressément décidé et si le gouvernement, et à partir de 1787, les assemblées coloniales

avaient accepté de les enregistrer.

P. Lampué avait à ce principe de spécialité législative la définition suivante: « *un principe selon lequel les lois ne saisissent les territoires d'outre mer que si elles ont été faites précisément en vue de les régir ou si elles leur ont été étendues par une disposition spéciale contenue soit dans la loi elle-même, soit dans un décret...* »<sup>3</sup>.

Ce principe de spécialité législative a continué à régir les colonies africaines<sup>4</sup> malgré tous les avatars de régimes subis par la Métropole. Il a reçu des consécutions jurisprudentielles, par des arrêts de la Cour de cassation française qui ne laissent pas de doute quant à leur portée.

En 1959<sup>5</sup>, (c'est-à-dire pratiquement à la veille de la décolonisation), la Cour de cassation française a jugé coup sur coup que : « *la loi française, lorsqu'elle ne renferme aucune disposition la déclarant applicable audit territoire ne peut y être exécutoire que par un acte spécial de promulgation* » puis « *l'application à un territoire d'Outre-mer d'un texte légal ne peut résulter que d'une disposition législative expresse* ».

<sup>1</sup> Ce principe a été exactement consacré par les dispositions du Sénatus- Consulte du 3 mai 1854.

<sup>2</sup> V. C. LUSSAN, *Législation de sociétés dans les territoires d'Outre-mer et dans les territoires associés (AOF. AEF- Madagascar – Togo- Cameroun), 1953.20*. F. LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer, Paris, 1949* ; *Quelles sont les lois applicables de plein droit ? D, 1950.135*.

<sup>3</sup> P. LAMPUE, *Les lois applicables dans les territoires d'outre-mer, Penant 1950, p. 1*.

<sup>4</sup> P F GONIDEC, *Droit d'outre mer, Paris, Montchrestien, t 1, 1959*.

<sup>5</sup> Bull. civ. 1959, n° 4, p. 3 (P.G. Yaoundé c/ Fende) ; et Bull.Civ.1959, n°3, p.2 (P.G Yaoundé c/ Malika).

Fidèle à sa politique assimilationniste, la France a ainsi imposé ses lois et ses règlements graduellement, au compte gouttes, dans sa langue nationale sans se préoccuper des difficultés de réception d'un tel droit par les populations locales qui vivent avec leurs cultures endogènes. La France multipliait même les interdictions frappant les « parlers locaux ».

En 1924 par exemple, le gouverneur général de l'Afrique Occidentale Française (AOF), a, dans un arrêté, réaffirmé la politique linguistique de la France en ces termes : « *La langue française est la seule qui doive nous occuper et que nous ayons à propager. Cette diffusion du français est une nécessité. Nos lois et règlements sont diffusés en français* ». « *C'est en français que les jugements des tribunaux sont rendus. L'indigène n'est admis à présenter ses requêtes qu'en français* ». <sup>6</sup>

À cet arrêté, il faut ajouter cette autre circulaire dans laquelle était affirmée que : « *Le français doit être imposé au plus grand nombre d'indigènes et servir de langue véhiculaire dans toute l'étendue de l'ouest africain français* »<sup>7</sup>.

On ne peut cependant pas dire que cette politique et la philosophie d'assimilation par l'imposition de la langue étrangère qui la sous-tendait aient fonctionné de manière satisfaisante. La raison principale de cet échec tient au fait que le pouvoir colonial n'avait accepté d'ouvrir la voie de l'instruction qu'à un nombre très limité d'élèves indigènes, au demeurant soigneusement cooptés.

Cela a été ainsi le cas du moins jusqu'en 1944<sup>8</sup>.

Rétrospectivement, il est difficile de comprendre cette logique de schizophrénie politique et culturelle.

Du reste, les populations autochtones avaient de leur côté fait plus ou moins montre de résistance en manifestant leur réel attachement à leurs valeurs et cultures endogènes et en mettant en avant leurs langues maternelles et vernaculaires au détriment de la langue française qui leur était imposée.

Paradoxalement, dans le même temps, les missionnaires avaient, eux, fait le choix inverse en décidant d'évangéliser ces mêmes populations autochtones à travers leurs langues vernaculaires, avec un bien meilleur succès nous semble-t-il.

### **Le Choix d'une langue « véhiculaire » et non « vernaculaire »**

C'est très souvent l'argument de l'unité nationale et de la nécessité de la consolidation de l'Etat comme entité politique qui a été utilisé par le « constituant africain » postindépendance pour imposer le français comme langue officielle.

Dès les premières heures des indépendances, le constat était manifeste le corps social -l'Etat-nation- n'était qu'une représentation d'un ensemble indistinct et confus ayant pour seul postulat de base: une organisation politique et une délimitation

administrative. L'Etat africain ne s'est donc pas « construit », il a été « donné » et « tracé » sur des bases totalement arbitraires.

L'Etat-nation en Afrique n'a pas de statut ontologique, tant s'en faut.

Dans le continent pendant très longtemps, la Nation est apparue comme la plus vaste approximation empirique qui soit. En vérité, il était tout simplement impensable pour les autorités africaines nouvellement investies, qu'un Etat africain moderne digne de ce nom, parvenu à la conscience de soi, ne possédât pas une langue officielle conçue comme un véhicule de développement et comme une langue de communication avec l'extérieur. Sous cet aspect, c'est bien, l'idée même de l'État-nation calqué sur le modèle occidental qui a prévalu et s'est construite comme la négation de la tour de Babel<sup>9</sup>.

À défaut d'indépendance née sur un champ de bataille, ce fut le changement dans la continuité, la succession pacifique d'Etat à Etat. Pour éviter un vide juridique, les nouveaux Etats ont « recueilli » le droit français sans la moindre modification ni adaptation. C'est le transfert pur et simple des textes législatifs de l'Etat français prédécesseur à l'Etat africain successeur. Le principe n'est pas que théorique puisqu'il est consacré par les diverses Constitutions Etats noirs francophones<sup>10</sup>.

La législation coloniale passant sous une autre souveraineté devenait par

<sup>6</sup> Arrêté de l'AOF, 1. 4. 1924.

<sup>7</sup> Circulaire du gouverneur général de l'AOF 1. 04. 1924.

<sup>8</sup> C'est seulement à partir de la conférence de Brazzaville de 1944 que, grâce à l'aide du Fonds d'investissement et de développement économique et social créé en 1947, que le nombre d'enfants scolarisés connaîtra un essor important. Bien que le système scolaire demeurât très élitiste. Les taux d'accroissement moyens annuels des effectifs scolaires pour l'AOF seront pour la période 1950- 1956 de 10, 3 % pour l'enseignement primaire et de 18, 9 % pour l'enseignement secondaire. Ces mêmes taux passeront pour la période 1956- 1962 respectivement à 15, 3 % et 27%.

<sup>9</sup> Rien qu'au Cameroun on peut compter près de 200 langues ou dialectes nationales.

<sup>10</sup> La loi constitutionnelle du 3 novembre 1960 en Côte d'Ivoire énonce, par exemple, dans son titre XIII intitulé « Dispositions générales et transitoires », en son article 76 : « La législation actuellement en vigueur en Côte d'Ivoire reste applicable, sauf intervention des textes nouveaux ». Le même principe est repris par l'article 70 de la constitution du Sénégal, la constitution Togolaise en son article 60, la constitution centrafricaine en son article 45. C'est le même texte que l'on retrouve au Gabon, au Tchad, au Congo, au Cameroun etc.

cela même juridiquement autre; elle est devenue la législation de l'Etat nouveau : l'Etat africain.

C'est donc très naturellement que les tribunaux ont continué d'appliquer le droit colonial et de parler la même langue juridique que la France, la « mère patrie ».

C'est ainsi que le code de procédure civile de 1806 est celui qui est aujourd'hui encore en vigueur dans de nombreux pays d'Afrique noire francophone. C'est également ainsi qu'avant l'entrée en vigueur du Traité de l'OHADA de 1993 de Port Louis qui a consacré le droit uniforme des affaires dans l'espace géographique de l'Afrique noire francophone, le droit positif dans de nombreux pays africains en matière commerciale était encore constitué par le Code de commerce français et des lois modificatives et subséquentes intervenues en France jusqu'en 1960.

Même si, en la matière, le Sénégal et quelques rares pays se sont distingués en élaborant de véritables codes, la grande majorité des Etats africains sont restés « scotchés » aux textes hérités de la colonisation. Si bien que certains juristes ont pu parler avec justesse me semble-t-il : d' « *une Afrique des Codes napoléoniens* »<sup>11</sup>.

Ainsi donc, il semblait exclu que dans les premières heures de leurs indépendances, les jeunes Etats décolonisés puissent concevoir un système juridi-

quement, économiquement et culturellement indépendant à partir du moment où ils ont accepté le postulat de développement proposé par l'ancien colonisateur. En conséquence, ils ont été obligés d'importer très largement le droit et de cette nouvelle économie et de cette autre culture<sup>12</sup>.

Parmi les raisons de l'emprunt d'un droit de type occidental et particulièrement français, les plus solides et sans doute les plus immédiates sont les raisons économiques. La dépendance économique intrinsèque des jeunes Etats africains avec l'ancienne métropole était manifeste. Le besoin de capitaux étrangers, d'entreprises et de technologie étrangères oblige à promulguer des Codes d'investissement, de maintenir une législation commerciale et des sociétés, un droit du travail, voire un droit de la propriété foncière, directement inspirés d'un droit connu porté par une langue-« véhiculaire » et non « vernaculaire »-pour donner confiance aux entreprises des pays développés et pour permettre aux techniques de crédit de fonctionner « normalement ».

Pour la France, la problématique de l'adoption du français comme langue juridique s'est posée en des termes totalement différents.

L'adoption du français comme langue du droit répondait naturellement à un souci légitime de rapprochement et de l'accès au droit au plus grand nombre pour plus d'intelligibilité de la norme juridique. Le législateur français a

ainsi cherché à faire parler dans « *la langue familière à tout le monde* »<sup>13</sup>, au fond de la conscience citoyenne avec la culture et la langue communément parlée. En Afrique, l'adoption du français comme langue officielle et parlant comme langue du droit opère rigoureusement l'effet inverse, en accentuant le décalage entre les destinataires de la règle de droit et l'expression de la volonté du législateur.

C'est singulièrement cette union intime du droit et de la langue, cette résonance particulière avec la conscience juridique et citoyenne qui font surtout défaut à l'Afrique dans le domaine juridique.



### Une langue juridique et judiciaire inadaptée et inaccessible...

Dans une réflexion sur l'ontologie du droit, un certain courant de pensée explique que le droit serait déterminé par la langue<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> V. Me L. TSHIYOMBO KALONJI, *Réflexions sur la capitalisation de l'adhésion prochaine de la République Démocratique du Congo à l'OHADA*, in *ohada.com*, p. 6.

<sup>12</sup> Mais en définitive, ce sont les peuples qui font le droit- le vrai droit: celui qui est vécu – que ceux-ci changent difficilement – mais encore plus facilement leurs comportements économiques que leurs comportements sociaux- ceux-ci dégagent des forces de réaction contre les nouveaux modèles, économique et culturel. Certains traits en sont acceptés, d'autres rejetés, d'autres encore synerétisés avec des traits des modèles d'origine.

<sup>13</sup> H. PEYRE, *La royauté et les langues provinciales*, Thèse, Les Presses Modernes, Paris, 1933.

<sup>14</sup> Ce thème a été creusé dans la littérature germanique. V. l'étude remarquable d'Enrique P. Haba, in *Arch.phil.*, t. 19, p. 257 et s. *Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langue* ;

Pour ce courant, c'est la langue qui, en tant qu'elle possède une énergie propre, imposerait sa propre nature au droit, de telle sorte que l'usager, loin d'être un acteur, serait plutôt sous sa domination.

Pour ce qui est du justiciable africain ordinaire, non instruit de surcroît et sujet de droit, il subit en plus de la domination de la langue celle du droit matériel.

La dépossession du justiciable africain se fait d'abord par l'intermédiaire du support de la langue du droit qu'il ne parle pas, mais ensuite par un langage ésotérique qui n'est accessible qu'aux seuls spécialistes. La langue française et le jargon juridique contribuent ainsi doublement à placer le citoyen justiciable africain non-instruit à grande distance de toutes les règles de conduite qui le régissent au premier chef. Il est ainsi, dépossédé matériellement de son droit et l'usage d'une langue qui lui est étrangère l'empêche de retrouver un rôle actif en cas de contentieux. Car le discours juridique agit alors sur lui comme un écran repoussoir<sup>15</sup>.

Au Canada par exemple, dans les colonies de Québec et d'Acadie qui ont également reçu le droit français en héritage, la coexistence de deux langues et de deux systèmes juridiques place la traduction et, aujourd'hui la corédaction, au cœur des règles qui président la rédaction des lois et au centre de deux entreprises symétriques : la *Common law* en français et le *civil law* en anglais<sup>16</sup>.

Certains Etats africains ont adopté une langue officielle correspondant à la sociologie de la population, même si la langue choisie s'accompagne de la langue de l'ex-puissance coloniale. Le Cameroun est le seul pays de l'Afrique noire francophone à avoir deux langues officielles inscrites dans sa constitution. On peut également citer le cas de la Mauritanie et de certains Etats d'Afrique du nord qui ont choisi l'arabe comme langue officielle en plus du français parlé dans ces pays.

En Afrique noire, on peut relever l'exemple de la Somalie qui a pour langues officielles le Somali et l'arabe et le cas de la Tanzanie qui a opté pour le Swahili.

Mais, l'écrasante majorité des autres Etats d'Afrique noire francophone a rejeté cette logique de recours aux langues nationales.

Il est tiré systématiquement argument du fait de l'existence d'une multitude d'ethnies et de langues dans ces territoires pour éviter de choisir parmi celles-ci, celle qui sera la langue officielle, sans susciter de graves tensions internes. Face à cette difficulté de choix cornélien, il est alors apparu plus commode de recourir à la langue de l'ex-puissance coloniale.

Ce choix politique a eu le don d'irriter le Pr. Cheikh Anta Diop, grande figure de l'authenticité africaine, qui affirme dans un discours prononcé à Niamey en 1984 que : « *C'est une illusion qu'il*

*faut perdre, chaque fois que nous choisissons une langue étrangère pour administrer un Etat, nous perdons d'office la bataille du développement ! Car, en procédant ainsi, seuls les 10 % de la population qui ont été scolarisés peuvent agir ; et ils sont obligés de traîner comme un boulet les 90 % restants* »<sup>17</sup>.

Au demeurant, y a-t-il vraiment beaucoup à attendre d'un texte de droit écrit dans une langue savante et étrangère, dans des pays où le nombre d'analphabètes dépasse allégrement 80 % de la population<sup>18</sup> ?

La langue juridique et judiciaire doit être accessible, elle doit parler intimement à la conscience juridique et citoyenne.

Il y a là un constat et une pétition de principes élémentaires.

Un constat pour ses utilisateurs et une pétition de principes pour les autres, ceux qui voudraient naturellement bien comprendre.

Malheureusement, le législateur africain est rarement allé au-delà des pétitions de principes pour assurer l'accessibilité et l'intelligibilité de la langue juridique et judiciaire.

Or il ne peut y avoir de rapports juridiques sécurisés si les droits et obligations des uns et des autres ne sont pas connus avec précision. L'on ne saurait davantage éviter les litiges, lorsque les co-contractants, dans un ordre juridique donné, ignorent les textes qui fondent et limitent leurs prétentions.

<sup>15</sup> *L'écran devient repoussoir lorsqu'il s'aggrave de tous les travers que Montaigne dénonce vertement dans les lois l'obscurité qui par malice, ignorance ou prétention « enfrasque et embrouille » le discours « Pourquoi est ce que nostre langage commun, si aisé à tout autre usage, devient obscur et non intelligible en contrat et testament, et que celui qui s'exprime si clairement, quoy qu'il die et escrive, ne trouve en cela aucune manière de se déclarer qui ne tombe en doute et contradiction ? .. »*

<sup>16</sup> *Sur les méthodes de rédaction canadiennes, à l'échelon fédéral, voir Lionel A. LEVERT, Bilingualisme législatifs, un enjeu et un pari, in Français juridique et science du droit, Bruylant, 1995.*

<sup>17</sup> *Rapporté par le journal Courrier international 9 novembre 2005.*

<sup>18</sup> *Selon l'office des statistiques de l'UNESCO, l'Afrique noire est l'une des zones du monde particulièrement touchées par l'analphabétisme. A l'appui de ces déclarations, des chiffres sont avancés. La Guinée, le Mali, le Niger comptent environ un taux de 50 % d'analphabètes, ce pourcentage atteint 50 à 59 % au Burkina Faso, entre 70 et 79 % au Bénin, au Tchad, en Mauritanie, au Sénégal, entre 80 et 89 % en Côte d'Ivoire, entre 90 et 94 % en Centrafrique. Sources : Peuples et Solidarité, n° 273, novembre 1990.*

Et comment le juge parviendra-t-il à vider de manière objective le litige dont il est saisi, si les différents protagonistes n'ont pas une idée exacte du contenu et l'incidence des lois et règlements en vigueur ?

Ces questions ne sont pas que théoriques !

Aujourd'hui encore, l'inadaptation du droit en Afrique se traduit par la révolte des faits et des comportements sur les normes juridiques, ce qui favorise dans bien des domaines, des situations de non-droit dont la perpétuation fait douter de la capacité du droit et de la loi à s'acclimater dans des sociétés africaines. Et à bien y réfléchir, le constat n'a rien d'étonnant. Le droit est un phénomène dont le rôle varie selon les types de société. Cela est vrai dans le domaine économique et, tout spécialement, s'agissant de l'activité micro-économique des entreprises avec le développement exponentiel du secteur dit informel ou non conventionnel.

### **La langue française, comme instrument de dépossession du justiciable et de l'usager du droit**

La question de la langue juridique qui se pose pour le droit substantiel est aussi susceptible de se poser au plaideur africain dans le cadre d'un procès. La langue du procès en Afrique francophone est caractérisée par un enchevêtrement : elle inclut à la fois la langue officielle le français mais aussi la langue de spécialistes avec un jargon

bien déterminé pour les initiés.

Or, plus qu'un instrument de communication, la langue dans le cadre d'un procès doit transmettre une prétention à travers une « conscience juridique et judiciaire » ainsi qu'une identité culturelle qui facilitent subséquemment l'adhésion des justiciables aux décisions rendues.

#### *Le justiciable un acteur passif de son procès*

La justice dans les Etats africains on l'aura compris, signifie en effet des lois, des textes, des codes que les populations majoritairement analphabètes ne savent pas lire encore moins appréhender. Ce droit matériel heurte très souvent la tradition juridique intériorisée, quand il ne la contrarie pas. On comprend les difficultés de ces populations par rapport aux populations des pays occidentaux qui, elles, ont « la chance » de parler et de comprendre la même langue que leur juge.

Ainsi, la loi applicable en France est rédigée en langue française : il en est ainsi depuis l'ordonnance de Villiers-Côterêts d'août 1539. Par cette ordonnance, François 1er a décidé que tous les actes judiciaires seraient désormais « *prononcés, enregistrés et délivrés aux parties en langage maternel français et non autrement* ».

Dès lors, comment un justiciable peut-il aisément accepter une décision de justice alors même qu'il ne peut la comprendre que par l'intermédiaire

d'une tierce personne ?

C'est assurément là, le phénomène le plus inhibitif pour le justiciable africain, par ailleurs pauvre et analphabète.

Ce langage hermétique du droit et de la justice fait de ce plaideur ordinaire un spectateur plus qu'un acteur de son propre procès. Ce n'est là pas le moindre paradoxe qui fait que, devant les tribunaux, au lieu d'assumer sa fonction d'outil de communication, au lieu d'assurer une relation d'échange entre interlocuteurs, la langue sépare la justice du justiciable et serve d'instrument de domination.

N'y a-t-il pas comme une contradiction entre un procès dominé par l'usage d'une langue et/ou d'un langage d'exclusion réservés aux seuls initiés<sup>19</sup> et la philosophie du procès, lieu de débat public, d'expression, d'échange de paroles des protagonistes ?

#### *b- La dépossession du justiciable*

La langue par ses éléments matériels : la parole ou l'écrit, apparaît donc comme un instrument de puissance et de contrôle. L'observation de la langue du procès éclaire, à ce titre, la nature des liens entre l'institution judiciaire et le plaideur africain.

Notion polysémique, le procès constitue dans l'entendement commun comme un moyen de résolution ou d'apaisement des conflits et des litiges.

<sup>19</sup> P. BOURDIEU, *La distinction, critique sociale du jugement*, Les Editions de Minuit, 1979.

Ce sont des individus en conflit, qui décident de confier son règlement à un tiers: le juge. Cette relation triangulaire revêt alors deux situations: soit le juge dirige la production des éléments requis pour la prise de décision, soit il laisse aux parties cette charge.

Un partage des rôles s'opère entre le juge et les parties, selon la nature du litige. La procédure civile ou commerciale étant de type accusatoire, le juge n'a pas à intervenir dans la recherche ou la production des moyens de preuve. La marche de l'instance est laissée à la discrétion des parties.

Néanmoins ce principe supporte un tempérament puisque le juge peut demander des précisions supplémentaires aux plaideurs tout comme il peut exiger de produire telle ou telle autre pièce en la possession de l'une ou l'autre des parties au procès.

Le contentieux commercial règle lui les conflits d'intérêts privés. L'instance est donc diligentée par les parties elles mêmes. Le procès répressif lui, concerne la défense de l'ordre contre ceux qui le troublent. La procédure est instruite secrètement par un juge, et l'audience laisse une large place à l'oralité. Quant au contentieux administratif, il assure le règlement des litiges opposant les particuliers à l'autorité administrative, la présence d'un justiciable public impose une instance secrète, écrite, dirigée par un magistrat.

Mais fatalement, dans un cas ou dans l'autre, l'écrit et l'oral s'associent pour déposséder le justiciable quelque soit le type de contentieux. La prise ou la perte de la parole est régie par les règles de la procédure. Parler de dépos-

session par perte de la parole équivaut alors à parler de dépossession par le formalisme procédural. Ce retrait de la parole intervient aux deux stades du litige, lors de la phase écrite et lors des audiences.

Durant la phase écrite, le plaideur ordinaire est dépossédé par l'intervention d'un tiers, seul habilité à accomplir les actes écrits de procédure, ou par son incapacité en tant que profane ou analphabète, à rédiger l'acte juridique exigé. Tandis que dans la phase orale, le juge doit pouvoir entendre les parties qui opposent leurs prétentions respectives à la suite d'une discussion contradictoire<sup>20</sup>. Ce dialogue est d'ailleurs prévu et organisé par les règles de procédure civile, le tout en conformité avec le principe du contradictoire.

La contradiction, essence de la procédure civile, en constitue la « clef de voûte ». Deux plaideurs en conflit saisissent le juge pour faire régler leur différend. Pour résoudre cet antagonisme, chacun apporte au tiers impartial qu'est le juge des « pièces à conviction », des documents visant à emporter la conviction du magistrat mais aussi des arguments. Ces éléments sont échangés, appréciés, discutés. Destinée à garantir la loyauté de la discussion entre les parties à l'instance, la contradiction suppose un échange de document, de propos par l'intermédiaire du tiers, le juge.

La réglementation du débat contradictoire est souvent rigide voire technique. Le dialogue judiciaire porte sur l'interprétation du droit qui se fait dans un langage spécifique et technique. Le justiciable ne peut pas participer seul à l'expression de son argumentaire, il doit recourir à un intermédiaire, le plus

souvent un tiers qui est nécessairement un avocat.

Or l'observation empirique du procès africain révèle à la fois la situation de dominé dans laquelle se trouve le justiciable, dans ses relations avec la justice. Plus généralement, le litige oscille entre la recherche d'une « clôture », d'une disparition du conflit social dans « la langue du juge », et la poursuite de la compréhension et de l'acceptation de la décision par le justiciable, ce qui nécessite l'usage d'une langue accessible et intelligible.

La première idée recueillie par cette observation du procès ou du litige judiciaires en Afrique, porte sur le fait que la langue exprime la domination du juge, par deux aspects :

D'une part, elle renvoie au français, langue nationale et officielle de l'ex puissance coloniale. Or traditionnellement, la langue française est perçue comme un instrument de domination psychologique. Restée présente dans l'imaginaire africain, cette idée de la langue française perçue comme une arme du colonisateur se retrouve matérialisée dans l'impérialisme du juge.

D'autre part, l'usage d'un langage ésotérique accroît cette impression. Le particularisme de la relation triangulaire constituée par le litige judiciaire fait que le justiciable cherche à convaincre le juge, tiers intermédiaire, qui prend la décision. Le juge, tiers impartial qu'il faut persuader, se retrouve ainsi dans une position de pouvoir. Son discours est dominant non seulement en raison de son impérialisme et de la nature de la mission qui lui est conférée : il clôt le débat par sa décision, mais aussi en raison de sa parfaite maîtrise

<sup>20</sup> Placer la notion de litige au centre de la définition du contentieux, c'est admettre que l'instance met en présence des parties qui opposent leurs prétentions respectives par une discussion contradictoire.

de la langue et le langage juridiques, instrument principal du procès.

La nature dialectique du règlement judiciaire du litige, les règles de déroulement du procès, conduisent naturellement le juge à donner à chaque litigant la possibilité de s'exprimer au cours du débat. Or, si celui-ci porte sur le droit, mieux, sur l'interprétation de la norme, la langue employée est donc forcément juridique et technique. Le justiciable profane (qui est dans 80 % des cas analphabète) ne peut pas y participer, et le recours à un tiers se révèle presque incontournable pour lui. L'assistance d'un avocat, apte à utiliser le langage juridique, devenu pour la circonstance à la fois défenseur, conseiller et interprète, finit de déposer entièrement le justiciable de son conflit.

Happé par le système, ne pouvant s'exprimer ni même comprendre ce qui se passe, le plaideur abandonne la défense de ses intérêts entre les mains d'un professionnel du droit. Cette confiscation de la parole et de l'écrit le rend impuissant à influencer personnellement sur la prise de décision. Le débat finit par se dérouler sans lui et entre professionnels. Le conflit disparaît par son traitement dans une langue étran-

gère et de surcroît technique. Le procès véhicule alors à ses yeux le code dominant qui veut lui appliquer les règles juridiques mais aussi lui imposer les règles du « bien parler », du « bien penser » et de la belle rhétorique. Le justiciable profane est de fait soumis à une sorte de dictat dans une « autre » culture qui n'est pas la sienne.

Tout en étant motivé et expliqué, le verdict apparaît bien trop souvent comme le résultat d'un soliloque ultime du juge et la rédaction de la décision sous forme syllogistique achève de lui laisser l'impression de recevoir un message secret voire mystique issu d'un rituel entretenu par le fonctionnement obscur d'un système.

La nature dialectique du procès est ainsi faussée. C'est un combat singulier qui cesse faute de combattant (par effondrement ou abandon de l'adversaire).

En vérité, la dépossession du justiciable n'est pas directe, par le seul emploi d'une langue juridique particulière, mais, elle est graduelle, inexorable et fatale.

En définitive, plus personne ne réclame sérieusement l'abandon de la langue française comme langue de travail.

Mais, faute d'avoir entrepris et gagné la mère de toutes les batailles : *l'instruction et l'éducation à grande échelle des populations africaines*, le législateur africain doit autant que faire ce peut, traduire les textes dans les principales langues vernaculaires lorsqu'elles sont écrites.

Contrairement aux idées diffusées, le divorce entre les populations et la justice, n'est pas seulement d'ordre pécuniaire et matériel. Il procède également d'une donnée de culture et de perception. La prise en compte de cette donnée par une organisation comme la francophonie est incontournable. Prendre conscience de ces réalités n'est pas s'aventurer dans une voie critique; c'est constater que le prétoire est déserté par les principaux intéressés.

L'acuité du sujet est telle que certains auteurs suggèrent de reconnaître aux analphabètes un statut particulier d'incapables juridique.

Mais on ne saurait sérieusement soutenir une telle thèse, éminemment critique à bien des égards.

Qu'advierait-il d'une société composée à 80% de personnes qui seraient déclarées incapables juridiques ?

# L'AVOCAT AFRICAIN FACE AU DEFI DES MUTATIONS DU DROIT DES AFFAIRES EN OHADA



**Mamadou KONATE, Avocat Associé JURIFIS CONSULT**

Le droit des affaires a été défini par M. PEDAMON comme « une technique de gestion et d'organisation au service de finalités économiques, sociales, politiques et culturelles de l'entreprise. »<sup>21</sup>

Pris dans ce sens, le droit des affaires permet d'assurer la mise en place du cadre juridique des activités économiques.

Les différentes réformes du droit des affaires en Afrique se situent dans cette perspective.

Le droit des affaires est aujourd'hui au cœur du vaste mouvement dialectique de mondialisation, qui se traduit par le contournement des Etats et des territoires mais aussi par le renforcement des traits et des cultures propres à chaque nation dont les systèmes juridiques constituent l'une des manifesta-

tions majeures.

Il faut rappeler que les cycles de l'évolution du droit des affaires sont particulièrement longs dans tous les pays du monde et cela est sans doute encore plus vrai en Afrique où le rôle du droit et de la réglementation est un facteur essentiel de tout projet au niveau macro ou microéconomique.

La réglementation du droit des affaires est en mutation un peu partout dans le monde.

En Afrique, nous assistons depuis quelques années à un processus d'harmonisation - voire d'uniformisation - de la réglementation qui s'est soldé par la mise en place du droit des affaires de l'OHADA déjà en vigueur dans 17 Etats.

C'est en prenant en compte l'évolution du droit en général et les mutations du droit des affaires en particulier, au cours des dix dernières années que l'on peut raisonnablement imaginer les défis que l'Avocat d'aujourd'hui doit relever.

Depuis le XX<sup>ème</sup> siècle, les Avocats jouent un rôle majeur dans l'émergence du droit des affaires et dans la montée en puissance des marchés.

Leur rôle a été profondément modifié par plusieurs évolutions récentes qui ont d'ailleurs entraîné une « industria-



**Bérenger MEUKE, Docteur en Droit des Affaires, Avocat**

lisation » du droit des affaires.

Jusque dans les années 1990, la qualité d'un chef d'entreprise africain était encore mesurée à sa capacité à comprendre et souvent à se jouer de la réglementation et du droit plutôt qu'à ses compétences en matière économique, financière ou encore de management.

Longtemps considéré par les entreprises comme un mal nécessaire qu'il fallait consulter le moins possible, plutôt que comme un bien, l'Avocat est devenu de nos jours l'assistant quasi-indispensable de la majorité des entreprises.

D'ailleurs, les Etats Unis, le Japon et même les pays de la communauté européenne, ont tous compris la nécessité de l'intégration de la profession d'Avocat dans leurs stratégies économiques et commerciales.

<sup>21</sup> M. Pédamon, *Droit commercial*, Dalloz (Précis) éd. 1994, n°71 p. 59.

L'Avocat n'est donc plus un luxe, mais une nécessité. Il est l'outil juridique indispensable dont une entreprise bien structurée ne peut se passer de nos jours.

Si le droit est aujourd'hui de plus en plus au cœur de la stratégie de l'entreprise, l'Avocat est « la dynamo » de ce droit.

Le métier d'Avocat a subi, au cours des dernières décennies, de profondes mutations dont les effets n'ont pas fini de se faire sentir. Globalisation, dérégulation, concentrations et intégrations verticales, révolution numérique et nouvelles technologies, implication croissante des Avocats dans le lobbying et le conseil en stratégie des entreprises, émergence de nouvelles disciplines, sont autant de facteurs qui participent d'un processus qu'il n'est pas exagéré de qualifier de métamorphose ou de révolution culturelle.

En effet, face aux mutations économiques, technologiques et sociales auxquelles l'entreprise est quotidiennement confrontée, face aux défis professionnels que l'entreprise souhaite relever, l'Avocat est pratiquement le seul partenaire juridique valable pouvant offrir les garanties indispensables de confidentialité, de compétence, d'indépendance et de responsabilité.

Le rôle de l'Avocat ne pouvait alors qu'évoluer. Désormais plus qu'un plaideur il doit être un conseiller ouvert aux enjeux économiques des entreprises et apte à les aider à réaliser leurs objectifs. De simple spectateur, l'Avocat moderne est devenu un conseiller actif et joue de plus en plus souvent un rôle décisif.

Cependant, face à la pression d'une demande de droit des affaires, toujours plus exigeante, à la multiplicité et à la complexité des sources du droit des affaires, à la multiplicité des Actes Uniformes issues de la réforme OHADA, à un exercice plus délicat et plus contraignant, l'Avocat est plus que jamais confronté au défi de l'excellence, à l'impératif de performance, sous peine d'être en déphasage total avec le nouvel environnement juridico-économique qui se met en place.

Face aux mutations du droit des affaires, l'Avocat moderne doit faire des business plan, se préoccuper tant de marketing que de prix de revient et diriger une entreprise « commerciale » tout en veillant à perpétuer l'éthique de la profession.

Il doit identifier les risques juridiques, fiscaux, réglementaires et permettre l'optimisation des avantages attendus d'une transaction. Il devient donc un acteur aux côtés de son client, se profilant d'ailleurs comme un partenaire. Mais il doit aussi se profiler sur un marché de plus en plus ouvert et donc concurrentiel. Il s'agit d'être meilleur, plus rapide, plus créatif et moins cher. L'Avocat doit apporter par ses conseils une valeur ajoutée et trouver des solutions.

Les mutations du droit des affaires se sont manifestées par une réforme d'ensemble du droit des affaires en Afrique avec l'élaboration de plusieurs Actes Uniformes afin de garantir la sécurité juridique et, par la mise en place d'institutions telles que la CCJA dans l'optique de garantir la sécurité judiciaire. Ce que le client souhaite fondamentalement obtenir aujourd'hui de son Avocat

c'est à la fois une aide dans ses transactions et l'assurance d'un risque juridique identifié et contrôlé.

Le client veut des solutions et non plus simplement un avis qui le laisse seul face aux décisions à prendre. L'Avocat doit donc jouer un rôle de guide permettant à son client de contourner les obstacles sans risque et de réaliser ses stratégies d'entreprise.

L'Avocat doit donc faire preuve non seulement de connaissances techniques mais aussi d'une excellente compréhension du métier de son client. Ce dernier élément implique la connaissance du secteur d'activité, des contraintes de concurrence, de l'évolution du métier et du marché, etc.

L'Avocat vit donc un changement inexorable et une accélération exponentielle dans la pratique de sa profession qui ne connaît pas une simple évolution, mais une véritable révolution.

**L'impératif de formation** - Face au défi des mutations du droit des affaires, l'Avocat doit régulièrement mettre à jour l'ensemble de ses connaissances pour être à la hauteur de la mission qui lui sera confiée par son client.



En effet, la particularité du droit OHADA apparaît par l'ampleur de l'intégration communautaire qu'il propose. C'est la première fois qu'est mise en œuvre l'harmonisation des règles juridiques relatives au droit des affaires, à l'échelle d'un continent.

Il ne s'agit plus seulement de consacrer la primauté du droit communautaire sur le droit national, mais de la substitution du droit communautaire au droit national ainsi qu'une institution unique de contrôle des différends (CCJA). C'est donc tout l'environnement juridique et judiciaire des affaires en Afrique qui a été considérablement bouleversé.

Il revient dès lors à l'Avocat de prendre la mesure de cette importante mutation en intégrant désormais cette nouvelle dimension du droit des affaires.

Pour y parvenir, l'Avocat doit impérativement mettre un accent particulier sur sa formation, afin de pouvoir maîtriser au mieux les mécanismes issus des dernières évolutions du droit des affaires.

D'ailleurs, seule une parfaite connaissance et une maîtrise complète des nouvelles normes et institutions permettra de garantir une application efficace du droit des affaires en OHADA.

Seule une formation adéquate et continue pourrait lui permettre de jouer le rôle qui est le sien dans la mise en place des normes qui régissent le droit des affaires et garantir aux entreprises un accompagnement approprié à leurs besoins.

La nécessité de prioriser la formation au sein de la profession d'Avocat ne fait pas de doute. L'adhésion au principe de la formation est déjà la règle de plusieurs ordres professionnels et d'un grand nombre de Barreaux d'Europe et même d'Amérique.

En France par exemple, cet impératif de formation fait désormais partie des obligations mis à la charge de l'Avocat, qui est tenue de justifier chaque année d'une vingtaine d'heures de formation.

Il est donc peut être venu le moment pour les différents Barreaux africains, en partenariat avec les universités, de prendre les dispositions nécessaires afin de mettre en place des cycles de formations permettant aux Avocats d'acquérir très rapidement, les aptitudes nécessaires pour faire face à une branche du droit en constante évolution.

Si le débat « connaissances vs. compétences » fait rage dans les discours médiatisés, il est important de réaliser à quel point les deux sont intrinsèquement liés dans notre cas. Une grande part de notre savoir nous est acquise, par notre formation antérieure et notre expérience. Une part demeure cependant constamment à être actualisée, peaufinée, adaptée...

Il semble démontré qu'il n'y a pas d'apprentissage sans imagination et que l'intelligence, dite « fluide », opposée à l'intelligence « cristallisée », peut s'exercer à l'école. Il nous appartient donc à nous, Avocats, de mettre notre imagination au service de la conception et de la mise en œuvre de nos programmes de formation pour les adapter avec fluidité à notre très belle profession.

Il s'agira tout simplement à moyen ou long terme, de créer à l'instar de l'ERSUMA, une école capable de fournir aux Avocats, l'ensemble des enseignements et formations qui pourront leur permettre d'être à la hauteur de la mission qui est la leur.

Chaque Avocat devrait alors avoir accès à des formations variées, qui lui

permettraient à la fois d'actualiser son savoir dans son domaine d'expertise, d'acquérir de nouvelles connaissances, d'assurer le développement de ses compétences, de confronter ses questions et ses vues avec celles d'autres participants et des formateurs, et ce, dans n'importe quel domaine droit des affaires.

## **Le rôle de coordinateur de l'Avocat, l'interprofessionnalité et la multidisciplinarité**

- Face à l'inflation législative, à l'insécurité juridique, aux évolutions de la finance, l'Avocat doit mobiliser des connaissances toujours plus spécialisées et parfois faire appel à des experts.

C'est pourquoi l'Avocat apparaît de nos jours comme un coordinateur, au sens le plus riche du terme comme concepteur de projet. Sa plus-value est faible s'il ne joue qu'un rôle factuel d'intermédiaire entre plusieurs sachants.

Il doit au contraire à la fois concevoir, élaborer et négocier, c'est-à-dire inventer une fonction nouvelle, pour laquelle il est particulièrement bien placé parce que, par sa culture professionnelle, il sait respecter le secret des opérations et gérer le risque du conflit d'intérêt.

Le coordinateur doit maîtriser intellectuellement le sujet mais aussi animer le groupe des différents intervenants, arbitrer entre eux et assurer le consensus. Le droit apparaît ici comme une technique d'organisation.

En effet la multidisciplinarité consiste pour un Avocat à exercer sa profession aux côtés d'autres professionnels en vue d'offrir à des clients, une palette de services la plus large possible exercés de façon intégrée.

C'est donc un effet de synergie qui est recherché, fondé sur une vision commune des besoins des clients et sur une



culture de groupe où chacun travaille en fonction des autres dans l'intérêt du client. Chacun des membres constitue un point d'accès aux services des autres.

Face aux mutations du droit des affaires, la multidisciplinarité c'est l'occasion unique pour l'Avocat de mieux servir les clients manifestant un besoin de conseils dans des domaines variés, excédant notablement la sphère juridique, et la possibilité pour lui de servir de façon plus proactive et globale ses clients.

Etant donné que les prestations servies en droit des affaires sont élaborées "sur mesure", les risques se trouvent démultipliés et la responsabilité de l'Avocat peut se trouver engagée surtout dans la mesure où ce dernier a une obligation

d'information et de conseil.

Des contrats d'assurance peuvent couvrir le risque de mise en cause de la responsabilité civile professionnelle de l'Avocat mais il importe aussi de se prémunir en amont en procédant avant tout à un audit juridique et fiscal pour voir les difficultés et fixer les conséquences financières, en faisant ensuite intervenir des équipes pluridisciplinaires d'experts dont la mission sera définie dans une lettre de mission.

En définitive, on peut retenir tout d'abord que l'Avocat ne peut donc plus faire l'économie de sa formation face au défi des mutations du droit des affaires en OHADA.

Ensuite, cette réflexion a montré les li-

mites, à la fois juridiques et déontologiques, de la démarche qui prévaut en droit des affaires.

D'un point de vue juridique, on peut dire que les tribunaux ont évolué et que les juges, y compris ceux de la CCJA, accompagnent assez bien la créativité.

La question déontologique renvoie au secret professionnel, en particulier dans le cadre d'un travail avec des professions non réglementées ; d'où les limites de l'interdisciplinarité et de la pluridisciplinarité.

Enfin, la question de la responsabilité rappelle que même si les assurances existent, elles ont cependant leurs limites et que la prudence professionnelle reste une vertu centrale.

## PRINCIPE DE L'AUTONOMIE INSTITUTIONNELLE ET PROCEDURALE DES ETATS-PARTIES FACE A L'APPLICATION DES ACTES UNIFORMES DU DROIT OHADA



**Bakary DIALLO**  
Docteur en Droit des Affaires  
Avocat au Barreau de Paris

Il peut sembler étonnant d'affirmer que le droit O.H.A.D.A qui est un droit par essence d'application et d'interprétation uniformes n'impose à son juge de droit commun aucun respect d'un modèle juridictionnel particulier ou d'un ensemble de règles de procédure spécifiques. Tel est paradoxalement le cas.

C'est une particularité que partage d'ailleurs le Traité de Port Louis avec le modèle juridique européen<sup>22</sup> : l'application du droit est laissée, pour l'essen-

tiel, au juge national, auquel le droit communautaire, pourtant par nature profondément unificateur dans le cas de l' O.H.A.D.A<sup>23</sup>, n'impose aucun modèle particulier d'organisation juridictionnelle ou procédurale.

Il s'agit là du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats-parties.

Ce principe signifie qu'en l'absence d'un corpus de règles processuelles propres, le droit O.H.A.D.A, pour les besoins de son application par les juridictions nationales, renvoie aux règles de procédure de droit national qui permettent sa mise en œuvre effective au sein de chaque Etat-partie.

Quoique la terminologie « *autonomie institutionnelle et procédurale* » n'apparaisse ni dans le Traité institutif O.H.A.D.A de Port Louis, ni dans la jurisprudence de la juridiction supranationale et qu'il n'existe pas de formulation doctrinale synthétique de ce principe chez les commentateurs du droit uniforme, son existence ne fait aucun doute. Elle peut être déduite de certains arrêts de la CCJA<sup>24</sup>. De même, elle transparait nettement à travers les multiples renvois du législateur au droit national pour la définition de certains termes ce qui témoigne de l'attachement

de ce dernier au respect de ce principe. Donc tout en se proclamant ordre juridique intégré, l'O.H.A.D.A ne touche ni à l'organisation judiciaire des Etats-parties, ni à la théorie générale de l'action en justice et de l'instance.

Pour atteindre son objectif d'uniformisation du droit le législateur africain a simplement supposé que l'adoption de règles uniques de droit matériel applicables dans ces Etats devrait suffire.

Mais dans la mesure où l'utilisation du droit O.H.A.D.A représente déjà une garantie de sécurité juridique d'un droit substantiel moderne. Peut-il paraître étrange de s'interroger sur l'effectivité de ce droit et sur l'efficacité des règles de procédure ?

La sécurité juridique des activités économiques pourrait être difficilement atteinte si l'on s'en tient exclusivement à une réforme du droit matériel. Une telle démarche, à vrai dire, est pour le moins surprenante dans la mesure où si l'on peut convenir avec Pothier que la procédure est : « *la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter* »<sup>25</sup>, il est surtout admis que c'est la procédure qui en définitive permet « *la*

<sup>22</sup> Sur l'autonomie institutionnelle, dont l'autonomie procédurale est un aspect pour le droit communautaire européen : J.Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ 5e éd.2006,pp.986 et s.

<sup>23</sup> V. J. I- SAYEGH et J. LAHOUES- OBLE, *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, collection *Droit Uniforme Africain*, JURISCOPE. BRUYANT 2002.

<sup>24</sup> Dans l'affaire Rafiu OYEWEMI le juge suprême communautaire déduit du silence de l'article 101 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial dans la détermination de la juridiction compétente pour la résiliation du bail commercial, un renvoi aux législations nationales : « Attendu que l'Acte uniforme sus- indiqué ne précisant pas quelle est la juridiction compétente en la matière, il y a lieu de se référer à la législation interne de chaque Etat partie afin de déterminer la juridiction devant laquelle il faut introduire la demande... ».CCJA n° 11/ 2004 du 26 février 2004. in *Penant* n° 851 Avril- juin 2005 note. Bakary DIALLO.p.230 et.s.

<sup>25</sup> POTHIER, *Œuvre de Pothier, Traité de la procédure civile et criminelle*, Tome quatorzième, Paris, Siffrein, 1821, p.1.

<sup>26</sup> J. VINCENT et S. GUNICHARD, *Procédure civile*, 25<sup>ème</sup> édition revue et corrigée p.2

*réalisation en justice des droits* »<sup>26</sup>.

« *Procedere* » signifie « aller de l'avant ». Si les juristes se sont toujours préoccupés du déroulement du procès, certains d'entre eux ont trop souvent cultivé une conception bancal de la procédure en négligeant l'effectivité de celle-ci. Désormais, il est entendu que le droit processuel doit être examiné dans ses moyens et ses fins.

Sous cet aspect, la procédure postule donc le refus de l'incertitude et des blocages injustifiés. Ce qui compte c'est la réalisation du droit de la manière la plus simple, la plus rapide, la moins coûteuse, la plus prévisible, la plus égalitaire et la plus efficace. Pourtant ce constat est loin d'être celui que chacun peut faire dans la pratique judiciaire quotidienne des divers Etats-parties.

Le principe d'une règle uniforme vaut sans doute au stade de son édicition, mais il peut considérablement céder du terrain lorsque, le principe de l'autonomie aidant, la mise en œuvre de cette règle devient « nationale » en la forme. Or, du fait de la prégnance des règles de procédure propres à chaque Etat-partie, du fait par ailleurs du risque de diversité de ces règles, s'il y a une mise en œuvre formellement nationale du droit O.H.A.D.A, il y a aussi, ipso facto, pluralité des formes applicables<sup>27</sup>. Et, fatalement, l'édifice commun peut s'écrouler.

Pour cette raison, le droit O.H.A.D.A se trouve inévitablement dépendant, voire à la merci des règles nationales.

En effet, en se portant à la rencontre

d'une norme substantielle pour laquelle, elle n'a pas été, *a priori*, édicitée, la règle procédurale constitue immanquablement un agent pathogène pour une application uniforme; et cette « contamination » est d'autant plus risquée que pour une même règle de droit uniforme, ce sont le cas échéant dix sept agents pathogènes qui vont se porter à son contact.

Or, à la base du choix du maintien de ce principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale il y a une double fiction « politique » et « juridique » que : les Etats-parties adhèrent à des institutions démocratiques qui impliquent comme allant de soi l'existence dans chaque Etat-partie d'organes réalisant l'Etat de droit et des règles de procédure qui assurent l'effectivité du droit uniforme. L'absence ou l'insuffisance notoire de l'une ou l'autre fiction signifierait que ne sont pas ou ne sont plus réalisées les conditions de cette appartenance<sup>28</sup>.

Dans quelles mesures ces inquiétudes sont-elles justifiées ?

Peut-on envisager une harmonisation des règles de procédure pour tendre vers un modèle de procès O.H.A.D.A ? Les développements qui suivent tentent d'apporter quelques éléments de réponse.

### **Le Recours aux procédures nationales pour l'application uniforme du droit O.H.A.D.A**

Dans la mise en œuvre d'un droit communautaire qui se résume à « une



*règle commune* » et un « *juge commun* », le concept d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats-parties de l'O.H.A.D.A manque singulièrement d'intelligibilité.

Comme le souligne si justement Denis SIMON: « *la problématique de l'articulation des ordres juridiques communautaires et nationaux est « travaillée » par une contradiction fondamentale : d'une part, la nature de l'ordre juridique communautaire porte en elle –même une exigence intrinsèque de primauté ; mais d'autre part, la mise en œuvre de cette exigence ne peut pas être assurée par les instruments propres du droit communautaire et suppose par conséquent le concours des instruments juridiques du droit national* »<sup>29</sup>.

Il revient à l'ordre juridique interne de chaque Etat-partie de désigner la juridiction compétente, il lui « appartient » tout autant de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'application directe et immédiate du droit uniforme.

Il est urgent de savoir ce que signifie

<sup>27</sup> La variété des formes est en effet une donnée indissociable de l'autonomie institutionnelle et procédurale de l'Etat.

<sup>28</sup> Or nous savons pertinemment que cette fiction est loin de refléter la réalité.

<sup>29</sup> D. SIMON, *Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ?*, in *l'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulois*, ed. Dalloz, 1991, p.484.

réellement le concept d'autonomie institutionnelle et procédurale dans l'espace O.H.A.D.A (A) avant d'en fixer les limites (B).

## L'autonomie institutionnelle et procédurale un principe inhérent au droit communautaire

Le concept d'autonomie, auquel, selon les circonstances, sont adjoints les adjectifs « institutionnelle », « procédurale », voire « organisationnelle », est un concept que l'on retrouve dans le droit des organisations internationales comme dans le droit interne de type fédéral, censés tous irriguer le processus d'intégration juridique communautaire. Or il y a lieu de considérer l'ordre juridique O.H.A.D.A comme se situant à la charnière de l'ordre international et de l'ordre fédéral.

Chronologiquement, la formulation du principe mentionne tout d'abord la présence d'une autonomie nationale de facture « institutionnelle » ; puis, par suite, à ce premier qualificatif, celui de « procédurale », destinée à caractériser une autonomie spécifique.

Sur le plan théorique chacun de ces deux adjectifs a un sens précis : l'autonomie « institutionnelle » est le concept initial et générique, l'autonomie « procédurale » étant à son égard une sorte de sous catégorie, une subdivision, ou encore un concept d'application dont l'emploi tend à s'imposer lorsqu'est évoquée, spécifiquement, la situation de l'Etat dont les juridictions appliquent le droit matériel O.H.A.D.A.

### 1- Le principe de l'autonomie institutionnelle

Parce qu'il n'existe pas de droit constitutionnel O.H.A.D.A, comme il peut exister un droit constitutionnel de type fédéral apte à régir l'organisation intérieure de l'entité fédérée, les Etats-parties de la communauté O.H.A.D.A sont traités comme des « blocs monolithiques »<sup>30</sup> dont l'organisation interne doit rester autonome.

L'Etat qui devient *partie* de l'espace juridique O.H.A.D.A ne renonce pas, par cela seul, à sa souveraineté en matière d'organisation constitutionnelle ou infra-constitutionnelle intérieure. Le droit communautaire est en effet purement recognitif.

Le concept d'autonomie institutionnelle est vu comme une compétence, relative, de son titulaire à s'auto-organiser. Le Traité O.H.A.D.A conclu en 1993 à Port Louis demeure malgré tout un acte de droit international public qui n'est en rien lié aux Constitutions nationales par un rapport de consubstantialité, et qui est même à cet égard l'antithèse d'une Constitution fédérale. Certes, nous, l'avons-nous-même affirmé : « *l'idée d'une communauté de droit est liée à la spécificité de l'ordre juridique communautaire au regard du droit international classique*<sup>31</sup> », mais, l'ambition politique et juridique a ses limites, son assise est celle que lui octroie les règles et principes institutionnels et procéduraux étatiques.

Indifférente aux structures politico-administrative étatiques, l'O.H.A.D.A en accueille aussi, nécessairement, toutes les expressions juridiques et reçoit donc sans difficulté la diversité des ordonnancements internes en la matière. L'ignorance du droit uniforme à l'égard

de l'organisation des institutions judiciaires étatiques des Etats qui la composent, fait de lui *ipso facto* un droit d'une tolérance maximale. Et il est de ce fait regrettable de constater que le principe de l'autonomie institutionnelle heurte profondément celui d'un droit à un accès effectif au juge de façon égalitaire dans tout l'espace O.H.A.D.A. L'Etat demeure le seul compétent pour l'organisation judiciaire et procédurale de l'application du droit O.H.A.D.A sur son territoire.

A cet égard, certes l'O.H.A.D.A réunit des Etats dont les principes fondamentaux d'organisation constitutionnelle et politique ne sont guère éloignés, mais la diversité des systèmes juridiques nationaux ne peut être niée, et cette diversité ne fera probablement que s'accroître sous l'effet des perspectives, à court et moyen terme, d'élargissement<sup>32</sup>. Il est vain de vouloir mesurer ici l'étendue exacte de cette diversité. Il convient de réserver aux divers ouvrages et études spécialisés cette étude comparative. On peut simplement préciser à ce propos que dans beaucoup d'Etats-parties demeure applicable, le vieux code français de procédure civile et commerciale de 1806. Néanmoins, certains Etats s'étaient déjà dotés d'un code de procédure civile et commerciale plus ou moins moderne. Et d'autres ont très récemment réformé leurs codes de procédure civile pour se conformer aux exigences des Actes uniformes. Il s'agit du Mali<sup>33</sup>, du Niger<sup>34</sup>, du Sénégal<sup>35</sup>, de la Côte d'Ivoire<sup>36</sup>, du Gabon<sup>37</sup> et du Tchad<sup>38</sup>.

<sup>30</sup> Selon l'expression que nous empruntons à J. Louis QUERMONNE in, *Existe-t-il un modèle politique européen ?*, R. F. S. P 1990, pp. 192- 211.

<sup>31</sup> Bakary DIALLO, Thèse, *Les règles du contentieux des Actes uniformes*, Paris I- Sorbonne 2007.

<sup>32</sup> L'article 53 ouvre la porte de l'OHADA à tout Etat membre de l'UA et au-delà à tout Etat africain qui manifeste sa volonté d'adhésion au système.

<sup>33</sup> Loi n° 61- 101 A. N. R. M. du 18 Août 1961 puis décret n° 94- 226 / P. RM du 28 juin 1994.

<sup>34</sup> Lois n° 63- 18 du 22 février 1963, n° 67- 01 du 11 février 1967 et n° 69-40 du 30 septembre 1969

<sup>35</sup> Décret n° 64-572 du 30 juillet 1964.

<sup>36</sup> Loi n° 72-833 du 21 Décembre 1972.

<sup>37</sup> Ordonnance n° 1 de 2 février 1977.

<sup>38</sup> Ordonnance n° 25-67 du 9 Août 1967.

Si bien que pour la préservation de la spécificité des terminologies utilisées le législateur use de formules génériques telles que « juridiction compétente » pour désigner dans les Etats-parties : le Tribunal économique, le Tribunal de commerce, la Section commerciale du tribunal de première instance, le Tribunal régional ; le Juge des référés, le Juge des urgences etc... ; ou « des décisions judiciaires » pour parler des jugements, arrêts ou ordonnances ; des administrations , des auxiliaires de justice ( notaires , huissiers , greffiers, agents chargés de poursuites..) , que le législateur OHADA a justement eu le recours à des termes juridiques génériques ou à des périphrases tels que ( juridiction compétente , juge statuant en matière d'urgence, officier ministériel ...) pour les désigner.

En bref, malgré l'adhésion de l'Etat à l'O.H.A.D.A l'imperium étatique en matière d'organisation intérieure n'est ni altéré ni contrarié. Il est donc bien, à ce stade, assurément plus indépendant qu'autonome.

Mais, il est clair qu'on ne peut rester impavide quand la compétence organisationnelle interne fait se rencontrer une règle (de forme) issue de l'ordre juridique national et une règle (de fond) émanant de l'ordre juridique communautaire O.H.A.D.A.

## 2- Le principe de l'autonomie procédurale

Il faut en convenir : puisque le droit O.H.A.D.A est mis en œuvre par l'Etat-

partie, cela signifie aussi que ce droit doit « passer » à travers le prisme des dix sept droits nationaux. Il faut aussi admettre que ce « passage » implique l'utilisation des systèmes juridiques nationaux, et donc que, par hypothèse, les organes compétents, les procédures à utiliser seront déterminés par les codes nationaux.

Conformément au principe de l'autonomie procédurale, il appartient à l'ordre juridique de chaque Etat-partie de désigner les juridictions compétentes, de déterminer les règles procédurales applicables, voire de procéder à la qualification des droits et obligations découlant du traité par références aux critères du droit national. Ce renvoi aux règles nationales pour la définition des modalités d'application des Actes uniformes n'est pas le seul fait de la juridiction supranationale. En effet, le législateur O.H.A.D.A lui-même organise massivement ce renvoi au droit national. Car les contraintes techniques irréductibles du droit des affaires obligent à respecter le droit national des Etats-parties, soit à travers son droit commun, soit à travers ses règles spéciales.

C'est dans ce cadre que l'on peut distinguer avec le Pr. J. Issa- Sayegh deux sortes de limites imposées au système juridique O.H.A.D.A : les limites explicites et les limites implicites<sup>39</sup>.

Par exemple, l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG) renvoie formellement au droit national : de la vente entre profes-

sionnels (article 205) ou de la vente du fonds de commerce (article 115) ; au mandat pour le statut des intermédiaires de commerce (article 143 et 150 AUDCG); aux usages ( articles 69 , 74 et 81 pour le bail commercial ) ; aux causes de nullité des contrats en général ou du contrat de société quand il traite de la nullité du contrat de société commerciale ( article AUDSG)<sup>40</sup> .

Tandis que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique renvoie aux règles de preuve ( article 49, alinéa 2 ).

Il faut ajouter à ces renvois explicites du législateur O.H.A.D.A, les renvois implicites au droit commun national, toutes les fois, par exemple, que les Actes uniformes se réfèrent à des concepts ou des règles sans les définir. Tel est le cas, en matière de solidarité ( article 270 AUSC), la prescription ( article 18 et 274 à 282 AUDCG), l'incapacité juridique et l'émancipation, les interdictions et les incompatibilités ( articles 7 à 10 et 138, alinéa 2 AUDCG et 7 et 8 AUSC), les immeubles et les droits réels immobiliers ( article 119- 2° AUS), les meubles corporels ou incorporels ( articles 46 AUS) etc. Les Actes uniformes ne font que nommer ces différents concepts, sans les définir. Le renvoi est alors implicite vers les droits communs.

Fatalement il existe un risque de divergences fondamentales sur ces concepts juridiques qui peuvent nuire à la sécurité juridique tant espérée. Mais si

<sup>39</sup> J. I- SAYEGH et J. LAHOUES- OBLE, OHADA, *Harmonisation du droit des affaires*, collection *Droit Uniforme Africain*, JURISCOPE. BRUYANT 2002, p 116 à 123.

<sup>40</sup> J. I. SAYEHC, *op.cit.*

jusqu'ici ces risques ne se sont pas vraiment révélés car la majeure partie des Etats signataires partage le même patrimoine juridique, quid en cas d'adhésion massive conformément à l'article 53 du traité de pays de la Common Law avec leurs particularismes juridiques ?

En définitive, la logique de l'autonomie procédurale signifie que c'est le droit national et lui seul qui définit l'office des tribunaux nationaux, y compris dans leur fonction d'application des Actes uniformes. Que c'est le droit national et lui seul qui en matière contentieuse garde cette compétence fondamentale de la gestion du temps et la conduite du procès. Qu'enfin la même logique, « nationale », prévaut pour les différents « sursis à statuer » qu'est susceptible d'impliquer l'application contentieuse du droit uniforme.

En l'absence de règles unifiées, il appartient à l'Etat de poser des types de règles temporelles : les règles de forclusion, c'est-à-dire toutes celles qui imposent aux parties le respect de délais légaux pour entamer une instance, l'écoulement de ces derniers provoquant la déchéance de la faculté pour agir. Le délai de forclusion peut ainsi limiter dans le temps l'accomplissement d'un acte ou l'exercice d'une formalité, l'application du délai légal ayant pour effet de déposséder l'intéressé de son droit d'agir.

C'est également le cas des règles de prescription, autrement dit celles qui, dès l'expiration du délai fixé, vont éteindre *ratione temporis* l'exercice d'un droit par son titulaire. Il faut sup-

poser ici que le titulaire du droit est resté inactif pendant toute la période de prescription.

Le droit uniforme ne s'intéresse pas non plus au *locus standi* c'est-à-dire la capacité d'ester en justice. La qualification juridique de la position individuelle que ses règles de droit tendent à protéger n'est donc pas de son ressort. C'est ainsi que le renvoi concerne aussi la question de l'organisation des demandes et défenses dans le procès de droit communautaire soumis au juge de l'Etat. En effet, pour introduire valablement une action en justice, trois conditions essentielles doivent être réunies : l'intérêt, la qualité, la capacité.

Il ne faut pas non plus que l'action soit irrecevable pour des raisons d'intérêt général ou d'ordre public. Or pour chacune de ces règles, des blocages peuvent surgir pour paralyser l'effectivité du droit uniforme ou à tout le moins rompre l'égalité des plaideurs dans l'ordre juridique O.H.A.D.A.

Mais, le principe de l'autonomie procédurale n'est pas absolu il peut souffrir de limites importantes.

## **B- Les limites du principe de l'autonomie procédurale ou le principe de l'effectivité du droit O.H.A.D.A**

Le principe d'effectivité du droit communautaire, en vertu duquel le recours au droit procédural national ne doit pas avoir pour effet de nuire à la bonne application du droit communautaire, peut

faire échec à l'autonomie procédurale des Etats-parties.

Ce principe a été rappelé à travers l'interprétation des dispositions pertinentes des articles 32 et 49 de l'AUPSRVE.

Il ressort de la conjugaison de l'interprétation de ces deux articles que le droit procédural national est réputé applicable sauf à démontrer que sa mise en œuvre n'enfreint pas le principe d'effectivité du droit uniforme.

### **1- Inapplication de la règle procédurale nationale contraire au droit uniforme : l'arrêt époux KARNIB du 11 octobre 2001**

C'est incontestablement l'arrêt époux Karnib du 11 octobre 2001 qui a exprimé dans les termes les plus marquants cette limite spécifique de l'autonomie procédurale ; il s'agit d'un véritable dictum du juge supranational:

*« Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties [...] les juges ivoiriens ne peuvent, sans violer cette disposition, faire application des articles 180 et 181 précités au titulaire d'un titre exécutoire par provision qui a entamé l'exécution, l'article 32 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution n'autorisant aucune interruption de l'exécution ; la seule condition qui reste posée étant celle, par le titulaire d'un titre exécutoire par provision, d'assumer ses responsabilités si le titre concerné était postérieurement modifié.. »<sup>41</sup>.*

Le problème est en quelque sorte onto-

<sup>41</sup> Arrêt n° 2 / 2001 du 11 octobre 2001 de la CCJA. *op.cit.*

logique : puisqu'il est « missionné » par l'ordre juridique supranational pour assurer en toutes circonstances, en tant qu'organe d'Etat- partie, l'efficacité de la règle invoquée devant lui, le juge national doit théoriquement se libérer de toute contrainte interne qui ne lui permettrait pas d'appliquer par priorité le droit unifié des affaires. Face à la règle de droit interne incompatible avec le droit O.H.A.D.A, le juge national doit donc toujours écarter cette règle de son prétoire, quelle que soit d'ailleurs sa place dans la hiérarchie des normes.

### Les problématiques soulevées par l'arrêt Epoux Karnib.

Révétons les circonstances de l'espèce, pour y voir plus clair. Deux époux commerçants répondant au nom de KARNIB, avaient obtenu en janvier 1999 du Tribunal civil d'Abengourou (Côte d'Ivoire), la condamnation de leur banque la SGBC au paiement d'une somme de 858. 486. 327 francs CFA. Cette décision assortie d'une exécution provisoire à concurrence de la totalité du préjudice commercial, soit 683. 486. 327 francs CFA a fait l'objet d'un appel de la part de la SGBCI qui a présenté des défenses à exécution devant le Premier Président de la Cour d'appel d'Abidjan. Ce magistrat, sur la base des articles 180 et 181 du Code de procédure civile ivoirien et par ordonnance n° 97/ 99 du 23 février 1999, autorise la suspension des poursuites jusqu'à ce que la Cour d'appel se prononce sur le fond du litige.

Les époux KARNIB forment un pourvoi à l'encontre de cette ordonnance qu'ils

estiment avoir violé l'article 32 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, lequel dispose que : « à l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision. L'exécution est alors poursuivie aux risques du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution, sans qu'il ait lieu de relever de faute de sa part ».

La juridiction supranationale a accueilli favorablement le pourvoi. Elle motive cette décision sur l'inapplicabilité de la règle de procédure ivoirienne (les articles 180 et 181 du Code de Procédure Civile Ivoirienne) au détriment de l'article 32 de l'AUPSRVE qui interdit toute interruption d'une exécution entamée<sup>42</sup>.

### Les enseignements de l'arrêt Karnib.

Il ressort de cet arrêt de principe trois enseignements principaux :

d'abord, toute règle procédurale nationale contraire à une disposition d'un Acte uniforme doit être écartée par le juge interne conformément au principe de supranationalité instituée par l'article 10 du traité de Port Louis ;

ensuite, en matière d'exécution provisoire, l'exécution forcée déjà entamée, doit être poursuivie aux risques et périls du créancier poursuivant ;

enfin, la poursuite de l'exécution se fait aux risques du créancier à charge pour lui de réparer intégralement le préjudice causé au débiteur devenu créancier.

Si la problématique de l'arrêt de l'exécution provisoire ne nous mobilise pas particulièrement ici<sup>43</sup>, la mise à l'écart de la procédure nationale contraire à une disposition d'un Acte uniforme conformément au principe de la supranationalité mérite que l'on s'y attarde.

Sur le plan des principes juridiques de l'article 10, l'arrêt rappelle formellement la règle de supranationalité du droit OHADA.

A l'analyse, cet arrêt est bien conforme à l'esprit et à la lettre des articles 10 du traité et 32 de l'AUPSVRE. Le juge supranational obéit même à un classicisme du genre qui ne peut surprendre le processualiste.

Le juge supranational se montre pragmatique et raisonne en termes d'efficacité des voies de recours. La Cour apprécie dans chaque cas d'espèce s'il est nécessaire pour une bonne application du droit O.H.A.D.A de faire échec aux règles de procédure nationales.

L'idée directrice est toujours la même : lorsque l'Acte uniforme comporte une disposition procédurale celle-ci doit prévaloir sur toute disposition nationale contraire. Le juge ne peut pas se laisser brider par la règle processuelle : que la règle ait une origine jurisprudentielle, législative ou encore constitutionnelle n'a pas d'importance.

<sup>42</sup> Arrêt précité.

<sup>43</sup> A ce propos : C. DOGUES, Une déplorable : la prohibition des défenses à exécution provisoire. *Actualités juridiques*, n° 28, juin 2002, p. 5. E. Felix ONANA, Quel est le sort des défenses à l'exécution provisoire dans les Etats membres de l'OHADA, *Actualité juridiques*, n° 47 / 2005, 64. Me IPANDA, l'arrêt Epoux Karnib : une révolution ? Question d'interprétation, *Revue camerounaise du droit des affaires*, n° 10, janvier- mars 2002. OUARTARA ABOUDRAMANE, La jurisprudence Epoux Karnib, le glas des articles 180, 181, 228 nouveaux du Code de procédure civile. A propos de l'arrêt n° 2 / 2001 du 11 octobre 2001 de la CCJA, *ECODROIT* n° 10, avril 2002, p. 32.S. SOUOP, Pour qui sonne le glas de l'exécution provisoire ? A propos du 2eme arrêt de la CCJA, in *ohada.com OHADA D- 02- 06*. S. SOUOP, l'exécution provisoire encadrée, *leures et lueurs d'un revirement jurisprudentiel*, note sous les arrêts CCJA n° 12.13. et 14 du 19 juin 2004.

Plus spécifiquement, contrairement aux autres Actes uniformes qui dans leurs dispositions finales, se bornent à abroger les dispositions contraires applicables dans les Etats-parties, l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution « abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats-parties ». Comme le relève avec pertinence le Pr Ndiaw Diouf, en abrogeant toutes les dispositions internes, qu'elles soient ou non contraires : **« les rédacteurs de cet Acte uniforme ont voulu un ensemble clos et fermé renfermant toutes les règles ayant vocation à s'appliquer aux matières qu'il concerne, à savoir les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution<sup>44</sup> ».**

En l'occurrence avec la jurisprudence Karnib, Le juge supranational assure un rôle d'arbitre entre le principe d'autonomie procédurale des Etats-parties et le principe d'effectivité qui permet d'écarter les règles procédurales nationales lorsqu'elles empêchent une application correcte du droit communautaire.

L'objectif peut être double : permettre une réalisation effective du droit substantiel en empêchant que ce dernier ne soit paralysé ou faussé par des obstacles procéduraux ; garantir une application aussi uniforme que possible du même droit substantiel nonobstant la diversité des formes de procédures nationales.

Mais ce n'est pas la seule limite rappelée par le juge supranational.

## **2-L' identification du juge national chargé du contentieux de l'exécution : l'article 49 de l'AUPSRVE**

Le principe de l'autonomie procédurale fait en sorte que la compétence des instances internes de recours, au sens procédural<sup>45</sup>, reste nationalement déterminée. Mais l' AUPSRVE met parfois à mal cette prérogative étatique au sujet du contentieux de l'exécution.

Sur cette question, l'article 49, alinéa 1 de l'Acte Uniforme donne une réponse. Ce texte stipule que **« la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ... est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui ».**

La disposition de ce texte n'est pas sans polémique car ce texte ne précise pas ce qu'il faut entendre par « juge compétent » ou « juridiction compétente ». L'Acte Uniforme sus évoqué, en parlant simplement du « juge de l'urgence » pose le problème de l'identification de cette juridiction.

S'agit-il du juge des référés tel que l'on connaît dans la quasi-totalité de l'organisation judiciaire des Etats de l'O.H.A.D.A ou d'un juge de l'exécution autonome à créer ?

Dans bon nombre d'Etats-parties, le débat crée une confusion dans l'identification de ce juge aux attributions particulières en matière de contentieux de l'exécution.

Car il s'agit là du personnage central

des procédures de voies d'exécution. Il dispose de larges pouvoirs pour apurer l'ensemble du contentieux de l'exécution. Sans imposer directement l'organe compétent (autonomie institutionnelle oblige), le législateur communautaire désigne tout de même le statut de l'organe de recours ce qui revient finalement à la même chose.

Cette disposition de l'article 49 manifeste la volonté du législateur de confier le contentieux de l'exécution à un juge spécifique afin de donner une certaine célérité aux procédures d'exécution.

En s'immiscant de la sorte dans l'identification d'un juge particulier, l'article 49 fait bien échec au principe de l'autonomie procédurale. Pourtant, « *cette disposition de l'article 49 de l'Acte uniforme a posé autant de problèmes qu'elle a tenté d'en résoudre* »<sup>46</sup>. En effet, face aux diverses difficultés d'application de cette disposition, la juridiction supranationale a été amenée à rappeler avec force, la compétence de principe du président du tribunal de première Instance en tant que juge de l'exécution.

Dans un arrêt du 26 décembre 2002 elle précise que : *« Tout litige relatif à une mesure d'exécution forcée relève, quelle que soit l'origine du titre exécutoire de la compétence préalable du président de la juridiction statuant en matière d'urgence »*<sup>47</sup> en application de l'article 49 de l'Acte portant voie d'exécution. Avec l'arrêt du 19/06/2003, la juridiction supranationale a annulé une ordonnance du président de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, qui a suspendu l'exécution d'un arrêt et décidé de la mainlevée

<sup>44</sup> V. Commentaires de l'AUPSRVE du code vert p.753

<sup>45</sup> C'est la compétence au sens de l'arrêt Rafiu OYEWEMI. Précité.

<sup>46</sup> Voir, H. TCHANTCHOU, *Le contentieux de l'exécution et des saisies dans le nouveau droit OHADA (article 49 AUPSRVE)*, in OHADA .com. Doctrine D- 03-17.

<sup>47</sup> CCJA n° 21 du 26/ 12/ 2002.in JURIS DATA.

des saisies pratiquées en vertu dudit arrêt, pour cause de violation de l'article 49 de l'Acte uniforme portant voies d'exécution, le juge compétent en l'espèce pour connaître des difficultés nées de la saisie attribution pratiquée étant le président du Tribunal de première instance d'Abidjan-Plateau, ou le magistrat désigné par lui.

Le juge supranational explique également dans ses arrêts du 10 janvier 2002 et du 18 avril 2002 que : « *La juridiction compétente pour connaître des demandes de mainlevée, en cas de contestation d'une saisie attribution de créance est le président du Tribunal de première instance* », <sup>48</sup> les cas d'urgence sont en effet inclus dans l'article 49, la Cour d'appel saisie doit de sorte renvoyer devant le Tribunal de première instance. Aussi en se déclarant compétent, le président de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire a méconnu les dispositions de l'article 49 précité.

On interprète alors qu'à travers ses arrêts de 2003 le juge supranational considère que la compétence du président du Tribunal de première instance comme une compétence d'ordre public. En effet, selon la CCJA : « *méconnaît sa compétence, le président de Première instance qui, statuant en référé d'heure à heure, se déclare incompétent à connaître de la contestation formée à l'encontre de la saisie attribution, aux motifs que le Code de procédure civile fait interdiction aux ordonnances de référé de faire grief à une décision rendue par une juridiction supérieure, alors que l'article 49 de l'Acte uniforme portant voie d'exécution lui donne compétence pour statuer en matière de contestation de saisie attribution de créance sur la mainlevée de ladite saisie* ». <sup>49</sup>

L'ombre du droit communautaire n'est jamais sans planer sur la mise en œuvre formellement nationale des règles uniformes. Bien que reconnues, la compétence des Etats quant à la forme de la mise en œuvre n'a en effet, jamais constitué un blanc-seing en leur faveur. La terminologie choisie pour décrire la prérogative étatique en question révèle d'ailleurs cette fragilité intrinsèque : « autonomie » -institutionnelle et procédurale- et non point « indépendance » - institutionnelle et procédurale.

## II - Pour un encadrement du principe de l'autonomie procédurale

Le contexte dans lequel les Etats-parties inscrivent leurs règles formelles explique qu'il soit assurément nécessaire de domestiquer l'autonomie procédurale.

Pour atteindre cet objectif, l'instauration de règles de procédure transnationales seraient-elles vraiment utiles ? Pourraient-elles profitablement changer le procès commercial dans l'espace O.H.A.D.A ? Seraient-elles facilement adoptables dans l'ordre juridique O.H.A.D.A, sans dénaturer l'objet du traité de Port Louis ? Les règles de procédure rentrent-elles dans les matières « harmonisables » telles que prévues par le Traité ? Pourquoi devrait-on introduire de telles règles transnationales ? Quels avantages pourraient en tirer les opérateurs nationaux et internationaux ? Par quels moyens pourrait-on y parvenir ?

Telle est la problématique qu'il y a lieu d'aborder avec cette foule de questions.

## A - Les règles de procédure une matière « harmonisable » ?

Il ne peut y avoir d'intégration juridique véritable dans un espace donné s'il n'existe pas un minimum de convergence entre les systèmes procéduraux des Etats-parties<sup>50</sup>. Même si le fondement juridique d'une harmonisation des procédures se pose au législateur O.H.A.D.A (1) il n'en demeure pas moins que le manque de transparence des règles nationales reste préjudiciable, de sorte que la CCJA devrait procéder à un encadrement des règles de procédures régissant le procès (2).

### 1 - Une initiative législative serait juridiquement contestable

Pour combattre l'insécurité judiciaire dans l'espace juridique O.H.A.D.A, il est indispensable que les systèmes procéduraux des Etats parties mettent à la disposition des justiciables des instruments procéduraux aux performances comparables. L'égalité entre les justiciables d'un même ordre juridique postule que les arsenaux judiciaires soient d'un pays à l'autre, également pourvus<sup>51</sup>.

Il faut considérer le poids que représente pour les justiciables un contentieux portant sur un Acte uniforme. Il y a lieu de connaître avec exactitude les règles de procédure qu'il convient d'engager ou de subir pour mettre fin au litige. Ceux qui ont à supporter un système judiciaire plus lourd, plus lent, plus onéreux que les autres, sont incontestablement pénalisés. Or, un espace juridique intégré postule que toute entreprise, que toute personne physique

<sup>48</sup> N° 34 du 10 janvier 2002 et N° 12 du 18 avril 2002 in *Juris data*.

<sup>49</sup> CCJA 09 octobre 2003, n° 17/2003 in *Juris Data*.

<sup>50</sup> P. MEYER, *L'utilité des règles transnationales de procédure civile : une vue critique*, in FOUCHARD (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American law Institute*-éd. Panthéon Assas 2001, p.23.et.

<sup>51</sup> V. à titre de comparaison, R. PERROT, *L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'union européenne et les garanties des droits de la défense*, in M. T. CAUPIN et G. de LEVAL (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier 2000.p.417.

concernée soit, à même, avec ses propres services ou avec l'aide de son conseil, de connaître et de comprendre les exigences procédurales des instances dans lesquelles elle s'engage et d'y satisfaire en toute sécurité. Cette connaissance et cette compréhension ne sont concevables que s'il existe, entre les procédures étatiques, un degré suffisant d'harmonisation.

On ne peut pas dire que ces exigences minimales soient actuellement satisfaites dans tous les Etats signataires de l'O.H.A.D.A dans une parfaite transparence<sup>52</sup>. Que ce rapprochement ne soit pas aisé, c'est une chose. Il existe de multiples obstacles à surmonter. Mais, on ne peut compter pour y parvenir sur l'initiative isolée de chacun des Etats signataires, puisant dans les enseignements du droit comparé une inspiration qui les conduirait, comme par enchantement, à des conclusions communes. On ne peut compter davantage sur une concertation à laquelle ils se livreraient de leur propre mouvement. Il faut à l'entreprise un fédérateur, et l'on ne voit que le législateur O.H.A.D.A pour remplir cette mission.

Toutefois, et c'est une limite importante, l'O.H.A.D.A n'a pas vocation à s'intéresser aux procédures civiles dans les différents Etats-parties. En effet, l'harmonisation des législations nationales n'est possible que, pour autant que, les matières à harmoniser entrent dans le domaine du droit des affaires (article 1 du Traité). Or, la procédure civile n'entre manifestement pas dans les

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

Cet article qui se contente d'indiquer les matières qui entrent dans le domaine du droit des affaires sans en donner une définition exacte, fait surtout la liaison de l'objet de l'O.H.A.D.A avec les matières harmonisées. Exceptionnellement, seulement peut être parce que la question touche à la fois le fond et la forme, le législateur est intervenu pour organiser les procédures, tel a été le cas sur certains points avec l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution<sup>53</sup> et l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif des entreprises en difficultés<sup>54</sup>.

Le législateur supranational n'a donc pas compétence en matière de droit procédural. Mais une telle incompétence est surprenante dans la mesure où il est admis que la procédure permet

« *la réalisation en justice des droits* »<sup>55</sup>.

Une autre difficulté tient au contenu à donner au concept de droit de la procédure. Les questions relatives à la preuve ou aux délais de prescriptions sont en effet « *à un carrefour des règles de fond et des règles de procédure* »<sup>56</sup>. Pour certains droits étrangers comme le droit anglais, la réglementation de la preuve incombe aux textes régissant la procédure<sup>57</sup>.

Le droit de la procédure appartient en effet à une catégorie particulière de règles juridiques, le « *droit régulateur* »<sup>58</sup>, qui dans la taxinomie opérée par Roubier doit être distingué des normes à caractère substantiel. Pour le Doyen Roubier, : « *la division du droit public et du droit privé laisse encore de côté nombre de branches du droit, qui ont pour objet de régler l'application des autres branches du droit (jus supra jura), soit en assurant, leur sanction, ou leur réalisation, ou encore leur application dans l'espace ou dans le temps* »<sup>59</sup>.

Ces branches du droit sont selon Roubier, le droit pénal, la procédure, et les branches du droit qui règlent les conflits de lois dans l'espace ou dans le temps<sup>60</sup>. Il serait possible d'y ajouter toute la partie du droit constitutionnel. Or ces branches du droit ne peuvent directement être affectées par un droit communautaire<sup>61</sup>, car elles relèvent du domaine des « *compétences réservées* »<sup>62</sup>, elles sont en effet en lien étroit avec les souverainetés étatiques. Il y a

<sup>52</sup> On a vu que dans la plupart des Etats parties c'est le code de procédure civile de l'époque coloniale qui est encore en vigueur, tandis que certains Etats ont entamé des réformes en la matière.

<sup>53</sup> A. – Marie ASSI- ESSO et N. DIOUF, *Recouvrement des créances de l'OHADA*, éd. Bruxelles. BRUYLANT 2002.

<sup>54</sup> Voir F.M. SAWADOGO, in *OHADA Traité des Actes uniformes commentés et annotés* pp. 853 et s.

<sup>55</sup> J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, op.cit., p.2,n°4.

<sup>56</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 24e éd. 1996, n° 171.

<sup>57</sup> J. A. JOLOWICZ, *Procédure civile*, in *Droit anglais*. Paris, Dalloz, 2e éd., 1992, p. 101et s.

<sup>58</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1964, p.262.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*

<sup>61</sup> Il y a lieu de souligner que toutes ces matières soulignées par Roubier sont exclues du domaine du droit harmonisé.

<sup>62</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit.p., 88,n° 70.

là assurément un élément de différenciation fondamentale entre une organisation politique de type étatique et une Communauté de droit même puissamment intégrée comme l'O.H.A.D.A.

Néanmoins, les autorités de l'O.H.A.D.A doivent avoir conscience que certaines disparités de procédure peuvent effectivement être de nature à entraver l'uniformité et l'efficacité de l'application des normes harmonisées. C'est pourquoi nous pensons qu'il est impératif de desserrer le joug des contraintes nationales. Aussi, un rapprochement de certains points de procédures jugés névralgiques doit être réalisé d'une manière ou d'une autre. Pour ce faire, la voie d'un encadrement jurisprudentiel nous semble la plus indiquée.

## 2- Un encadrement jurisprudentiel serait légitime

Indiscutablement, l'autonomie institutionnelle et procédurale de l'Etat national ne peut évoluer en dehors du regard diligent de la CCJA. Faut-il redire comme une lapalissade que cette juridiction supranationale est le portevoy essentiel du Traité.

Or, nous avons relevé que le législateur O.H.A.D.A ne peut pas intervenir en ce domaine sans risquer la dénatura-tion de l'objet du Traité consacré à l'harmonisation des affaires. Il ne peut donc, se prévaloir de cette diversité pour revenir sur le principe d'autonomie. Mais, à l'inverse du législateur rien

n'empêche le juge supranational dans sa mission d'interprétation- autonome<sup>63</sup>-de réaliser une modélisation des règles de procédure nationales. Le juge supranational peut ainsi user de son pouvoir normatif pour obliger les juridictions nationales à respecter certains principes directeurs du procès.

Sur certains aspects des droits proces-suels des Etats- parties, la CCJA peut poser des règles très précises lorsque se trouve en cause l'application de la norme communautaire. Cette diffé-rence d'approche entre le simple enca-drement de l'autonomie procédurale et la faculté que peut se reconnaître la Cour Commune d'imposer aux juridic-tions nationales des standards procé-du-raux est tout à fait fondamentale du point de vue de la répartition des com-pétences entre la Communauté et les Etats- parties.

De fait, si l'application uniforme devait être anéantie par les insuffisances des droits procéduraux nationaux, il n'y aurait plus de règle commune, ces diffé-rences procédurales ayant un effet désintégrateur sur le droit unifié des af-faires.

Les exigences procédurales impératives que dégagera la CCJA constitueront d'utiles « échelles » qui éviteront au juge national de glisser sur la pente d'une trop forte hétérogénéité des contextes procéduraux nationaux. Or le volontarisme que cela requiert de la CCJA<sup>64</sup> contraste singulièrement avec le profil bas qui est jusqu'ici le sien. Parce

qu'après plus d'une décennie de juris-prudence, sur certains registres, la juri-diction supranationale n'a pas voulu faire preuve d'audace en déterminant par elle-même le contenu procédural de quelques notions, on peut craindre qu'elle continue à prospérer dans cette logique de timidité sur la question cruciale de l'appréciation du principe d'autonomie institutionnelle et procé-durale. Elle se borne trop souvent à un simple rappel des règles encadrant l'au-tonomie procédurale interne. Ce manque d'audace dans l'œuvre pré-torienne de la juridiction supranatio-nale, nous n'avons pas manqué de le stigmatiser dans nos commentaires sous l'arrêt du 26 février 2004<sup>65</sup>.

## B- Le procédé de la modélisation pour répondre au souci de l'effectivité du droit O.H.A.D.A

La modélisation recouvre toutes les ac-tions par lesquelles la CCJA pourrait proposer et imposer en tant que mo-dèle, une règle procédurale particu-lière.

Le label d'une « Communauté de droit O.H.A.D.A » ne peut rester purement théorique. Elle signifie pour la Commu-nauté l'obligation de consacrer les prin-cipes qui lui sont immanents :

le droit au recours juridictionnel effectif **(1)** ainsi que le principe du respect des droits de la défense **(2)**, pourraient de-venir, progressivement, tous deux, des composantes à part entière d'un mo-dèle de procès OHADA.

<sup>63</sup> Voir notre position sur l'interprétation autonome de la CCJA

<sup>64</sup> Elle s'en va conquérir un espace processuel qui relevait auparavant des Etats – parties.

<sup>65</sup> CCJA – Arrêt n° 11/ 2004 du 26 février 2004 .op.cit.

## 1-Le droit au recours juridictionnel effectif, première composante d'un modèle de procès

Le droit au recours juridictionnel effectif est consubstantiel aux Etats de droit que sont théoriquement les Etats parties de la Communauté O.H.A.D.A. Le droit au recours juridictionnel effectif ne doit pas être seulement une incantation: les institutions judiciaires se doivent en effet de l'incarner, ceci parce que l'idée même d'« effectivité », ou d'« efficacité », invite à porter son attention sur l'existence d'un recours, mais aussi sur ces conditions d'exercice, et que, par surcroît il est difficile sinon impossible de définir *in abstracto* ce que qu'est un recours efficace.

Le droit au recours juridictionnel effectif s'impose comme une nécessité à la Communauté O.H.A.D.A, son absence signifierait en effet la ruine de tous les autres droits qui y sont consacrés, dans la mesure où, ce droit fait office de « bouclier » à leur égard. Intimement lié à l'Etat de droit<sup>66</sup>, il va aussi se déployer de façon naturelle dans un espace qui se dit construit.

Pour Carré de Malberg, l'Etat de droit est un ordre juridique : « *qui – en même temps qu'il formule les prescriptions relatives à l'exercice de la puissance administrative- assure aux administrés, comme sanction de ces règles, un pouvoir juridique d'agir devant une autorité juridictionnelle* »<sup>67</sup>.

Le juge est, dans un Etat de droit, investi

du rôle de gardien des valeurs d'une société soucieuse de la protection.

Le Conseil constitutionnel français a rendu à cet effet une décision dont la doctrine a soulevé la richesse<sup>68</sup>. La décision sur le statut de la Polynésie française en date du 9 avril 1996 se réfère ainsi à l'art.16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1789 selon lequel : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution* ». Le Conseil en déduit qu'« *en principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ». A cette occasion, le Conseil constitutionnel pose pour la première fois un principe essentiel : la garantie des droits est assurée par un recours effectif au juge, faute de quoi il n'y a pas de Constitution.

Le Conseil avait déjà eu l'occasion d'affirmer le caractère constitutionnel de principes procéduraires, et notamment celui de l'accès à la justice, conférant à l'action la qualité de droit fondamental. A cet égard, on peut constater avec le professeur du Bois de Gaudusson, qu'« *en Afrique le bâillonnement des forces politiques et de la société civile a entravé profondément et durablement l'institution d'une justice indépendante et l'éclosion d'une protection effective des droits individuels* »<sup>69</sup>.

Or, la protection constitutionnelle des

droits subjectifs substantiels, par exemple le droit de propriété, le droit de créance, un droit de la personnalité juridique, etc...., tient à l'effectivité de l'accès au juge ; celui-ci étant le garant de ces droits.

En cela, cette sorte de droit à un tribunal est porteur d'un droit au jugement, car on peut supposer qu'un recours n'est véritablement effectif que lorsque non seulement il peut être concrètement pratiqué, mais encore en ce qu'il aboutit à un jugement, et un jugement qui intervient dans un délai raisonnable. Car c'est ce qui donne sens à l'action. A travers la décision du Conseil constitutionnel français la procédure et les droits subjectifs processuels deviennent le fondement du système juridique.

Le lien entre droit au recours effectif et droit au jugement est en train de s'opérer pleinement en droit européen. Le droit O.H.A.D.A doit rejoindre en cela le système européen. Dans cette perspective, le droit d'action et l'effectivité de sa mise en œuvre à travers la demande en justice et le jugement obtenu fonderaient le système juridique.

Le droit européen, qu'il soit communautaire ou non se caractérise par la primauté qu'il accorde aux effets des règles. En droit communautaire européen, d'une façon générale cela engendre des notions telles que « *l'effet utile* » ou « *l'effet équivalent* » et justifie la prévalence du raisonnement télé-

<sup>66</sup> Cf. J. CHEVALIER, *L'Etat de droit*, Ed. Montchrestien, 1994.

<sup>67</sup> Cf. C. de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Réimpression C. N. R. S, 1962, T, 1, sp.pp. 489- 490, *Sur cette notion*, Cf. aussi L. HANON, *L'Etat de droit et son essence*, R.F.D.C. 1990, pp. 699-712 ; M. TROPER, *Le concept d'Etat de droit*, *Droits* 1992, pp. 51-63.

<sup>68</sup> AJDA 1996, p. 371, obs.O.Schrameck ; B.Mathieu et M.Verpeaux, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°14*, *Petites affiches*, 4 sept. 1996,p.7.

<sup>69</sup> Du Bois de GAUDUSSON. *précité*.

ologique, lequel donne le sens d'une règle à partir de ses effets, de son but. En particulier, la Cour de justice des Communautés européennes pose en principe que doit exister un contrôle juridictionnel effectif afin que soit assurée la garantie des droits<sup>70</sup>.

Pour atteindre ces objectifs, le juge supranational doit jouer un rôle éminemment positif dans la construction et le renforcement des droits individuels, en fixant les règles régissant une justice apaisée. Pour ce faire, il doit mettre en place une technique de contrôle juridictionnel en l'adaptant aux nécessités du moment. Le droit au recours juridictionnel effectif pourrait être utilisé par la CCJA afin de pallier les carences, en termes processuels, des droits nationaux<sup>71</sup>.

A cet effet, la CCJA doit, par exemple, se réserver le droit d'anéantir un arrêt rendu dans des conditions où l'impartialité du juge a été démontrée<sup>72</sup>. Souhaiter une justice diligente implique non seulement que la décision ne souffre d'aucune suspicion, mais aussi qu'elle intervienne dans un délai raisonnable. « *Ne pas juger rapidement, ne pas prendre une décision exécutoire avec célérité, c'est une forme d'injustice, voire parfois un déni de justice* »<sup>73</sup>. C'est pourquoi certains textes internationaux place la notion de délai raisonnable dans un procès au rang de garantie d'un procès équitable.<sup>74</sup>

Le droit au recours juridictionnel effec-

tif est généralement inscrit dans une énumération des droits fondamentaux de la personne<sup>75</sup>. En projetant ce droit fondamental sur le terrain des droits processuels, le juge communautaire prendrait alors l'effectivité comme prétexte à l'imposition de règles communes au procès « O.H.A.D.A », mais, dans d'autres cas, l'ineffectivité des voies de droit nationales peut fonder un cas d'ouverture de cassation au niveau du juge communautaire<sup>76</sup>. Dans une telle perspective le droit effectif d'agir en justice dans l'espace O.H.A.D.A deviendrait *prima donna*.

## 2- Théoriser les droits de la défense dans le procès

La construction jurisprudentielle qui doit être effectuée par la CCJA à partir de l'idée d'« effectivité » du recours en justice est riche d'enseignements: pour peu qu'une telle idée « se diffuse » dans les ordres juridiques nationaux, autrement dit pour qu'elle devienne une composante essentielle d'un modèle prétorien du procès O.H.A.D.A, il est indispensable qu'elle accède à une certaine dignité juridique au sein de l'ordre juridique communautaire.

La préoccupation des droits de la défense est, dans tout régime démocratique, inhérente à tout espèce de procédure. La recherche d'un point d'équilibre entre l'efficacité de la justice et le respect de ces droits doit être permanente. Les droits de la défense

s'éprouvent dans les détails d'une procédure. Leur consécration en des principes de droit est évidemment essentielle mais leur concrétisation dans les règles pratiques ne l'est pas moins.

Le concept de droits de la défense est extrêmement riche. Il recouvre un assez large éventail de prérogatives que le droit judiciaire reconnaît à tout justiciable. S'y rattachent classiquement :

non seulement le principe de la contradiction, qui en constitue l'élément le plus caractéristique,

le droit d'accès à la justice,

le droit à un juge indépendant et impartial,

le droit à l'assistance d'un conseil ou d'un avocat,

le droit à la publicité des débats,

le droit à la motivation du jugement,

le droit à l'ouverture de voies de recours, et bien d'autres encore<sup>77</sup>.

La concrétisation d'un principe juridique est nécessaire à partir d'un certain degré d'abstraction. Lacunaire sur le plan de l'exposé, les droits de la défense doivent nécessairement être encadrés dans leurs manifestations concrètes. Logiquement il appartiendra au juge supranational de relever au cas

<sup>70</sup> CJCE, 15 mai 1986, *Johnston, D. 1986, IR p.454, obs. L. Cartou.*

<sup>71</sup> La plupart des règles du droit processuel en tant qu'elles visent la manifestation de la vérité ou la garantie des droits de la défense sont liées à l'accès à la justice. Cf. P. BELIVEAU, *les garanties juridiques dans les chartes des droits, Montreal, les Ed. Thémis. 1991, p.658.*

<sup>72</sup> Le juge doit être impartial et ne doit pas avoir d'intérêt personnel dans les affaires dont il a à connaître. Ces questions ne sont pas que théoriques dans les pays en développement où la corruption de certains juges n'est pas chose rare.

<sup>73</sup> J. C. WOOG, *Pratique professionnelle de l'avocat, op.cit., p.41.*

<sup>74</sup> Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, article 6-1, *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, précité, article 7.*

<sup>75</sup> Cf. A ce propos le colloque de Maurice, *L'effectivité et les droits fondamentaux dans la communauté francophone, op.cit. p, 687.*

<sup>76</sup> Par exemple la CCJA doit se réserver le droit d'anéantir un arrêt rendu dans des conditions dont l'impartialité du juge a été prouvée.

<sup>77</sup> Voir : J. HERON, *Droit judiciaire privé, Montchrestien, 1991, n° 236* ; VINCENT et GUINCHARD, *Procédure civile, 23 e Ed. , 1994, n°s 609 et s. H. MOTULSKY, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le respect des droits de la défense, in Mélanges Roubier, t. II, p. 175 et Ecrits, études et notes de procédure civile, t. I, Dalloz, 1973, p. 60. G. BOLARD, *Le juge et les droits de la défense, Etudes offertes à P. BELLET, Litec, 1991, p. 49 et s* ; *Les principes directeurs du procès civil, JCP 1993, I.3693.**

par cas la violation de tels principes<sup>78</sup>.

Mais le versant traditionnel du principe des droits de la défense est, bien entendu, la garantie d'une procédure contradictoire, c'est-à-dire concrètement l'« égalité des armes » strictement entendue.

Que le défendeur sache avec certitude et précision ce qu'on lui reproche, qui le lui reproche et pourquoi il le lui reproche, afin d'être en mesure d'organiser sa défense et d'apprécier les risques qu'il courrait en ne se défendant pas, c'est là le premier signe élémentaire du principe du contradictoire. Mais ce n'est pas le seul. Puisque le principe général est en soi une abstraction, son seul destin est le cadre communautaire pour une appréciation *in concreto* de la juridiction supranationale.

La modélisation du procès O.H.A.D.A

que nous préconisons, devrait être exclusivement axée sur les modalités procédurales applicables à la revendication en justice de droits issus du droit uniforme. C'est uniquement dans ce cadre et pour cet effet que l'intervention de la CCJA restera légitime et efficace. Il ne s'agit pas d'une éviction totale de la procédure nationale au profit d'un modèle de procès O.H.A.D.A. Mais, il y a lieu de considérer l'hésitation du plaideur dans un contentieux transnational, qui craint d'être attiré devant un tribunal étranger, qui va lui être étranger non pas du point de vue de la règle substantielle - puisque cette règle est commune - mais dans son mode de fonctionnement.

Cette crainte renvoie aussi aux mentalités judiciaires locales et au crédit que l'on peut accorder à tel juge dans un tel territoire étatique. C'est bien là dessus

que des principes directeurs du procès dans l'espace O.H.A.D.A peuvent avoir efficacement des incidences<sup>79</sup>. C'est à dire l'idée de faire émerger un système de procédure qui corresponde aux mentalités dans les Etats démocratiques, et qui renforce le crédit du juge. Par ailleurs, la diversité peut inciter les particuliers à élaborer une véritable stratégie procédurale à partir des mérites respectifs des règles en présence. Si le *forum shopping*<sup>80</sup> n'est pas nécessairement illégitime, il y a lieu de prendre garde à ce que cela n'ait pas pour effet d'opérer une rupture anormale d'équilibre entre les parties, surtout dans les litiges transfrontaliers<sup>81</sup>. En effet, un particulier peut être amené à devoir se rendre pour se défendre ou introduire une plainte devant les tribunaux d'un autre Etat-partie. Il devrait exister un système à échelle communautaire, pragmatique et simple.

<sup>78</sup> Par l'adoption d'une méthode d'interprétation objective.

<sup>79</sup> A titre comparatif : J. MARTRAY, *L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'union européenne*, in M. CAUPIN et de LEVAL (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, p. 439 et s.

<sup>80</sup> P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Le forum shopping devant les juridictions françaises*. *tr. com. dr. Droit international privé*. Séance du 29 janv. 1999- *Compte rendu* J. P. REMERY, *Rev. crit. droit international privé* 2000, p.138 et. s. B.J. DAVENPORT, *Forum shopping in Market*, 1995. *L QR*. p. 367

<sup>81</sup> *Les actions en ce domaine n'ont pas toujours en effet une portée nationale, mais transnationale.*

# UN GRAVE DETOURNEMENT DE LA LOI SUR LE REGLEMENT PREVENTIF PAR LE JUGE : « le cas d'une suspension des poursuites individuelles ordonnée en violation de la loi et hors esprit du texte de l'AUPCAP de l'OHADA applicable »



**Mamadou KONATE**  
Avocat Associé  
JURIFIS CONSULT

L'Acte uniforme portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif (AUPCAP) a institué une procédure de Règlement Préventif (RP). Cette procédure permet à un débiteur, dès qu'il en fait la déclaration, d'obtenir éventuellement la Suspension des Poursuites Individuelles (SPI), de proposer un concordat préventif destiné à éviter la cessation des paiements, de sauvegarder l'activité économique ou l'exploitation le cas échéant, mais aussi et surtout, de protéger les créanciers « impayés » en assurant leur désintéressement dans les meilleurs

conditions et délais possibles<sup>82</sup> (art.5 à 24 du texte précité).

Au plan pratique, le texte de l'AUPCAP poursuit l'objectif de sauvegarde de l'exploitation et de l'activité économique.

Sauf qu'une certaine manière d'appliquer ce dispositif légal, notamment au Règlement Préventif mis en place par le législateur communautaire permet de le mettre à mal.

D'ores et déjà, on peut mettre en évidence une première contradiction théorique que la pratique n'a malheureusement de cesse de dénoncer : la nature profondément contractuelle du Règlement Préventif est fondamentalement incompatible avec l'idée de Suspension des Poursuites Individuelles ordonnée par un Juge. Au quotidien, la Suspension des Poursuites Individuelles est utilisée avec « tact » et fort « malicieusement » comme une arme. Elle est destinée au mieux à forcer les créanciers réticents à participer à la négociation d'un concordat préventif, au pire, à vaincre leur résistance de recouvrer leurs créances légitimes.

Pour un débiteur aux abois par exemple, la mesure de SPI constitue naturel-

lement une « bouée de sauvetage » mais aussi et surtout, une occasion redoutable de jouer « la montre » en jouant le « temps » et l'usure. Certains débiteurs spéculent ainsi sur la lassitude qui finira par gagner le créancier pour lui extorquer une « transaction dangereuse » aux engagements fort « déséquilibrés » et « léonins ».

Bien souvent, il s'agit d'appliquer une stratégie juridique qui consiste à attaquer, surprendre, forcer, lasser et contraindre le créancier à un accord « désastreux » pour ses propres intérêts.

Crier au seul tort du débiteur serait une apostrophe sommaire et facile à son seul égard. Cette stratégie implacable peut bien avoir pour origine une volonté claire, déterminée, nourrie par une intention soutenue de se soustraire à ses obligations de paiement en jouant du « dilatoire », mais en réalité, sans la complicité passive et le laxisme critique du juge, l'esprit de la loi aurait pu être préservé.

Dans ce jeu d'équilibriste voulu par le législateur pour préserver des intérêts contradictoires, sauver une entreprise « viable », permettre ou faciliter son re-

<sup>82</sup> Filiga Michel Sawadogo, commentaire de l'AUPCAP dans le code vert

dressement, protéger les créanciers impayés et assurer leur désintéressement sont dans nombre d'Etats parties de l'OHADA la partition qui revient au Président du tribunal, saisi en raison de sa compétence.

Le moindre écart dans ce jeu de « domino » délicat, entre la saisine du juge par le débiteur au moment propice et la mise en œuvre correcte et complète du dispositif de la loi pour l'apurement total du passif de l'entreprise en difficulté peut être de nature à obérer et vider profondément le texte de l'AUPCP de tout son sens, en faisant écrouler tout son bel édifice.

Comme aimait à le rappeler Julliot de la Morandière, le droit n'est qu'une technique au service d'une finalité pratique<sup>83</sup>. En effet, lorsque le juge perd de vue la finalité de la loi, c'est que la justice perd de son sens. Un tel sentiment peut heurter avec fracas l'idée de justice qui anime la conscience de chacun. Nombreux sont les justiciables qui reçoivent mal et se revoltent contre certaines décisions de justice portant SPI et de RP rendues dans un certain nombre de nos juridictions nationales.

Dans ce domaine particulier, le Tribunal de Commerce de Bamako, le plus important tribunal commercial du Mali, s'illustre au premier plan. La juridiction présidentielle au sein de ce tribunal n'en est pas à sa première tentative de distorsion / contorsion de la loi qui est pourtant simple d'interprétation et facile de mise en œuvre.

Une analyse sommaire des dernières

décisions rendues nous a permis de relever des incohérences patentes dans une série d'ordonnances présidentielles ; plusieurs d'entre elles ont ordonné au profit de débiteurs largement et massivement poursuivis par ailleurs, des mesures de « suspension des poursuites individuelles » dès le « dépôt » des requêtes et avant même que les pièces exigées par la loi et/ou que le projet de concordat soient déposés dans le dossier de la procédure ou communiqués.

Cette pratique, hautement préjudiciable et répréhensible, constitue non seulement une violation manifeste du texte de l'AUPCP par le juge mais aussi un « kidnapping » contre lequel, les créanciers déstabilisés, désorientés et privés de leurs droits légitimes perdent tous moyens réels de défense (I).

De sorte que la leçon principale que l'on peut tirer de cette pratique désastreuse est qu'il est aujourd'hui nécessaire d'appeler à repenser la SPI en précisant d'avantage les conditions qui prévalent à sa mise en œuvre par le Juge. Ceci permet de redonner au RP tout son sens et son attrait qui est celui de parvenir par une technique de contractualisation accrue, à l'élaboration dans un climat de sérénité et de confiance, un plan de concordat préventif, réel et sérieux dans un contexte de Règlement Préventif apaisé (II).

### **La Suspension des Poursuites Individuelles ordonnée : un principe fortement dévoyé**

La saisine aux fins d'ouverture d'une procédure de règlement préventif est

attirée. Seul le débiteur a qualité pour demander à la juridiction compétente d'ouvrir à son profit le règlement préventif.

L'article 5 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives précise que la juridiction compétente est saisie par requête du débiteur. Celui-ci expose sa situation économique et financière et présente les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif (1.1). La requête doit être accompagnée d'une offre de concordat préventif (1.2).

### **Les Conditions formelles de saisine du Président de Tribunal compétent**

Le texte de l'AUPC précise bien que la juridiction compétente est saisie au moyen d'une requête présentée par le débiteur. Celui-ci doit obligatoirement joindre à sa requête des pièces permettant au juge de fonder son opinion quant à la réalité et la pertinence des difficultés alléguées.

Ainsi, une requête en règlement préventif ne peut être recevable en la forme que lorsqu'elle satisfait aux conditions exigées par l'article 6 de l'AUCAP<sup>84</sup>.

Le texte de l'article 6 poursuit en indiquant que « tous ces documents doivent être datés, signés et certifiés conformes et sincères par le requérant ». Il est vrai que le texte sur ce point ne semble pas très adapté aux entreprises de petite taille voire moyenne qui sont de loin les plus dominantes dans les territoires ohada.

<sup>83</sup> C. Champaud in *La lettre du juriste*, novembre 1994.

<sup>84</sup> 1° un extrait d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;

2° les états financiers de synthèse comprenant, notamment, le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois ;

3° un état de la trésorerie ;

4° l'état chiffré des créances et des dettes avec indication du nom et du domicile des créanciers et des débiteurs ;

5° l'état détaillé, actif et passif, des sûretés personnelles et réelles données ou reçues par l'entreprise et ses dirigeants ;

6° l'inventaire des biens du débiteur avec indication des biens mobiliers soumis à revendication par leurs propriétaires et de ceux affectés d'une clause de réserve de propriété ;

Les pièces listées dans le texte précité sont pour la plupart :

des documents comptables ;  
des informations relatives aux sùretés, *latu sensu* données ou reçues ;  
des informations sur les salariés ;  
des extraits d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;  
de la liste des membres solidairement responsables des dettes s'il s'agit d'une personne morale etc.

Le but recherché par le législateur ici est double : il s'agit, pour le débiteur, d'apporter les justificatifs de ses allégations et, pour le juge, de faire une appréciation *prima facie* de la situation qui lui permet également de prendre en compte l'intérêt des créanciers dans un objectif et démarche d'apurement du passif.

Or, sur ce point précis, cette appréciation se fait aussi et surtout par une analyse rapide des chiffres fiables de l'entreprise.

Comment un débiteur peut-il convaincre le juge de difficultés financières passagères s'il ne met pas à la disposition de celui-ci un état financier de synthèse par exemple ?

Inversement, comment le juge peut-il légitimement ordonner une mesure aussi grave qu'une SPI sur la seule foi de simples allégations d'un débiteur ?

Ces interrogations n'ont pas eu l'air d'ébranler la juridiction présidentielle de Bamako qui, depuis bien longtemps, viole allégrement ces dispositions pourtant claires de l'Acte uniforme précité.

Cette juridiction présidentielle a, à de très nombreuses reprises, nonobstant les exigences légales prescrites, ordonné, dans des conditions curieuses, la suspension des poursuites individuelles voire « collectives » au détriment des créanciers, surpris et privés de moyens d'action et de défense.

Les conditions dans lesquelles ces ordonnances du juge malien sont rendues ont été dénoncées, et avec pertinence<sup>85</sup>, à de nombreuses reprises sans que rien n'y fit.

Evoquons l'ordonnance de SPI rendue le 24 septembre 2009. Dans le cadre d'une demande d'ouverture d'une procédure de règlement préventif adressée au Président du Tribunal de Commerce de Bamako, une entreprise a pu obtenir, sur la seule foi d'une simple requête, dépourvue de pièces justificatives et obligatoires, une ordonnance à son profit de suspension des poursuites individuelles de la part « *de ses créanciers pendant une période de trois (03) ans* ».

Aucune pièce comptable exigée et listée à l'article 6 de l'Acte uniforme n'avait été fournie par la requérante. Cette carence manifeste est telle qu'on peut légitimement s'interroger sur la véritable motivation de cette ordonnance.

A cette Ordonnance, vient s'ajouter celle rendue sous le N°476/09 en date du 11 août 2009. Un autre société a pu elle aussi, bénéficier d'une mesure de suspension des poursuites individuelles pour une période de deux (02) ans dans les mêmes conditions et circonstances que la société visée ci-dessus.

Cette pratique de la juridiction présidentielle du Tribunal de Commerce de Bamako est d'autant plus regrettable que les commentaires et critiques, abondants et surtout négatifs qui accompagnent bien souvent ses décisions, n'ont eu aucune influence sur les conditions néfastes dans lesquelles ces ordonnances sont rendues.

Pas plus qu'elle n'éprouve le besoin de rectifier le tir ou de s'expliquer sur les raisons qui l'empêchent de ne pas tenir compte de l'énumération faite à l'article 6.

Qui plus est, c'est cet article 6 qui exige du juge, d'exposer dans sa décision, au cas où les documents n'auraient pas été produits, les motifs de cet empêchement.

Or, dans la requête présentée par la première société, aucune indication en ce sens n'avait été faite.

Il y a fort à craindre que cette carence du débiteur, suivie du manquement du juge, ne finisse par brouiller l'information sur la véritable situation économique du débiteur, situation qui aurait pu par ailleurs indiquer que celui-ci était en réalité en état de cessation des paiements. Ce qui devrait naturellement conduire le magistrat à prononcer plutôt l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en lieu et place de la procédure de Règlement préventif.

Dans les cas évoqués, il est manifeste que la seule chose visée par le débiteur était l'obtention de la SPI à l'égard de *tous ses créanciers* pour une durée de

<sup>7</sup> le nombre des travailleurs et le montant des salaires et des charges salariales ;

<sup>8</sup> le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices imposés des trois dernières années ;

<sup>9</sup> le nom et l'adresse des représentants du personnel ;

<sup>10</sup> s'il s'agit d'une personne morale, la liste des membres solidairement responsables des dettes de celle-ci, avec indication de leurs noms et domiciles ainsi que les noms et adresses de ses dirigeants.

<sup>85</sup> Sobdibé Zoua, Commentaire de l'Ordonnance n°886 du 26/11/04 du Tribunal de Bamako, <http://www.cefod.org/spip.php?article1267>

« *trois ans* ». Même dans cette intention, la rédaction de la requête comporte une faille évidente que le juge n'a pas ou n'a jamais voulu relever.

L'article 5 al.2 de l'Acte uniforme précise très clairement que la requête doit indiquer « les créances pour lesquelles le débiteur demande la suspension des poursuites individuelles ». En d'autres termes, la mesure de suspension des poursuites doit être « individuelle » et nominative, en aucun cas elle ne peut être collective et *erga omnes*. Il s'agit bien entendu d'un motif supplémentaire de la violation de l'esprit et de la lettre de l'Acte uniforme précité.

Ce n'est pourtant pas le dernier. Pour espérer prospérer devant n'importe quelle juridiction nationale, faisant ne serait-ce qu'une lecture sommaire de l'Acte uniforme applicable au RP, la requête en demande d'ouverture de cette procédure doit aussi répondre à une autre condition, celle de présenter une offre concordataire « sérieuse ».

## 1.2. L'absence d'offre concordataire « sérieuse »

L'offre de concordat pose à la fois la question de son délai pour le dépôt mais également en ce qui concerne son contenu.

En premier lieu, l'offre doit être déposée en même temps que les documents accompagnant la requête. A défaut, elle doit être déposée au plus tard dans les trente (30) jours qui suivent le dépôt des documents. Si ce délai expire, elle doit être déclarée irrecevable.

Le dépôt de l'offre est une étape et condition importantes puisqu'il produit une conséquence capitale : le président de la juridiction compétente va non seulement pouvoir rendre une décision de suspension des poursuites individuelles, mais également, dans les huit

(08) jours suivant le dépôt du rapport de l'expert, il convoque le débiteur au tribunal pour y comparaître. Il y convoque également l'expert ainsi que tout créancier qu'il juge utile d'entendre (article 14 du texte précité).

Et, l'article 15.4 dispose que « la juridiction compétente doit se prononcer dans le mois de sa saisine ».

En second lieu, l'offre de concordat préventif doit être sérieuse. Elle doit impérativement préciser les mesures et conditions envisagées pour assurer le redressement de l'entreprise. Elle doit prévoir d'une part, les mesures tendant à la continuation de l'entreprise et son assainissement, d'autre part, les modalités et garanties du règlement de son passif.

Or, dans la pratique de la juridiction présidentielle bamakoise par exemple, ces règles de procédure sont constamment flouées. Les débiteurs parviennent à obtenir très facilement une ordonnance de SPI sans même présenter une offre concordataire à tout le moins, une offre concordataire qui peut être considérée comme « sérieuse ».

Dans l'affaire SOADF Industrie sa déjà évoquée, l'offre concordataire tenait en une simple lettre de l'Avocat du débiteur, annonçant quelques vagues intentions du débiteur, ce dernier s'engageait notamment à assurer à l'entreprise :

« *une restructuration technique en abandonnant les branches d'activités les moins rentables...* » ;  
 « *si cela s'avère nécessaire, la Direction pourra procéder aussi à des licenciements pour motif économique...* » ;  
 « *la SOADF Industrie se entend nouer des contacts avec certains partenaires techniques en vue d'un accompagnement personnalisé dans ses tâches quotidiennes ce, pour une meilleure réalisation de ses objectifs...* ».

C'est sur ces trois points que tenait en l'espèce l'offre concordataire. Telles

étaient les mesures envisagées par le débiteur pour résorber la difficulté économique de l'entreprise et sur lesquelles il se fonde pour demander la SPI à l'égard de *tous ses créanciers* et « l'interdiction de tout règlement de créance pendant les premières années de l'homologation du concordat ».

Le concordat préventif n'est pas cela. Il ne peut et ne doit pas se confondre avec un catalogue de bonnes intentions aussi bienvenues soient-elles. Il consiste en des mesures concrètes, souvent douloureuses, mais pouvant réellement aboutir à deux actions : sauvegarder l'entité économique et désintéresser les créanciers poursuivants dans les meilleures conditions et délais.

Dans le cas de l'espèce évoqué, toutes ces mesures annoncées auraient pu être prises en amont par n'importe quel chef d'entreprise avisé. Pourvu qu'il se comporte comme un bon père de famille, selon la formule consacrée, dès les premiers signes de difficultés sans éprouver le besoin de passer par le juge pour l'ouverture d'un RP.

Ce cas spécifique, suffisamment disert est cependant loin d'être un cas d'espèce, loin s'en faut. Des situations comme celles-ci font malheureusement légion dans cette importante juridiction commerciale de Bamako.

Cela avait été également le cas dans une affaire ayant fait l'objet de l'Ordonnance N°886 du 26 novembre 2004 du Tribunal de Bamako. Dans cette procédure, l'ordonnance de SPI avait été rendue à la suite d'une requête dans laquelle les mesures de sauvegarde étaient tout simplement inexistantes.

Il s'agit dans tous ces cas de figure d'une cause d'irrecevabilité évidente de la requête que les créanciers s'épuisent à dénoncer devant le Président de

cette juridiction, sans que cela ne produise le moindre effet.

Une offre concordataire « *sérieuse* » doit au contraire indiquer le plan de continuation de l'entreprise, en précisant par exemple la demande de délais et de remises, la cession partielle d'actifs avec indication précise des biens à céder, la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce, la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives, les unes des autres.

L'offre doit également signaler les personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elle et nécessaires au redressement de l'entreprise ; les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, du règlement du passif né antérieurement à la décision prévue à l'article 8, ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution ; ces engagements et garanties peuvent consister, notamment, en la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par de nouveaux, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la requête, la fourniture de cautions etc.

Une offre de concordat préventif tenant en une demie page de la société SAM-PANA a définitivement scellée et le sort de créanciers se partageant une somme supérieure à trois milliards de Francs CFA.

S'agissant des montants à la charge du débiteur, celui-ci n'indique dans l'offre de concordat que les seuls montants en principal, dû à chaque créancier, sans même faire état des intérêts applicables

auxdites sommes.

D'ailleurs, concernant le règlement de ces sommes, l'offre de concordat se contente de le diviser par deux, en l'étalant sur une période de vingt quatre mois, soit deux ans d'attente par créancier. Qui plus est, l'offre de concordat ne précise aucun échéancier de paiement. De sorte qu'il n'existe aucun point de départ et aucune fréquence de règlement. Le créancier s'engage à payer telle somme sur douze ou vingt quatre mois. Le débiteur dispose d'un matelas. Ce qui fait qu'aucun créancier ne peut dire, ni savoir à partir de quand il sera payé et à hauteur de quel montant mensuel par exemple. Surtout que rien n'est dit dans le concordat en cas de non paiement au bout d'une année ?

En outre, l'offre de concordat ne contient aucune mesure concrète destinée à assurer le redressement de la société et l'apurement du passif, encore moins des mesures à garantir l'exécution des engagements.

Cette offre de concordat a été homologuée par le Tribunal de commerce de Bamako par son jugement N°40 en date du 13 janvier 2011.

Nul n'a besoin d'être prédicateur pour prédire l'échec absolu d'un tel concordat, en tous points inexécutable et inapplicable.

En droit O.H.A.D.A, il est de jurisprudence constante qu'une proposition de concordat, pour être sérieuse et gagner la conviction du tribunal, ne doit pas rester qu'à l'état de perspectives, même bien évaluées, mais consister plutôt en des mesures concrètes et des propositions réelles tout aussi bien quant au personnel, qu'aux ressources et à des remises des créanciers et délais obtenus en vue de redémarrer l'activité et apu-

rer collectivement le passif (TGI Ouagadougou, n° 100 bis, 24-1-2001 : Requête des Établissements KORGO et Frères aux fins de redressement judiciaire, www.ohada.com, Ohadata J-04-182).

Il a été jugé qu'une proposition de concordat impossible à réaliser ne saurait être retenue pour envisager un redressement judiciaire (TGI Ouagadougou, n° 224, 20-3-2002 : Requête aux fins de liquidation judiciaire de la SOTRAO, www.ohada.com, Ohadata J-04-187).

De même, en son temps, la société Air Afrique avait été mise directement en liquidation judiciaire pour ne pas avoir présenté d'offre de concordat (CA Abidjan, n°723, 7-6-2002 : M. ATTIBA Denis et Autres c/ Compagnie Multinationale Air Afrique, www.ohada.com, Ohadata J-03-29 ; TGI Ouagadougou, n°423, 25-4-2001 : Liquidation des biens de la société FASO FANI, www.ohada.com, Ohadata J-02-60).

Il apparaît qu'à défaut d'une offre concordataire sérieuse, la requête en demande d'ouverture de RP ne saurait prospérer à fortiori l'ordonnance de SPI. Or il a été démontré avec quelle prodigalité le juge bamakois accorde ses mesures au débiteur, pourvu que celui-ci invoque la moindre petite difficulté.

Au demeurant, nous pensons que la mesure de SPI telle qu'elle existe et telle qu'elle est pratiquée dans nos tribunaux, est incompatible avec l'efficacité du RP.

### **L'incompatibilité de la suspension des poursuites individuelles avec l'efficacité d'un concordat préventif**

La SPI est d'abord une mesure injuste avant d'être une mesure inefficace par rapport aux véritables objectifs recherchés par le législateur communautaire.



## 2.1. La SPI une mesure injuste et inefficace

Quelques praticiens ont souligné que la SPI telle que insérée dans le dispositif actuel du règlement préventif, plus exactement la menace d'y recourir, est une « arme » sans laquelle le débiteur et ses créanciers n'aboutiraient pas, dans certains cas, à la conclusion d'un accord.

Ce faisant, ils soulignent toute l'utilité qu'il y a de maintenir ce dispositif qui l'emporterait donc, en d'autres termes, sur la rigueur des principes juridiques. Le Professeur Filiga Michel SAWADOGO souligne fort justement que la décision de la SPI est en réalité l'objectif principal et immédiat poursuivi par le débiteur à travers l'introduction de sa requête<sup>86</sup>.

On assiste donc à une inversion de logique. En règle générale, la SPI est octroyée pour permettre au débiteur d'établir un plan de réorganisation. Mais, elle *devrait* être refusée lorsque le tribunal estime qu'aucun plan n'est ou ne pourra être élaboré ou que l'entreprise n'a aucune chance de survie.

Dans ces conditions, faire de la SPI l'élément central du règlement préventif n'a aucune cohérence et aucun sens. Aussi, les données du problème seraient modifiées dès lors que l'on permet une sorte d'automatisme entre la demande et l'octroi de la SPI comme c'est le cas auprès de la juridiction commerciale bamakoise.

En vérité, cette stratégie de la précipitation des débiteurs pour présenter une requête devant le juge peut paraître quelque peu paradoxale.

En effet, puisque l'entreprise est sensée ne pas être en état de cessation des paiements (article 2), puisqu'aucun délai formel ne leur est imparti pour introduire leurs demandes, il serait mieux indiqué de réunir au préalable tous les documents requis pour mieux élaborer leurs offres de concordat préventif avant de présenter leurs requêtes au Président du tribunal.

Mais il est vrai qu'en cela, ils ne font que se conformer à une pratique très répandue. La quasi-totalité des débiteurs requérants ne voit que l'effet immédiat qu'ils peuvent tirer d'une saisine, souvent hâtive du Président de la juridiction compétente qui leur prête une oreille aussi attentive que laxiste :

celui-ci va pouvoir ordonner dans la foulée une décision de suspension des poursuites individuelles, dévastatrice pour les créanciers.

Or, mieux que cet intérêt immédiat, l'autre objectif du règlement préventif n'est-il pas de fixer un cadre de négociation dans un climat de confiance mutuelle, entre débiteur et créancier(s), pour éviter l'aggravation de la situation financière de l'entreprise préjudiciable à tous ?

Le concordat préventif est et doit de-

meurer un accord de volontés entre le débiteur et les créanciers (tous les créanciers ou les principaux d'entre eux).

Pourtant, dans les faits, les négociations ne se déroulent jamais sur la base du projet préparé en amont par le dirigeant aidé par l'expert. Les créanciers veulent aller vite pour faire face à une sorte de chantage devant lequel naturellement, de guerre lasse, ils n'ont pas d'autre choix que de céder ou de limiter les « dégâts ».

Or, en toute logique, le débiteur devrait tenter, sur la base de son projet concordataire, de parvenir avec chacun des créanciers à un accord sur les délais ou les remises que celui-ci consent, étant entendu que le créancier se prononcera *in fine* en fonction des mesures que le débiteur entend prendre, pour parvenir à l'assainissement rapide de l'entreprise afin de lui garantir le paiement de sa créance.

Dans cet esprit, la liberté contractuelle doit demeurer le principe. Même si les éléments objectifs du contrat qu'est le concordat préventif, ont leur intérêt d'ordre public économique, le contrat est l'« affaire des parties » et des seules parties. Ce n'est pas la « chose du juge ».

Dans notre conception, le règlement préventif, dont l'objet est de permettre un accord entre un débiteur et ses créanciers, sous le regard du tribunal, mérite d'être encouragé dans ce cadre contractuel seulement.

Par voie de conséquence, le concordat amiable doit être soigneusement distingué du redressement judiciaire. Dans ce cadre, la ligne de démarcation doit rester la possibilité ou non d'ordonner

<sup>86</sup> V. Filiga M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté, OHADA, collection Droit Uniforme Africain*, p.63

la SPI en cours de procédure.

### **Affirmer le caractère amiable du règlement préventif**

La possibilité de prononcer la suspension des poursuites individuelles ne nous paraît pas être l'instrument le plus adapté pour favoriser l'aboutissement d'un processus de négociation basé sur la confiance.

Dans un système rénové, la ligne de démarcation entre l'amiable et le judiciaire doit être affirmée sans ambiguïté. Or, cette ligne de démarcation nous paraît résider dans le besoin du débiteur de voir ordonner une mesure aussi coercitive que l'arrêt des poursuites individuelles qui relève par nature d'une démarche profondément juridictionnelle.

Dans cette logique, nous appelons de nos vœux la suppression de la faculté de demander une mesure de suspension provisoire des poursuites dans le cadre d'un règlement préventif.

Le débiteur se trouve donc, en cas de suspension des poursuites, dans une situation assez proche de celle qui est la sienne dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire.

Sans doute l'ordonnance de SPI peut-elle constituer une certaine incitation pour les créanciers à parvenir à un concordat amiable, dans la mesure où la paralysie collective de leurs actions à l'encontre du débiteur les contraint ainsi à rechercher une issue amiable.

Toutefois, en pratique, cette mesure est détournée de son objectif principal. En fait d'un véritable plan concordataire pouvant déboucher au redressement de l'entreprise et à l'apurement du passif,

cette mesure sert principalement au débiteur de moyen efficace pour décourager ses créanciers, voire les essouffler. Une autre raison mérite d'être rapportée pour mettre en exergue un peu plus cette nécessaire ligne de démarcation. La suspension des poursuites contribue inmanquablement à rompre la confidentialité devant nécessairement s'attacher à la recherche d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers.

En effet, la connaissance prématurée des difficultés d'une entreprise par ses concurrents ou ses clients peut faire perdre à celle-ci le crédit dont elle a nécessairement besoin pour les affronter dans des conditions optimales. Or, la SPI faite pour braquer les créanciers a pour effet immédiat de produire copieusement cette mauvaise publicité.

A l'analyse, cette procédure fait en quelque sorte double emploi avec la procédure de redressement judiciaire ouverte après la cessation des paiements. Elle présente en tous les cas plus d'inconvénients que d'avantages dans le cadre de l'élaboration d'un accord amiable.

Néanmoins, certaines critiques ne manqueront pas de relever que cette modification de l'état du droit impliquerait que, désormais, aucun obstacle ne pourrait être opposé aux créanciers qui, pendant le déroulement de la conciliation, décideraient d'intenter des actions en justice dans le but d'obtenir un paiement ou d'obtenir la résolution d'un contrat le liant au débiteur pour défaut de paiement.

Mais, on pourrait rétorquer précisément que cette suppression serait remplacée par la possibilité pour le juge,

en cas de poursuite du débiteur par l'un de ses créanciers pendant la procédure de règlement préventif, « *de faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil* ».

Inscrit dans le droit commun de la majeure partie des Etats-parties, l'article 1244-1 du code civil n'est pas spécifique aux procédures collectives. Il permet au juge de :

reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues par le débiteur à ses créanciers ;  
prescrire, par décision spéciale et motivée, que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

En vertu de l'article 1244-2, la décision du juge d'octroyer l'une ou l'ensemble de ces mesures a également rigoureusement pour effet de suspendre automatiquement les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le ou les créanciers dont le paiement des créances a fait l'objet des mesures prononcées par le juge.

En droit commun, le juge dispose donc déjà d'un pouvoir discrétionnaire pour faire application de ces mesures. Cette latitude devrait être conservée dans le cadre de la procédure de règlement préventif.

Dans notre démarche, le juge ne pourrait intervenir sur la base de ces dispositions qu'à la demande du débiteur et « *après avoir été éclairé par l'expert* ». Cette formulation devrait impliquer que l'expert devrait présenter au président du tribunal un rapport suffisamment détaillé de la situation. Son

intervention ne doit pas se limiter à un simple avis portant sur l'opportunité de faire application des articles 1244-1 et suivants du code civil.

Il y a cependant lieu de relever que les mesures ordonnées par le juge en vertu des dispositions susvisées n'auront pas une portée absolue comme c'est le cas dans la pratique de la SPI. En effet, les créances nées d'un effet de commerce, ainsi que les créances salariales, ne peuvent être soumises à l'une quelconque de ces mesures.

En outre, ces dernières n'ont aucun caractère collectif, car le juge doit statuer à l'occasion de chacune des poursuites

intentées par l'un des créanciers.

En dernière analyse, si l'édifice juridique ainsi construit présente une incontestable cohérence intellectuelle, il s'est, en pratique, révélé être un carcan trop rigide et complètement devoyé dans sa lettre et dans son esprit.

Tous les praticiens, tous les retours d'expériences dans les différents Etats-parties et tous les échecs des procédures de redressement démontrent, s'il en était besoin, que la principale exigence d'amélioration des procédures collectives réside sinon dans la demande de suppression du moins dans la nécessité d'un meilleur encadrement

de la SPI à l'encontre des créanciers.

Les critiques ainsi formulées à l'encontre des procédures collectives durant les années passées ont principalement visé le manque de transparence dans lequel quelques-unes d'entre elles ont pu se dérouler, et dont certains débiteurs de mauvaise foi ont pu profiter aux dépens de l'entreprise elle-même et de ses emplois.

Ce qui conduit subséquemment à la « judiciarisation » excessive d'une procédure d'essence profondément contractuelle. La SPI dans le cadre du règlement préventif a tout simplement fait la preuve de son inefficacité.

## UN DEBITEUR FORCLOS DE SON DROIT D'OPPOSITION PEUT-IL CONTESTER DEVANT LA COUR D'APPEL LE BIEN FONDÉ DE L'ORDONNANCE D'INJONCTION DE PAYER ?

### Commentaire de l'Arrêt CCJA n° 15 du 29 juin 2006 - 1<sup>re</sup> Chambre, Aff C.D c/ Société Ivoirienne d'Assurances Mutuelles dite SIDAM



**Bakary DIALLO**  
Docteur en Droit des Affaires  
Avocat au Barreau de Paris

À première lecture, l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la CCJA du 29 juin 2006, ci-dessus reproduit, ne pouvait souffrir de contestations sérieuses, la juridiction supranationale ayant déjà rappelé à plusieurs reprises les exigences de fonds d'une créance litigieuse faisant l'objet d'une procédure d'injonction de payer<sup>87</sup>.

Mais voilà, sous ses dehors d'un classicisme éprouvé, cet arrêt de rejet enferme de nombreuses ambiguïtés et provoque chez le commentateur quelques doutes.

Le juge supranational statue sur l'effet qu'il faut accorder à une ordonnance

d'injonction de payer qui avait fait l'objet d'une opposition tardive et qui était consécutive à une transaction intervenue à la suite d'un accident de voiture.

L'espèce, semble-t-il, pose des difficultés sérieuses et récurrentes dans de nombreux litiges relatifs au contentieux des assurances règlementé par le code CIMA<sup>88</sup>.

Un jeune garçon avait été victime d'un grave accident de la circulation, à la suite duquel il fut amputé d'un membre inférieur. En 1999, Monsieur C.D agissant au nom de son fils avait conclu une transaction avec la compagnie d'assurance SIDAM qui assurait le vé-

<sup>87</sup> Voy notre chronique jurisprudence OHADA n° 851, 2005

<sup>88</sup> En témoignent les nombreux arrêts de rejet rendu par la CCJA et les juridictions nationales sur les demandes d'injonction de payer pour le recouvrement d'indemnité d'assurance.

hicule mis en cause, transaction qui avait abouti au paiement d'une somme de 6.127.844 francs CFA au titre de l'indemnité de réparation définitive.

Estimant que l'indemnisation convenue n'était que partielle, notamment parce que : « les indemnités relatives au corporel, celles des prothèses étaient toujours en souffrance », Monsieur C.D avait réclamé vainement à la compagnie d'assurance le paiement de la somme de 8.507.500 francs CFA, représentant selon lui, le montant des prothèses prescrits par les experts, et avait fini pour obtenir cette somme par saisir le Président du Tribunal de première instance d'Abidjan de deux procédures successives d'injonction de payer.

La première initiée le 22 juin 2000 avait fait l'objet d'opposition de la part de la SIDAM et fut, en conséquence, rétractée le 05 février 2001. La seconde procédure d'injonction de payer quant à elle formée le 26 avril 2001 avait manifestement échappé à la vigilance de la compagnie d'assurance puisque celle-ci fut déclarée forclosée et condamnée au paiement de la somme de 8.507.500 francs CFA pour avoir formé une opposition tardive (06 juin 2001). Résistant à l'application de ce jugement du 28 novembre 2001 qui constatait sa forclusion et le condamnait, la SIDAM avait relevé appel. Avec satisfaction puisque la cour d'appel d'Abidjan infirma le jugement et statuant à nouveau annula l'ordonnance d'injonction de payer.

Privé du bénéfice de l'ordonnance d'injonction de payer, Monsieur C.D se pourvoit irrégulièrement en cassation devant la Cour suprême de Côte d'Ivoire qui conformément à l'article

15 du traité de l'O.H.A.D.A s'est naturellement dessaisie au profit de la juridiction supranationale.

Tels étaient, pour l'essentiel, les circonstances et les termes du litige soumis en l'espèce à la censure de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage.

L'auteur du pourvoi reprochait spécialement à la cour d'appel d'avoir infirmé le jugement constatant la forclusion au seul motif que la créance poursuivie n'était pas contractuelle au sens de l'article 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme, et considérerait plutôt celle-ci comme née d'un quasi-délit. Or pour les défenseurs de la victime le problème ne consistait plus à ce stade de la procédure en la recherche de l'origine contractuelle ou non de la créance. Il s'agissait tout simplement pour le pourvoi de donner plein et entier effets à l'ordonnance d'injonction de payer qui n'avait pas fait l'objet d'opposition.

Même imparfaitement formulée la question juridique ne manquait pas de pertinence : un débiteur forclos de son droit d'opposition peut-il contester devant une cour d'appel le bien fondé de l'ordonnance d'injonction de payer ?

Pour rejeter le pourvoi, les hauts magistrats se sont contentés de trancher l'espèce en rappelant que l'ordonnance d'injonction de payer ne pouvait prospérer qu'autant que la créance litigieuse remplissait les conditions requises par l'article 2 de l'AUPSRVE. Selon eux, en l'occurrence, la créance n'était pas d'origine contractuelle et ne résultait pas de l'engagement, de l'émission ou de l'acceptation d'un effet de commerce, ou d'un chèque dont la provision s'est révélée inexis-

tante ou insuffisante.

L'économie immédiate de ce dispositif ne laisse pas place au doute : la créance dont le recouvrement est poursuivi résultant d'un accident de la circulation est un quasi-délit donc régi par les dispositions du code CIMA.

Seulement, ce faisant, la juridiction supranationale ne répond pas directement à la problématique du pourvoi : un débiteur forclos de son droit d'opposition peut-il contester devant une cour d'appel le bien fondé de l'ordonnance d'injonction de payer ?

La question n'est pas sans intérêt quand on sait, comme le relève l'auteur du pourvoi, que « l'irrégularité de l'opposition entraîne la déchéance ... »

Cet arrêt objet de nos commentaires paraît éminemment critiquable, il méconnaît l'esprit de la procédure d'injonction de payer qui veut que le Président puisse rendre l'ordonnance dès que la créance lui paraît fondée en son principe ; il appartiendra ensuite au débiteur, qui veut élever une contestation, de former une opposition qui restituera un caractère contradictoire à la procédure conduite jusque là de manière unilatérale par le créancier. Dès lors c'est une autre instance qui est ouverte sur l'opposition et le tribunal est saisi de l'entier litige.

En l'absence d'opposition ou d'opposition tardive, l'ordonnance d'injonction de payer produit tous les effets d'une décision contradictoire et n'est pas susceptible d'appel (article 16 de l'AUPSRVE).

Mais fondamentalement, c'est la motivation même de l'arrêt qui nous semble vulnérable. En effet, compte tenu

des circonstances et des faits de l'espèce la qualification de la créance litigieuse peut prêter à discussions **(première partie)**, le doute est également permis sur l'efficacité même qu'il convient de donner à l'ordonnance d'injonction de payer **(deuxième partie)**.

## Le caractère contractuel de la créance litigieuse

Pour rejeter le pourvoi, la CCJA avait qualifié la créance de délictuelle. Pourtant à l'analyse de l'arrêt ce constat est loin d'être évident : la créance de la victime résultait d'une transaction qui est un contrat **(A)**, c'est de la contestation de cette transaction qu'est née la demande d'injonction de payer **(B)**

### A - La nature contractuelle de la transaction

Il faut dire que le traitement des dossiers d'accidents de la circulation automobile, jadis basé sur les règles de réparation du droit commun édictées par le code civil, se trouve aujourd'hui bouleversé par le code CIMA à travers l'obligation qui est faite aux parties de se soumettre à une tentative de transaction avant toute action judiciaire.

En effet, l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter une offre d'indemnité.

Cette obligation de transiger résulte des dispositions de l'article 231 du code CIMA: « *indépendamment de la réclamation que peut faire la victime, l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter, dans un délai maximum de douze mois à compter de l'accident une offre d'indemnité à la victime qui a subi une atteinte à sa personne ....* ». Ce recours obligatoire à la transaction a pour objectif d'amener les parties à rechercher un terrain d'entente afin de parvenir le plus rapidement possible à un règlement amiable et d'éviter autant que possible le contentieux judiciaire.

Mais bien plus, le curseur a été déplacé, du dommage subi par l'assuré on est passé par celui subi par la victime ; du droit de l'assuré de transiger au nom de l'assuré on est passé au devoir de transiger avec la victime. Le souci du législateur CIMA est la protection de la victime qui conduit à mettre l'accent sur la créance de l'indemnisation. Or classiquement le principe en droit civil c'est que la créance d'indem-

nisation de la victime naît au moment de la réalisation du dommage, le jugement de condamnation du responsable est déclaratif et non constitutif. Par suite, l'orthodoxie de la théorie de la nature juridique de l'assurance de responsabilité semble bouleversée : de l'assurance d'une dette de responsabilité, elle passe à l'assurance d'une créance de réparation de la victime<sup>89</sup>.

Ce bouleversement du régime de responsabilité en matière d'assurance n'a qu'un seul but améliorer la situation des victimes d'accidents de la circulation en hâtant la perception de l'indemnité par la victime. Mais compte tenu du déséquilibre économique qui peut exister entre la compagnie d'assurance et la victime ou ses ayants droit il est fréquent que les offres d'indemnités assez dérisoires soient acceptées sans véritables discussions.

C'est ainsi qu'une offre qui paraît manifestement insuffisante fait régulièrement l'objet de contestations ultérieures de la part des victimes.

C'est ce qui manifestement semble être le cas dans l'espèce qui nous mobilise.

Mais quelle peut être la portée réelle d'une telle opération ainsi intervenue entre les parties ? Quelle est véritablement la nature juridique de la transaction ?

*La transaction est réglementée pour l'essentiel par les articles 2044 à 2058 du Code civil. L'alinéa premier de l'article 2044 du code civil définit la transaction comme : « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». L'article 1441-4 du CPC ajoute que « le président du TGI, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté. »*



<sup>89</sup> Un auteur français a su exprimer cette idée de façon lumineuse : François Chabas, « Commentaire de la loi du 5 juillet 1985 », JCP., 1985, 3205.

La transaction est donc un contrat, un contrat synallagmatique. Cette réalité peut se déduire d'un des attendus d'un récent arrêt de la cour de cassation française : « le sacrifice consenti par chacune des parties devient la cause de l'engagement contracté par l'autre partie... » (cass.24 Déc.2000).

La transaction est donc une convention par laquelle les parties entendent arrêter une contestation et se consentent des concessions réciproques. La victime qui conclut une transaction arrête définitivement le montant de ses indemnités. Elle emporte abandon du droit d'agir en justice, c'est-à-dire du droit de faire trancher par un juge le différend relatif à l'objet de la transaction.

Dans le cas qui nous occupe, la transaction intervenue entre la SIDAM et Monsieur C.D tendait à mettre fin au litige. Elle stipulait que M.C.D renonçait « à formuler toute réclamation de quelque nature qu'elle soit quant à l'état de son fils relativement aux prothèses dont il se charge de la fourniture ».

Mais l'expérience a montré que, parmi les transactions opérées par les compagnies d'assurances, certaines offres d'indemnité étaient très dérisoires et correspondaient très peu au taux réel d'incapacité.

Dans le cas présent, le montant de la transaction versé par la SIDAM à la victime était manifestement insignifiant, puisque des experts ont pu estimer le coût des prothèses à 8.507.500 francs CFA alors que le montant global convenu dans la transaction s'élevait à 6.127.844 francs CFA.

Malgré son caractère contractuel, il n'

y a pourtant pas véritablement d'obstacle à ce que, les parties à une transaction permise dans le cadre de la procédure d'offre d'indemnisation imposée aux assureurs (articles 225 à 258 du code CIMA) contestent ultérieurement l'autorité de la chose jugée en dernier ressort qui, selon l'article 2052 du code civil, s'attache aux transactions, au motif que l'assureur n'y aurait pas fait de concessions, ou y aurait fait des concessions insuffisantes.

### **B - Créance résultant de la contestation de la transaction**

Après avoir signé, Monsieur C.D a prétendu que le dommage subi par son fils n'avait pas été entièrement réparé par la transaction, que l'indemnité reçue dans le cadre de ce contrat était seulement réputé couvrir une indemnité partielle des préjudices subis par son fils.

Dès lors, peut-on dire, comme l'avaient fait les juges nationaux et supranationaux qu'on était dans le cadre d'une créance délictuelle ?

En vérité l'hésitation est permise. En un sens, la contestation du montant de la transaction par la victime ou ses ayants droit relève plus de l'interprétation de la volonté contractuelle ou de l'objet du contrat que du délit ou quasi-délictuel résultant de l'accident de la circulation. Si la cause de l'indemnité est bien délictuelle, l'objet de la créance, lui paraît être contractuel.

La jurisprudence regorge d'exemples de contestations de transactions qui ont été remises en cause devant les tribunaux.

En comparaison, on peut faire observer que la jurisprudence française considère que les concessions réciproques

faites dans le cadre de la transaction doivent exister et rester réelles.

À ce propos, deux arrêts de Cour d'appel, l'un d'Aix-en-Provence et l'autre de Paris, ont jugé qu'une transaction n'avait de valeur juridique que si la compagnie d'assurances respectait les dispositions légales lui incombant; à défaut, malgré le délai de 15 jours de rétractation, les victimes pouvaient saisir valablement la justice pour obtenir une intégrale réparation de leurs dommages.

En l'espèce, un jeune garçon de 13 ans avait été victime d'un grave accident de la circulation, son incapacité permanente partielle était de 100 %. En 1989, ses parents avaient conclu une première transaction avec une compagnie d'assurances, puis un avenant en 1993 portant le montant total de l'indemnisation à la modique somme de 841.900 €. Cette transaction fut attaquée en justice et ce malgré un délai de rétractation expiré depuis longtemps.

Par un arrêt du 18 mai 2005 la 10<sup>ème</sup> Chambre de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence a d'abord jugé que ce contrat n'était pas une transaction bien que la victime fut assistée d'un avocat et que la transaction eut été approuvée par le Juge des Tutelles, ledit contrat ne présentait aucune concession réciproque majeure et les dispositions légales (des articles L 211-9 et L 211-10 du Code des Assurances) n'avaient pas été respectées par la compagnie d'assurances.

Puis, elle a évalué le préjudice corporel à la somme de 2.806.000 € ; on était bien loin de la somme initiale de 841.900 € réglée à titre transactionnel par la Compagnie d'Assurances à cette jeune victime présentant un taux d'I.P.P. de 100 %.

Quant à la 17<sup>e</sup> Chambre de la Cour d'Appel de Paris, c'est par arrêt du 24 octobre 2005, qu'elle a rendu une décision tout aussi remarquable. La Cour a jugé que le non-respect par la compagnie d'assurances de ses obligations légales édictées par le Code des Assurances rendait nulle la transaction conclue plusieurs années auparavant avec la victime. La Cour stipule : "Considérant que l'assurance Y était tenue, par application de l'article L 211-9 du Code des Assurances, de présenter dans un délai maximum de huit mois à compter de l'accident une offre d'indemnité aux victimes ayant subi une atteinte à leur personne ; que par application de l'article L 211-10 du Code des Assurances, à l'occasion de sa première correspondance avec les victimes, elle était tenue, à peine de nullité de la transaction qui pourrait intervenir, d'informer les victimes qu'elles pouvaient obtenir de sa part, sur simple demande, la copie du procès-verbal d'enquête de police ou de gendarmerie et de leur rappeler qu'elles pouvaient à leur libre choix se faire assister d'un avocat et, en cas d'examen médical, d'un médecin ; que l'assurance Y ne verse aux débats aucun document justifiant qu'elle a satisfait à ses obligations légales : qu'en conséquence, les transactions sont nulles".

Faute pour une compagnie d'assurances de respecter certaines dispositions légales ou en l'absence de

concessions réelles la transaction n'existe pas.

Les concessions dérisoires sont en règle générale assimilées par la jurisprudence à l'absence de contrepartie. Il s'agit donc d'une opération d'interprétation contractuelle. Le juge vérifie l'équilibre du contrat dans un souci de protection de la partie supposée la plus faible. La cour d'appel d'Abidjan aurait pu dans notre cas d'espèce restituer aux faits tels qu'ils ont été énoncés leur véritable qualification et ne pas se contenter de dire que l'origine de la créance était quasi-délictuelle pour rejeter la procédure d'injonction de payer.

Le juge d'appel pouvait souverainement apprécier si les concessions réciproques qui ont été faites entre la compagnie d'assurance et la victime et apprécier si le montant transactionnel de 6.127.844 francs CFA était dérisoire par rapport aux circonstances de l'espèce. L'acte transactionnel doit réellement constitué un sacrifice pour la compagnie d'assurance, un sacrifice réel et chiffrable. Dans 80 % des cas lorsque la transaction est annulée c'est que le juge avait estimé que les concessions n'étaient pas réelles et chiffrables.

En bref, il ressort de cette analyse que la demande de Monsieur C.D relevait plus de l'interprétation contractuelle de la transaction signée entre les parties : erreur sur les termes du contrat ? désaccords sur son objet ? que de l'obli-



gation de réparation qui pesait sur l'assureur, obligation qui était, elle, d'origine délictuelle.

Pour autant, la créance revêt-elle les caractères de certitude, d'exigibilité et de liquidité ? Et dans l'affirmative quelle devrait être la portée de l'ordonnance d'injonction de payer ?

### *La survivance de l'ordonnance d'injonction de payer*

Quelle soit infectée de vices de forme ou de fond, la jurisprudence analyse rigoureusement les conditions requises pour faire produire effet à l'ordonnance portant injonction de payer **(A)**.

Cela eu égard aux conséquences que celle-ci entraîne pour le débiteur **(B)**.

**Caractères certain, liquide et exigible de la créance litigieuse**

La procédure d'injonction de payer ne peut être déclenchée que si la créance présente certains caractères. Cela résulte clairement de l'article 1<sup>er</sup> de l'AUPSRVE qui n'autorise le recours à la procédure que si la créance est certaine, liquide et exigible.

Le caractère certain de la créance peut résulter, par exemple, de la production des factures signées par le débiteur (CA Bouaké 14 janvier 2001)<sup>90</sup> ; d'une reconnaissance de dette notariée, de l'exécution et de la réception des travaux convenus entre les parties (CA Abidjan 19 juillet 2002)<sup>91</sup> ; de son constat dans plusieurs documents échangés entre les parties et visée dans une décision de justice (CA Abidjan du 16 janvier 2004)<sup>92</sup>.

Une créance dont le recouvrement est poursuivi doit être considérée comme certaine, dès lors que le débiteur qui n'apporte aucune preuve de ce qu'il s'est libéré de sa dette, en conteste seulement le mode de calcul et d'établissement des factures, sans s'expliquer sur les règlements partiels déjà effectués (CCJA 17 juin 2004)<sup>93</sup>. La créance litigieuse dont le recouvrement était poursuivi en l'espèce était-elle certaine ?

La créance certaine, c'est la créance dont l'existence est incontestable et actuelle (TGI Ouagadougou 5 février 2004)<sup>94</sup>. Il résulte de cette exigence

que le titulaire d'une créance éventuelle ne peut pas recourir à la procédure d'injonction de payer. Cette condition peut paraître faire défaut dans notre cas d'espèce puisque la contestation ne porte pas sur la somme de 6.127.844 francs CFA qui a été payée mais bien sur une éventuelle somme de 8.507.500 francs CFA qui compléterait l'indemnité offerte.

Mais en règle générale, cette exigence de l'Acte uniforme est quelque peu étonnante, car à ce stade de la procédure il est difficile d'écarter l'idée d'une possibilité de contestation de la créance. D'ailleurs, le droit d'opposition est précisément fait pour contester éventuellement devant le tribunal la créance invoquée.

À cet égard, on peut relever avec le Professeur Ndiaw Diouf que le législateur français dont l'œuvre semble avoir servi de modèle aux rédacteurs de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution ne fait nullement référence à la certitude de la créance<sup>95</sup>. En sorte que si les juges devaient appliquer dans toute sa rigueur ce critère il y a fort à parier que très peu de créanciers verraient leurs requêtes admises.

Dans notre cas particulier la créance litigieuse doit être considérée comme certaine puisqu'elle résulte de l'interprétation de la transaction par le créancier

poursuivant et qui porte sur le coût des prothèses de la victime.

La créance litigieuse était-elle exigible ?

Une créance est exigible lorsqu'elle est arrivée à échéance (TGI Ouagadougou 5 juin 2004)<sup>96</sup> ou lorsque le débiteur ne peut se prévaloir d'aucun délai ou condition susceptible d'en retarder ou d'en empêcher l'exécution.

Dans notre cas présent, la créance doit être considérée comme exigible dans la mesure où le débiteur ne se prévaut ni d'un terme conventionnel ni d'un délai moratoire.

La créance litigieuse était-elle liquide ?

L'exigence de la créance liquide conduit quant à elle à interdire normalement le recours à cette procédure lorsque le montant de la créance est indéterminé. La difficulté de notre espèce résulte du fait que c'est le créancier poursuivant lui-même, qui a effectué les calculs qui le conduisent sur cette base à réclamer une somme différente de celle qui figure nominalement dans la transaction. Néanmoins la requête doit être admise dès lors que le montant de la créance est très facilement déterminable par expertise.

En effet, la créance est liquide lorsque son montant est déterminable en argent (TGI Ouagadougou, n° 155, 5-5-2004)<sup>97</sup> dès lors que le quantum est dé-

<sup>90</sup> CA Bouaké 14 janvier 2001 n° 13, 24-14-1-2001, Bc/STATION MOBIL, le Juris-Ohada, n°3/2003, juillet-septembre 2003, p.63, ohada.com, ohadaJ-04-11)

<sup>91</sup> CA Abidjan 19 juillet 2002, n° 927, 19-7-2002 : AFRIDRAG c/KOSOU, ohada.com, ohada J-04-484)

<sup>92</sup> CA Abidjan du 16 janvier 2004), n° 49, 16-1-2004 : Société de construction et d'entretien de Côte d'Ivoire c/ SAD et Direction générale des douanes de Côte d'Ivoire, ohada.com, ohada J-04-496).

<sup>93</sup> (CCJA 17 juin 2004), N°21, 17-6-2004 : SDV-Côte D'Ivoire C/Société RIAL TRADING, Le Juris Ohada, n° 3/2004, juillet octobre 2004, p. 11, note BROU Kouakou Mathurin ; Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 3, janvier-juin 2004, p. 130 ; ohada.com, Ohadata J-04-382)

<sup>94</sup> TGI Ouagadougou n° 155 SODEGRAIN-SA c/STCK, ohada.com, Ohadata J-05-246

<sup>95</sup> Ndiaw DIOUF, Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, code vert, 3<sup>ème</sup> édition, juriscope 2008.

<sup>96</sup> Op.cit.

<sup>97</sup> Ohadata J-05-246 ;

terminé dans sa quantité, chiffré (CCJA, N°21, 17-6-2004 : SDV-Côte D'Ivoire C/Société RIAL TRADING)<sup>98</sup>.

A contrario, n'est pas liquide, une créance dont le montant n'est pas définitivement fixé en raison des paiements effectués par le débiteur (CA Abidjan 13 juin 2003)<sup>99</sup>.

De nature contractuelle, la créance litigieuse remplissait également les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité ; si bien que l'injonction de payer ordonnée sur cette base devait produire, à notre sens, ses pleins effets.

## La forclusion opposée au débiteur

Plutôt que de faire convoquer leurs débiteurs devant le Tribunal, pour qu'un débat contradictoire puisse s'instaurer, la tendance actuelle est, pour les créanciers poursuivants, de généraliser le recours à la procédure d'injonction de payer.

Dans ce cadre, le créancier adresse simplement au Greffe du Tribunal, une demande indiquant le montant de ce qu'il prétend lui être dû en y joignant les documents justificatifs. Le Président du tribunal doit les examiner, souvent à la chaîne, car les greffes des différentes juridictions nationales sont inondés de ces demandes<sup>100</sup>. Si la créance lui paraît fondée, il signe une Ordonnance enjoignant au débiteur de payer une certaine somme.

Si le débiteur ne décèle pas la signification de cette Ordonnance, ou néglige de former opposition, passé le délai de quinze jours, celle-ci devient une décision de justice définitive.

La procédure d'injonction de payer est donc conduite unilatéralement par le créancier et le Président rend sa décision sur la base des seuls éléments produits par le créancier poursuivant.

L'expérience démontre que le débiteur, déjà harcelé par son créancier ou ses mandataires ou parfois par son service de recouvrement, par des courriers, des relances, des mises en demeure, des appels téléphoniques, des menaces, des actes d'huissiers (commandement de payer ou autres), etc., est noyé sous une masse de documents, auxquels il finit par ne plus prêter attention.

Or le délai pour faire opposition à une ordonnance d'injonction de payer dans le cadre de l'O.H.A.D.A est particulièrement court : quinze jours (article 10 de l'AU), pour ne pas être forclo et confronté à un jugement définitif, sans avoir pu débattre avec son adversaire devant un Juge, le débiteur doit apprendre à repérer très tôt la signification d'une Ordonnance d'injonction de payer, et réagir quasi immédiatement à cette signification.

Car les conséquences d'une absence d'opposition sont terribles pour le débiteur poursuivi. Comme cela a pu être observé : "On n'a peut-être pas suffisamment remarqué que l'injonction de payer et la saisie-attribution sont des procédures extrêmement rapides qui, l'une et l'autre, ont pour trait commun de déporter le jugement des contestations après la réalisation de leurs effets (...) cette inversion du contentieux exige de grandes précautions, car il faut éviter que, dans cette course de vitesse, certains intérêts légitimes ne soient in-

justement sacrifiés sur l'autel de la célérité"<sup>101</sup>.

Selon le même commentateur : "En raison de la gravité des conséquences que risque d'entraîner l'expiration du délai d'opposition, - et notamment la délivrance d'un titre exécutoire de façon irrémédiable-, il est légitime de différer le point de départ du délai jusqu'au jour où l'on aura la certitude que le débiteur n'a pas pu ignorer l'ordonnance délivrée contre lui"<sup>102</sup>.

Dans notre cas particulier, l'opposition tardive de la compagnie d'assurance SIDAM est assimilable purement et simplement à une absence d'opposition. Ce principe a été très logiquement appliqué par le tribunal de première instance de Yaoundé : l'opposition à l'injonction de payer doit être formée dans le délai de 15 jours à partir de la signification.

Dès lors, s'agissant d'une computation franche, doit être frappée de forclusion, l'opposition formée le lendemain de fin du délai légal imparti. Il s'ensuit que le débiteur n'ayant pas fait opposition de l'injonction de payer dans les délais légaux, la formule exécutoire doit être apposée sur la décision d'injonction de payer, le recours tardif valant absence d'opposition conformément aux dispositions de l'article 16 AUPSRVE (TPI Yaoundé 6 mars 2003)<sup>103</sup>.

S'il n'a pas été formé d'opposition dans les délais ou en cas de désistement du débiteur qui a formé opposition, le créancier poursuivant peut donc demander l'apposition de la formule exécutoire sur la décision d'injonction de

<sup>98</sup> *Le Juris Ohada*, n° 3/2004, juillet octobre 2004, p. 11, note BROU Kouakou Mathurin ; *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 3, janvier-juin 2004, p. 130 ; *ohada.com*, *Ohadata J-04-382*).

<sup>99</sup> *CA Abidjan 13 juin 2003*, n° 778, 13-6-2003 : *STE EL NASR de Côte d'Ivoire*, *ohada.J-03-239*,

<sup>100</sup> Voy, Bakary DIALLO, « Les règles du contentieux des Actes uniformes de l'OHADA : analyses et perspectives », *Paris I*, 2007, p.387 et s.

<sup>101</sup> R. Perrot, *RTD civ.* 1986, p. 716

<sup>102</sup> *Droit judiciaire privé*, t. 3, n° 1430)

<sup>103</sup> (TPI Yaoundé, n° 350/C, 6-3-2003 : *ZAMBO NTOUMBA c/ Mme ATOH AKAM Anastasie, Me Nana Raphaël Ledoux*, *www.ohada.com*, *Ohadata J-04-405*).

payer (article 16). Cette demande se fera par simple déclaration écrite ou verbe adressée au greffe de la juridiction compétente (article 17, alinéa 1<sup>er</sup>)<sup>104</sup>.

Contrairement à la solution retenue par la législation ivoirienne antérieure<sup>105</sup>, la décision portant injonction de payer n'est plus immédiatement revêtue de la formule exécutoire. Si bien que, l'opposition de cette formule devait, en l'espèce, être demandée par le créancier après l'obtention de l'ordonnance d'injonction de payer dans les deux mois qui suivent l'expiration du délai d'opposition ou le désistement du débiteur sous peine de caducité de la décision d'injonction de payer (article 17, alinéa 2 de l'AU).

Revêtue de la formule exécutoire, l'ordonnance portant injonction de payer produit tous les effets d'un jugement contradictoire en dernier ressort. (Art. 16 al. 2 de l'AU).

L'ordonnance produit donc les effets d'un jugement définitif, c'est-à-dire non susceptible d'appel. Le créancier est ainsi autorisé à procéder à des mesures d'exécution forcée en cas de non paie-

ment de sa dette par le débiteur (par exemple : procéder à une saisie attribution).

À titre de comparaison, La cour de cassation française a décidé que l'ordonnance après apposition de la formule exécutoire ne peut plus être frappée que d'un pourvoi en cassation. (Ci. 06 avril 1987).

Cet arrêt, objet de nos commentaires, nous paraît discutable, il méconnaît l'esprit de la procédure d'injonction de payer qui veut que le Président puisse rendre l'ordonnance dès lors que la créance lui paraît fondée en son principe ; il appartient normalement au débiteur, qui veut élever une contestation, de former une opposition qui restitue un caractère contradictoire à la procédure conduite jusque là de manière unilatérale par le créancier. Ce n'est que dans ces conditions qu'une nouvelle instance est ouverte.

Peu importe d'ailleurs, le motif et le bien fondé de cette contestation. Il suffit qu'elle existe pour que la rétractation soit prononcée<sup>106</sup>. Si bien que, la juridiction d'appel qui statue sur un juge-

ment constatant la déchéance d'une opposition à une ordonnance d'injonction de payer ne peut se fonder sur les éléments introduits dans le débat par le débiteur pour apprécier rétroactivement les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité ou la nature contractuelle de la créance litigieuse. Ce n'est qu'en cas d'opposition et dans ce cas seulement, qu'après avoir souverainement apprécié les documents joints à la demande et considéré qu'il y avait manifestement compte à faire entre les parties et que c'est à tort que le créancier a obtenu l'ordonnance d'injonction de payer que la Cour d'appel est fondée à confirmer ou infirmer le jugement rétractant ladite ordonnance.

En bref, il est permis de s'interroger sur la solution de cet arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 29 juin 2006, l'interprétation particulièrement rigoureuse faite par le juge supranational d'une règle de procédure qui a privé le requérant du bénéfice d'une ordonnance d'injonction de payer appelle nos plus sérieuses réserves.

<sup>104</sup> Le créancier peut à l'avance solliciter du greffier qu'il appose, en l'absence d'opposition dans le délai, la formule exécutoire sur l'ordonnance (Cass. civ. 23-1-1991 : Bull. civ. II p. 13).

<sup>105</sup> Voy, notamment l'article 5, alinéa 2 de la loi n°93-669 du 9 août 1993 « l'ordonnance d'injonction de payer est immédiatement revêtue de la formule exécutoire ».

<sup>106</sup> Ce qui rend d'ailleurs quelque peu illusoire le caractère de certitude exigé par l'article 1 de l'AU.

# LA SAISIE IMMOBILIERE EN OHADA VUE PAR LE JUGE SUPREME

Commentaire de l'Arrêt CCJA n° 25 du 15 juillet 2004, Aff Dame  
M c/ Société Commerciale de Banque Crédit Lyonnais dite SCB-CL



**Bakary DIALLO**  
Docteur en Droit des Affaires  
Avocat au Barreau de Paris

Voilà un arrêt qui illustre parfaitement le caractère formaliste<sup>107</sup> de la procédure de saisie immobilière. Il souligne également la nécessité de bien connaître les rouages<sup>108</sup> de cette forme de saisie.

Le demandeur du pourvoi avait sollicité du Tribunal de grande instance un rapport d'expertise aux fins de la liquidation de la créance litigieuse. Le juge de première instance avait passé outre cette demande, puisque la débitrice n'avait pas consigné les frais de la dite expertise conformément à sa demande.

Son jugement a été cassé pour ce seul motif et évoqué dans la foulée par la CCJA. Pourquoi ?

Parce que, dit la haute Cour « *Le Tribunal ne permet pas à la CCJA d'exercer son contrôle, dès lors qu'il statue sans se prononcer sur les contestations relatives à la créance qui l'avaient pourtant déterminé à ordonner une expertise comptable. Par conséquent son jugement encourt la cassation* ».

Si l'on comprend bien ce que les mots veulent dire, on en déduira qu'il n'est pas nécessaire de s'attacher aux conditions dans lesquelles une expertise doit être élaborée, dès lors que son objet porte sur la liquidation de la créance. Cette demande doit être examinée par le juge. Toute contestation née de la procédure de saisie ou s'y référant, et qui peut exercer une influence sur celle-ci doit en effet, être analysée comme un incident de saisie.

Mais, l'arrêt rapporté s'enrichit par ailleurs, d'une série de questions relatives à la procédure de saisie immobilière, notamment, celle de l'objet particulier du commandement valant saisie et la sanction prévue en cas d'irrégularité formelle.

A travers un amas de faits assez complexes concernant un règlement des

comptes entre une banque et sa cliente, le problème était, en fait, relativement simple.

En la circonstance, la Société Commerciale de Banque Crédit Lyonnais Cameroun a consenti au profit de Madame M. la demanderesse au pourvoi, un compte courant contenant une constitution d'hypothèque en garantie du remboursement du solde définitif dudit compte. C'est en paiement du solde définitif débiteur arrêté à la clôture du compte, que la banque a servi le commandement aux fins de saisie immobilière.

L'auteur du pourvoi sollicite la nullité de la procédure de saisie immobilière sous le visa des articles 247, 262, 266, 297 de l'AUPSRVE en soulevant tour à tour des irrégularités formelles relatives au pouvoir spécial de l'huissier (défaut d'enregistrement et de date certaine), à la convention hypothécaire (présence requise selon le pourvoi d'un second notaire et de deux témoins). Mais surtout avance l'argument selon lequel le commandement ne vaut saisie qu'à compter de son inscription au livre foncier, lequel doit être antérieur au dépôt du cahier des charges. Or, en l'espèce, l'inscription a eu lieu, aux

<sup>107</sup> Elle est l'une des saisies les plus riches en formalités (PERROT, R.) Droit judiciaire privé t III. On peut ajouter qu'elle est aussi la plus longue et la plus coûteuse.

<sup>108</sup> Le législateur OHADA s'est attelé tant bien que mal à sa simplification, mais en définitive, l'on se rend bien compte que l'Acte Uniforme portant voies d'exécution et les procédures de recouvrement simplifiées, n'a pas réussi à bouleverser fondamentalement la procédure ancienne des Etats parties ; elle reste toujours longue coûteuse et compliquée.

dières du pourvoi, postérieurement à la date à laquelle le cahier des charges a été déposé au greffe de la juridiction. Dès lors les articles 262 al. 1 et 266 al 2 de l' Acte Uniforme auraient été violés.

La question juridique est suffisamment inédite pour mériter d'être rapportée et débattue.

Doit-on, autrement dit, sous peine de nullité, réserver une sorte de priorité chronologique à la procédure de commandement aux fins de saisie sur le dépôt du cahier des charges ?

C'est ce que pense l'auteur du pourvoi qui, pour échapper à la vente forcée de son immeuble demande la nullité de la procédure sous l'empire des articles 262 alinéa 1 et 266 alinéa 2 de l' Acte Uniforme susvisé.

La CCJA n'a pas été convaincue du bien fondé de cette demande du pourvoi et a démêlé cet écheveau en faisant valoir que le commandement n'a pas pour objet de déterminer l'ordre de l'accomplissement des formalités de la saisie immobilière mais de préciser le point de départ des effets du commandement à l'égard du débiteur saisi et de certains tiers, qu'il situe au jour où celui-ci est publié.

Autant dire que, le juge communautaire fait largement application dans cet arrêt de la règle pas de nullité sans griefs.

L'intérêt de la discussion réside dans la valeur et la portée du commandement valant saisie (II), mais il y a lieu d'aborder d'abord, les contestations relatives

à la procédure de saisie immobilière (I).

**Contestations visant à anéantir ou différer la poursuite.**

On distingue les contestations qui portent sur le fond du droit (A) et celles portant sur la régularité de la procédure (B) mais ces différentes contestations visent toutes deux à anéantir ou à différer la poursuite de la saisie immobilière.

**Contestation portant sur le principe même de la créance.**

Le présent arrêt rappelle tout d'abord dans un attendu particulièrement clair que toute contestation née de la procédure de saisie ou s'y référant, et qui peut exercer une influence sur celle-ci, doit être examinée par le juge. Pour avoir manqué précisément de se prononcer sur la demande de l'auteur du pourvoi de procéder à une expertise pour liquider la créance litigieuse le jugement du Tribunal de grande instance du Mounjo à Nkongsamba a été cassé en ces termes: « *Attendu qu'en qu'en statuant comme il a été indiqué ci-dessus sans se prononcer sur les contestations relatives à la créance qui l'avaient pourtant déterminé à ordonné une expertise comptable [...], le tribunal n'a pas permis à la Cour d'exercer son contrôle* »

La CCJA fait en quelque sorte injonction au juge de l'exécution de vider tous les incidents.

La créance ne doit pas seulement exister, elle doit aussi répondre aux caractères habituels de certitude,

d'exigibilité et de liquidité. Dans le cas présent il s'agit principalement pour les parties d'indiquer le montant exact dû par la débitrice.

En effet, la spécialité de la créance garantie est une règle d'économie car si la généralité de l'hypothèque était admise, elle ruinerait tout le crédit du débiteur.

Le pourvoi soutient que le refus de cette procédure d'expertise rend le titre exécutoire inopérant pour défaut de liquidité de la créance.

Mais, cette opinion n'est pas partagée par le juge communautaire. Le juge suprême ne reproche pas au Tribunal de ne pas avoir procédé à l'expertise. Mais, tout simplement de ne pas avoir statué sur la contestation portant sur la liquidité de la créance.

En évoquant l'arrêt, la CCJA commence par répondre à cette demande qu'elle résout de manière très simple. Pour elle, en effet, les stipulations contractuelles de la convention du compte-courant conclue entre les parties permettaient de déterminer le solde définitif notamment en son article intitulé « liquidation des opérations en cours lors de la clôture du compte ».

Il faut dire que compte tenu du fonctionnement d'un compte courant, il n'est pas possible de chiffrer, lors de la rédaction de l'acte notarié qui sert de titre, le montant de la créance en résultant qui peut n'être connu qu'au moment de la clôture.

Dès lors que le principe de la créance

n'est pas discuté ni les termes de la convention de compte-courant, et que la dette est constante pour une somme justifiant suffisamment la saisie, peu importe que cette dette soit en partie contestée.

L'issue de l'instance en paiement n'est pas de nature à remettre en cause le caractère certain et liquide de la créance si elle ne porte pas sur le principe de la dette. L'exigence de liquidité n'implique pas, en effet, que le montant exact des sommes pour lesquelles est poursuivie la saisie fasse l'objet d'une liquidation préalable à la vente. De sorte qu'il y a lieu d'approuver la position de la CCJA sur ce point.

### **Sanctions des contestations portant sur la procédure.**

La procédure de saisie immobilière étant très formaliste et les différents actes devant être accomplis dans les délais légaux, des contestations peuvent être formées pour soulever des nullités de forme et de fond et des déchéances, soit afin de déclarer nulle la procédure de saisie immobilière soit afin de déclarer le poursuivant déchu. Reste à déterminer dans quel cadre la nullité ou la déchéance est encourue.

Il semble constant dans l'arrêt commenté que la pour la CCJA un acte ne sera annulé que si la démonstration du grief causé par son irrégularité de forme est apporté. Par exemple lorsque le pourvoi prétend que le pouvoir spécial donné à l'huissier doit être légalisé, enregistré et avoir une date certaine. Le juge communautaire relève que les textes invoqués à l'appui de ce dire ne disposent pas que ces opérations doivent être réalisées sous peine de nullité.

De sorte que cette nullité ne peut être encourue que si la démonstration d'un grief est faite par la débitrice.

De la même manière a été écarté le dire du pourvoi qui subordonne la validité de la convention hypothécaire à la présence de deux témoins et d'un deuxième notaire conformément à l'article 2127 du Code civil Camerounais<sup>109</sup>. En effet, cet article est complété par une autre disposition de la loi du 12 août 1902 qui dispose que « *la présence du second notaire et des deux témoins n'est requise qu'au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de la signature des parties ou de leur déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer, et la mention en sera faite dans l'acte, à peine de nullité* ». Ce qui en conséquence conclue à la validité de l'acte.

En définitive, la notion de grief, dont chacun perçoit qu'elle est une condition de la nullité pour vice de forme d'un acte de procédure de saisie doit être précisée. L'irrégularité formelle d'un acte n'est pas nécessairement constitutive d'un grief. Elle ne le devient que si elle peut expliquer et justifier l'anomalie aux conséquences desquelles le destinataire de l'acte s'efforce d'échapper ; dans la mesure où en d'autres termes, il est démontré que c'est à cause de cette irrégularité qu'il n'a pas été en mesure de s'organiser.

Pour cette raison, il y a une certaine relativité dans les conséquences attachées à la nullité d'un acte de procédure pour vice de forme.

Certains plaideurs ont souvent tort de penser que la moindre irrégularité formelle qui d'une quelconque manière aurait pu troubler le destinataire d'un



acte, fait nécessairement crouler l'édifice procédural en son entier et qu'il n'en reste plus rien.

En réalité, une nullité peut n'être que partielle dans ses effets : tout dépend des incidences de l'irrégularité dont se plaint le destinataire de l'acte litigieux. A l'extrême, il ne serait pas impossible qu'un vice de forme prive l'acte de certains de ses effets perturbés par l'irrégularité constatée, mais qu'il en laisse subsister d'autres au sujet desquels ce même vice n'aurait eu aucune conséquence.

En dernière analyse, quand il est question du vice de forme, il faut se garder de cette vision manichéenne du tout ou rien. Telle semblait pourtant être la conception du pourvoi, notamment à travers les formalités respectives du Commandement valant saisie et du cahier des charges.

## **II – VALEUR ET PORTEE DU COMMANDEMENT DE SAISIE IMMOBILIERE**

Le commandement ne vaut saisie qu'à partir de sa publication au bureau de la Conservation foncière. Il faut donc pré-

<sup>109</sup> L'Acte uniforme ne régit pas entièrement les hypothèques, mais laisse un champ d'intervention très large au droit de l'Etat-partie dans lequel l'immeuble est situé. De ce fait l'hypothèque doit être constituée conformément au droit national et doit être dûment enregistrée auprès du livre foncier conformément aux règles de la publicité foncière de chaque Etat-partie. La réalisation d'une hypothèque selon les Etats peut s'avérer quelque fois longue et difficile, notamment en raison des moyens de protection accordés aux droits du débiteur.

ciser sa nature et sa portée avant d'envisager son effet indirect sur le cahier des charges.

**Effets de la publication sur la suite de la procédure.**

On parle généralement de « commandement- saisie » ou encore de « commandement valant saisie ». Il s'agit d'un acte qui nécessite le respect de certaines formes et qui entraîne un certain nombre d'effets.

Le commandement de saisie immobilière est un exploit d'huissier ; comme tel il est soumis au même formalisme des actes d'huissier. Il doit donc être daté, contenir l'identification du requérant, l'identification de l'huissier et les nom et domicile (ou siège social) du destinataire puisqu'il sera signifié (article 254 de l'Acte uniforme).

En l'absence de dispositions particulières, la signification est susceptible d'être effectuée, comme en droit commun soit à domicile réel, soit à domicile élu (Voir en ce sens, Sénégal- Cour de cassation - chambre Civile et Commerciale 03-04- 1996. Cassation d'une signification qui n'a été faite ni à personne ni à domicile élu).

Néanmoins, tant qu'il n'est pas publié, le commandement est un acte préalable, qui n'opère pas encore saisie mais qui est signifié aux fins éventuelles de saisie. C'est la publication, à l'initiative du créancier qui opérera le changement dans sa nature. Tant qu'il n'est pas publié il met seulement le débiteur en demeure : interruption de la prescription, point de départ des intérêts moratoires.

Selon l'article 259 alinéa 3 de l'Acte

uniforme « *Si un commandement n'a pas été déposé au bureau de la conservation foncière ou à l'autorité administrative concernée dans les trois mois de sa signification, puis effectivement publié, le créancier ne peut reprendre les poursuites qu'en les réitérant.* »

Le commandement non publié dans les délais, est donc frappé de péremption automatique et le débiteur retrouve la disponibilité de son bien. L'inobservation du délai maximum de trois mois<sup>110</sup> oblige le poursuivant à reprendre les poursuites en réitérant le commandement.

Mais, même périmé, le commandement continuera à valoir mise en demeure du fait de sa signification.

La publication du commandement constitue donc une étape importante dans la procédure de saisie immobilière, car elle vaut saisie. A cette fin, l'original du commandement est visé par le conservateur de la propriété foncière à qui copie est remise pour la publication, qui revêt la forme d'une inscription du Commandement sur les registres de la propriété foncière.

Ainsi, le commandement ne vaut saisie qu'à compter de son inscription sur les registres de la propriété foncière. C'est ce que rappelle avec fermeté le juge communautaire. C'est seulement la publication qui engage la mesure d'exécution, l'article 262 de l' A U le dit clairement et avec en outre, immobilisation des fruits au profit du créancier. En matière immobilière en effet, l'aliénation ou la constitution de droits réels ne peuvent être opposées que si elles ont fait l'objet d'une publication à la Conservation de la propriété foncière.

Ainsi, même réalisés avant le dépôt du commandement aux fins de publication, ces actes d'aliénation ne seront pas opposables.

Une fois le commandement régulièrement publié, les droits du créancier inscrits.

Il est donc possible de passer à la rédaction du cahier des charges. Ce document présente une nature juridique très particulière.

**B - L' effet indirect du commandement de saisie sur le cahier des charges.**

Le commandement publié sert de support à la publication de documents postérieurs intéressant l'immeuble et la procédure de saisie ; ils sont alors publiés en marge du commandement initial. A partir de la date de la publication du commandement se décomptent les délais des actes de procédure suivants, qui pour la majorité d'entre eux sont encore prescrits à peine de déchéance.

C'est le cas du cahier des charges. Le commandement valant saisie servira de base à la rédaction du cahier des charges et de l'adjudication. Le cahier des charges est l'œuvre du créancier poursuivant (et de son avocat). Il constitue le document de base qui permettra à tous les intéressés, et notamment aux enchérisseurs, de connaître les clauses et conditions de la vente, et d'apprécier dans la mesure du possible la valeur vénale de l'immeuble mis aux enchères.

Il constitue une garantie pour le futur adjudicataire, puisque celui-ci bénéficiera de plein droit des clauses figurant au cahier des charges.

<sup>110</sup> En droit français ce délai est de 90 jours ( article 674 NCPD ), la computation des délais en jours est différente de celle en mois et ans, un délai de 90 jours ne correspond pas exactement à un délai de trois mois.

Le poursuivant dépose le cahier des charges au greffe du tribunal, c'est-à-dire au tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble, auprès du greffe de la chambre des criées.

Dans les cinquante jours au plus tard après la publication du commandement et la déchéance édictée par l'article 266 de l'A U est, en principe, encourue de plein droit sans que soit exigée la preuve d'un grief.

Quid dans ces conditions d'un dépôt du cahier des charges antérieur à la publication du commandement valant saisie ? Autrement dit il y a-t-il un délai minimal au dépôt du cahier des charges ?

L'Acte uniforme ne fixe qu'un délai butoir à compter de la publication du commandement valant saisie.

En théorie donc, le créancier peut déposer le cahier des charges sans délai minimal sauf pour lui à respecter le délai de cinquante jours arrêté par l'article 266.

Toutefois, dans la mesure où il contient des énonciations « à peine de nullité » indiquant notamment : « *l'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel les poursuites sont exercées contre le débiteur et du commandement avec la mention de sa publication ainsi que des autres actes et décisions judiciaires intervenues postérieurement au commandement et qui ont été notifiés au créancier poursuivant* » (article 267). Cette énonciation relative au commandement avec mention de sa publication veut dire que le créancier doit justifier avoir respecté les prescriptions antérieures ; la vérification que le commandement a bien été publié dans

les délais. Or on ne voit pas dans ces conditions dans quelle mesure le cahier des charges déposé avant la publication du commandement peut garantir que cette dite publication postérieure « s'est bien réalisée dans les délais ».

Qui plus est, le cahier des charges rédigé et déposé dans ces conditions encourt la nullité. Pour nous, le dépôt du cahier des charges est nécessairement postérieure à la publication du commandement valant saisie. Mais, dans l'arrêt commenté le fait d'avoir déposé le cahier des charges avant même que ne soit publié le commandement valant saisie n'a pas d'incidence sur la validité de celui-ci.

En définitive, le cahier des charges déposé antérieurement à l'inscription de ce commandement doit être considéré comme non avenu, et pour rester dans les termes légaux de l'article 266, un nouveau cahier des charges doit être rédigé et déposé par le poursuivant pour faire courir les délais, notamment celui de la vente.

Il faut cependant tenir compte que le recours du saisi fondé sur le moyen tiré de l'antériorité du commandement sur le dépôt du cahier des charges risque d'être dans une large part illusoire dès lors que la saisie est la conséquence de la publication du commandement et non des conditions de dépôt du cahier des charges.

Il nous faut insister malgré cela, sur le caractère indirect de la publication du commandement de saisie sur la rédaction du cahier des charges. Faute de

texte, il est difficile, il vrai, de justifier la nullité de la procédure de saisie, comme le fait le pourvoi, pour la simple raison que le dépôt du cahier des charges a précédé la publication du commandement valant saisie.

Néanmoins, la complexité de la formule adoptée par la CCJA, selon laquelle « *le commandement vaut saisie à compter de son inscription n'a pas pour objet de déterminer l'ordre de l'accomplissement des formalités de la saisie immobilière, mais de préciser le point de départ des effets du commandement à l'égard du débiteur saisi et de certains tiers,...* » s'explique par le fait que cette formule s'est efforcée de répondre simultanément à deux questions. La première était celle de la nature et des effets du commandement valant saisie. La seconde question était celle de la nature des relations interdépendantes entre commandement valant saisie et cahier des charges. Ce n'est cependant pas la meilleure formule : elle risque, en effet, d'aboutir à faire compliquer l'analyse sur la chronologie des formalités à accomplir entre le commandement valant saisie et du cahier des charges.

N'est-il pas plus satisfaisant de considérer que le commandement valant saisie précède nécessairement le dépôt du cahier des charges, mais dans la mesure où le débiteur ne fait pas la démonstration d'un grief, l'inobservation de cette antériorité n'annule pas cette procédure.

Et c'est seulement de façon indirecte que le dépôt du cahier des charges se trouve frappé de nullité ou de déchéance selon la gravité de l'irrégularité.

# LE TIERS FACE AUX PROCEDURES COLLECTIVES DE L'OHADA



**Oumar BANE**  
Avocat Associé  
JURIFIS CONSULT

Le commerçant, personne physique ou morale, dans l'exercice de son activité professionnelle peut souvent être confronté à des difficultés telles que l'intervention du juge s'avère nécessaire lorsqu'il n'est plus en état de payer ses dettes.

Une telle situation peut souvent être de nature à troubler l'économie locale voire nationale et justifier l'intervention de l'Etat ou susciter le concours des banques.

Les relations d'affaires entre commerçants sont si imbriquées que les difficultés ressenties par l'un des leurs peuvent affecter les autres. En effet, chaque commerçant compte sur le règlement de ses créances pour apurer ses propres dettes.

Dans ce cadre, on assiste à une démultiplication des sources de pression, chaque créancier tenant son débiteur. Inévitablement la chaîne risque de se bloquer lorsqu'un maillon se trouve dans l'impossibilité d'honorer ses engagements échus.

Or, il est acquis qu'une telle situation peut conduire à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur défaillant. Aussi, celui-ci peut il être amené, en désespoir de cause, à envisager des solutions plus ou moins préjudiciables à ses créanciers notamment en se faisant frauduleusement aider par un tiers.

C'est précisément à cet égard que l'Acte Uniforme Portant Organisation des Procédures Collectives et d'Apurement du Passif (AUPC) a consacré sa section XI à la responsabilité des tiers.

L'article 118 dispose à cet effet : « les tiers créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers ».

Le législateur communautaire n'a pas défini les notions de procédures collectives et de tiers.

S'agissant des procédures collectives, il a simplement indiqué leur objet notamment en ses articles 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup>.

Cependant, les procédures collectives peuvent être considérées comme des procédures faisant intervenir la justice lorsque un commerçant n'est plus en état de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, procédures qui organisent les créanciers dans une masse soumise à des règles destinées à les placer dans une discipline collective afin d'aboutir au paiement de leurs créances dans l'égalité.

Les procédures collectives se résument

au règlement préventif, au redressement judiciaire et à la liquidation des biens. L'AUPC détermine leurs objets spécifiques en son article 2 :

- **article 2-1** : « le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activités de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif » ;
- **article 2-2** : « le redressement judiciaire est une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement » ;
- **article 2-3** : « la liquidation judiciaire des biens est une procédure qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif ».

Il n'y aura normalement aucune difficulté à les saisir et à les comprendre.

La notion de tiers dans les procédures collectives doit être précisée en fonction des définitions légales.

L'article 1134 du Code Civil et l'article 77 de la loi N° 87-31/AN-RM du 29 août 1987 fixant le régime général des obligations en République du Mali stipulent « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». C'est l'effet relatif des contrats. Toute personne non concernée par la convention est un tiers par rapport aux parties.

Selon le texte de l'article 118 de l'Acte Uniforme, la notion de tiers est enrichie : « les tiers créanciers ou non ... ». La lecture de ce texte impose de comprendre que le tiers peut être une personne non étrangère au groupe ou à

l'acte juridique. Il peut être créancier, qu'importe la nature de sa créance.

Le tiers peut être toute autre personne susceptible d'entrer en collusion avec le débiteur en connaissance de cause. La notion de tiers est élargie. Il s'agit de la notion traditionnelle du tiers auquel il convient d'ajouter la variation apportée par l'Acte Uniforme (le banquier, l'administration...). Le tiers est considéré non pas en fonction de sa qualité juridique par rapport à un acte, mais en fonction de ses agissements. Ceux-ci doivent nécessairement être fautifs et avoir pour conséquence de retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou encore à aggraver le passif du débiteur, donc à porter un préjudice quel qu'il soit. Il s'agit là des conditions de la responsabilité du tiers.

L'article 118 de l'Acte Uniforme détermine les conditions que doit revêtir le comportement du tiers responsable à savoir la faute et le préjudice découlant de celle-ci.

## I - La faute susceptible d'engager la responsabilité

Il importe de définir la notion de faute dans le cadre spécifique des procédures collectives telles que conçues par l'Acte Uniforme de l'OHADA (Section I) et de la caractériser à travers les agissements des tiers dans ce domaine précis (Section II).

### A- La notion spécifique de faute

L'article 118 de l'Acte Uniforme pose le principe de la faute :

« agissement fautif ». Il s'agit dans ce cas précis de la faute civile. La faute pénale est elle spécifiée par les disposi-

tions des articles 240 et suivants AUPC. Il s'en suit que la responsabilité du tiers peut être recherchée aussi bien sur la base d'une faute civile que pénale.

Le préjudice patrimonial qui en résulte pour le débiteur est le fait déterminant de la faute. Il importe peu que la faute soit ordinaire, lourde. La notion du bon père de famille diligent n'est pas écartée.

Il ne faut s'attendre à aucune graduation, à aucune échelle des fautes. Il suffit qu'elle entraîne un appauvrissement du patrimoine du débiteur ou qu'elle corresponde à un agissement qui n'entre pas dans l'intérêt de la masse.

Le législateur de l'OHADA ne s'est pas enfermé dans un carcan juridique limitatif.

Il appartiendra à la doctrine, à la pratique judiciaire dans les états membres au traité de l'OHADA, à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de fournir une jurisprudence en la matière. Les consultations et demandes d'interprétation que les Etats-parties et les justiciables pourraient adresser à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage contribueront certainement à éclairer le débat.

Le comportement fautif et le préjudice qui en découle s'apprécie à l'aune de deux conditions cumulatives que sont d'une part la connaissance par le tiers de la situation difficile du débiteur et qui a, d'autre part, malgré tout agi dans le cadre d'une opération de financement qui maintient artificiellement l'activité de l'entreprise et par la même occasion lui donne une apparence de solvabilité.

Après avoir posé le principe et la notion

de faute, il est utile de se pencher sur les applications de la notion de tiers et les fautes susceptibles d'être commises par le tiers responsable.

## B- Les applications concrètes

Les agissements incriminés revêtent des formes différentes selon les tiers en cause et les domaines d'activités.

### 1-) En matière de banque

Elle peut se traduire par un soutien artificiel apporté à l'entreprise ou la complicité de banqueroute.

S'agissant du premier aspect, le point de départ de la responsabilité pour faute (article 144 du Code Civil) du banquier remonte à 1976<sup>111</sup> avec l'affaire LAROCHE, la jurisprudence ayant ensuite affinée l'idée tant au niveau de la faute (crédit accordé à une entreprise en cessation de paiements ou irrémédiablement compromise) que du préjudice (évolution de l'insuffisance d'actif) ou même de la recevabilité de ce type d'action contre la banque.

Pour parler de soutien artificiel, la doctrine s'accorde pour faire ressortir trois conditions cumulatives caractéristiques de la faute.

Il faut :  
une situation irrémédiablement compromise à la date du crédit ;  
l'octroi, pendant cette situation irrémédiablement compromise, d'un crédit non susceptible d'être remboursé ;  
enfin un lien avec l'insuffisance d'actif, c'est-à-dire une aggravation du passif liée à l'octroi du crédit.

En matière de distribution du crédit, les banques sont incontournables et jouent à cet effet un rôle de premier plan dans

<sup>111</sup> (Arrêt Laroche, cass. Com., 7 janvier 1976, Bull. com. IV, n°6, p 7)

le monde des affaires en général et dans le dénouement des procédures collectives en particulier. Il en découle pour elles d'importantes responsabilités. Aussi, pour qu'elles puissent mener à bien leur mission, elles ont le droit d'exiger de leurs clients de fournir tous renseignements devant leur permettre d'engager des fonds à bon escient.

#### **a)- L'insuffisante mise en œuvre par la banque de son droit d'information**

Le banquier a le droit, sinon de devoir d'exiger de son client qu'il lui fournisse toutes informations de nature à lui permettre de se décider en toute connaissance de cause par rapport au crédit envisagé. Il peut notamment solliciter la production du rapport des commissaires aux comptes, les comptes de résultat, le plan de redressement. Toutes choses permettant au professionnel qu'il est de juger du caractère pertinent du crédit eu égard à la situation de son client. Ce dernier commet une faute grave en refusant de se soumettre à cette obligation d'information. Dans ce cas, la banque est autorisée à rompre sans préavis toute ouverture de crédit antérieurement consentie<sup>112</sup>.

Il y a lieu cependant de noter que l'information détenue ou fournie au banquier émane pour l'essentiel du client lui-même et qu'elle n'est pas toujours complète et objective. Dès lors, se pose le problème de la détermination de la limite entre la faute et la simple erreur excusable d'appréciation.

Cette limite n'est pas toujours aisée à établir. C'est l'examen, non exhaustif dans cette étude, de types de situations rencontrées par la jurisprudence qui est de nature à apporter quelque lumière.

La faute de la banque peut consister en d'autres comportements actifs.

#### **b)- L'octroi ou le maintien de crédits abusifs**

C'est l'hypothèse où le financement bancaire n'est pas ou n'est plus indiqué en raison de la situation sinon désespérée en tout cas irrémédiablement compromise du débiteur. La situation est irrémédiablement compromise lorsqu'il est impossible d'obtenir le rétablissement de l'entreprise par le biais d'un plan de redressement sérieux<sup>113</sup>. Dans ce cas, le banquier commet une faute par l'octroi ou le maintien du crédit qui ne servira en définitive qu'à retarder la cessation des paiements en permettant au débiteur, bénéficiaire ainsi d'une apparence de solvabilité, de continuer son activité en aggravant son passif.

L'appréciation de la faute du banquier est souvent délicate car elle implique que le juge statue sur la base des données dont disposait le banquier à l'époque du comportement critiqué et des éléments qu'il lui était raisonnablement possible de se procurer<sup>114</sup>.

Les juges du fond déterminent souverainement si le comportement bancaire a été fautif ou non<sup>115</sup>.

Une illustration jurisprudentielle de la faute bancaire se trouve par excellence être l'hypothèse du crédit ruineux qui crée inconsidérément des charges excessives par rapport aux capacités financières de l'entreprise<sup>116</sup>.

Il apparaît ainsi que la responsabilité du banquier peut découler de l'octroi d'un concours financier, de son maintien ou de son caractère ruineux. Mais dans

certaines circonstances l'attitude de la banque va consister à interrompre son concours financier et mettre ainsi son client dans une situation difficile. A cet égard, la banque a été souvent considérée comme placée entre Charybe et Scylla c'est-à-dire engager sa responsabilité pour octroi (ou maintien) abusif de crédit ou pour rupture abusive de crédit.

#### **c)- La rupture abusive de crédit**

C'est l'hypothèse où le banquier rompt brutalement son engagement après avoir consenti à son client une ouverture de crédit généralement à durée indéterminée. Une attitude aussi brutale pourrait, en effet, priver le débiteur de sa source de financement et entraîner ainsi la cessation des paiements. Il y aurait là de la part de la banque une attitude fautive sanctionnée par la jurisprudence<sup>117</sup>.

Il en va de même lorsque la banque refuse son concours, motif tiré de l'existence d'une procédure de redressement judiciaire<sup>118</sup>. Toutefois, le banquier dispose de moyens de défense et notamment de deux causes d'exonération. Le banquier ne commet pas de faute :

lorsque le débiteur se rend coupable de comportement gravement répréhensible (visé plus haut le cas de la non-fourniture d'information) où connaît une situation irrémédiablement compromise ;

lorsque le banquier informe par écrit son client de son intention de rompre et lui notifie un préavis dans ce sens. Tel est par exemple la solution prévue par l'article 60 de la loi bancaire française du 24 juin 1984.

Dans le cas de l'ouverture de crédit à

<sup>112</sup> (Cass. Com., 2 juin 1992 : Bull. Civ IV, 1992, juillet n°213)

<sup>113</sup> (Paris 15ème Ch. A, 20 Oct. 1998)

<sup>114</sup> (Cass. Com. 26 avril 1994 : RD bancaire et bourse 1995, 14 obs. CREDOT et GERARD)

<sup>115</sup> Cass. Com., 1er févr. 1994 : Bull. Civ. 1994, IV, n°39)

<sup>116</sup> (Cass. Com., 2 Mai 1983 ; D. 1984, Inf. Rap. 11, Abs, Derrida)

<sup>117</sup> (Cass. Com., 13 Janv. 1987, Inf. Rap. 17)

<sup>118</sup> (Cass. Com., 8 Déc. 1987 ; JCP. 1988, II 20927, Note Jeantin)

durée déterminée, le principe est, sauf faute lourde ou survenance d'une situation irrémédiablement compromise, que le contrat doit continuer jusqu'à son terme (article 60 de loi bancaire de 1984).

En tout état de cause, les tribunaux décident souverainement et la faute de la banque n'est retenue que lorsqu'elle est suffisamment caractérisée. En revanche, le banquier a la latitude de rapporter la preuve contraire et notamment, qu'il n'a point manqué de vigilance dans l'exploitation des informations à lui fournies par le débiteur.

En dehors de la banque, d'autres tiers peuvent également concourir à la dégradation de la situation du débiteur.

A côté du cas des banques, l'Etat aussi peut voir sa responsabilité engagée pour faute.

## 2-) Par rapport à l'Etat et ses démembrements

Certaines aides de « sauvetage » d'entreprises en difficulté peuvent provenir d'une implication directe ou indirecte de l'Etat dans lequel l'entreprise est établie. Elles visent essentiellement à octroyer à l'entreprise en difficulté un bref répit, c'est-à-dire le temps nécessaire à l'élaboration et à la mise en place d'un plan de redressement où elles constituent un véritable volet du plan de redressement lui-même.

Ces aides peuvent revêtir différentes formes. Il peut s'agir, entre autres, de participation en capital, d'abandons de créances, de prêts directs, de bonifications d'intérêts, d'exonération de taxes et ou de cotisations sociales...

Il existe, sans nul doute, des cas où les aides consenties par l'Etat sont compré-

hensibles et acceptables en vue de la restructuration d'une entreprise et du maintien des emplois qui y sont attachés. Cependant, certaines aides de « sauvetage » visent uniquement parfois à maintenir l'entreprise en activité dans le seul but de préserver, à n'importe quel prix, les emplois qui y sont attachés, ce, au mépris de l'évolution du marché et avec comme corollaire une entrave à la libre concurrence, le retardement des adaptations rendues nécessaires par la situation de l'entreprise concernée. Ces aides abusives peuvent être directes ou indirectes.

Préoccupées le plus souvent par des considérations ne tenant pas qu'à la seule rentabilité, l'Etat « contraint » véritablement certaines banques afin que celles-ci participent à un plan de redressement qu'il soutient dans but de préserver des emplois. Or, les pertes enregistrées par les entreprises dont le sauvetage est recherché rendent impossible un véritable redressement, c'est-à-dire le retour à une situation dans laquelle l'entreprise sera en état de rembourser l'intégralité de son passif et n'aura pas à imposer à ses créanciers de lourds sacrifices tels qu'abandons d'intérêts, si ce n'est même de partie du principal de la créance.

Pour ce faire, la responsabilité de l'Etat peut être recherchée pour avoir recommandé ou conseillé l'octroi de certains crédits à des entreprises en difficultés, dans des circonstances, bien entendu, injustifiées<sup>119</sup>. Il faut semble-t-il une faute lourde pour que soit prononcée une condamnation<sup>120</sup>.

En pareil cas, pour leur défense, les banques peuvent penser à invoquer que « leur décision d'apporter ou de maintenir le concours bancaires à une entreprise n'a pas été libre » par ce que les pouvoirs publics ont exercé sur

elles une contrainte.

Dans d'autres cas, c'est l'Etat lui-même qui est amené parfois à financer par des aides publiques directes certaines entreprises en difficultés dans le but d'en assurer le sauvetage.

L'intervention de l'Etat peut, lorsqu'elle est faite sans discernement, se révéler désastreuse par le maintien en activité d'une entreprise dont le bilan aurait dû déjà être déposé.

Cette intervention peut revêtir plusieurs formes et se manifester notamment par de pressions exercées sur les banques en vue de l'octroi du crédit, l'appui à des plans de redressement inconsistants, l'immixtion dans la gestion de l'entreprise<sup>121</sup>. Ainsi, au cas où l'Etat se sera rendu coupable de comportement constitutif de faute, sa responsabilité pourra être recherchée, lorsqu'il en découle un préjudice aux dépens de la masse.

Pour la recherche de cette responsabilité de l'Etat, la compétence juridictionnelle peut en l'occurrence faire difficulté<sup>122</sup>.

## 3)- Vis-à-vis des « autres tiers »

Cette hypothèse est celle de toute autre personne : parents, créanciers, comptables, ... dont le comportement aura eu une incidence négative sur le paiement des créances de la masse.

Il s'agit notamment du cas des commissaires aux comptes, des comptables, des transitaires...

En tout état de cause, la seule commission d'une faute ne suffit point pour que la responsabilité du tiers soit engagée. Encore faut-il qu'il y ait survenance de préjudice au détriment de la masse.

<sup>119</sup> (Colloque Droit et Commerce, Deauville, 1983 : *RJ com.*, n° spéc. déc. Obs. MOULY : *D.* 1984, *chron.* 33, n°11) ;

<sup>120</sup> (rapp. MESTRE, *Les risques de l'intervention des autorités publiques dans les entreprises en difficultés* : *RJ com.*, n° spéc., 1983) ;

<sup>121</sup> (T. Com. Rouen, *Aff. Chapelle-d'Harblay*, 10 Mars 1981 : *D.* 1981, *Jur.* 391, note AMSELEK)

<sup>122</sup> (T. Confl., 23 janv. 1989 : *D.* 1989, I, 367, note DERRIDA et AMSELEK)

**II - Le préjudice consécutif à la faute**

Il doit revêtir les caractères exigés par le droit commun à savoir être direct, actuel et certain pour pouvoir juridiquement être pris en compte.

Dans le cadre des procédures collectives, l'article 118 vise trois (3) postes de préjudice non cumulatifs :

- Retard de cessation des paiements (Section I) ;
- Diminution de l'actif (Section II) ;
- Aggravation du passif (Section III).

**A- la déclaration tardive de l'état de cessation des paiements**

L'agissement fautif doit avoir eu pour effet de retarder la cessation des paiements définie par l'article 25 comme « ... l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ... ». Tout fait de nature à retarder la cessation des paiements retarde d'autant la formation de la masse et partant, est susceptible de fausser l'égalité entre les créanciers. Il faut ici observer que l'article 118 semble faire du retard de la cessation des paiements une cause autonome de création de préjudice. Mais le constat du seul retard suffit-il pour engager la responsabilité du tiers ? Ne faut-il pas que ce retard soit nécessairement suivi d'une diminution d'actif ou d'une aggravation du passif ?

En d'autres termes, un préjudice causé à la masse peut-il se concevoir en dehors d'une diminution d'actif ou d'une aggravation du passif ? Une réponse négative paraît s'imposer du moment que les créanciers ne sont légalement protégés et ne sont intéressés que dans la mesure de ce qui pourrait leur assurer au mieux le paiement de leurs créances. En conséquence, le retard de cessation

des paiements, loin d'être une fin en soi, devrait plutôt s'analyser comme l'un des nombreux moyens par lesquels un préjudice peut être causé à la masse. La formulation législative de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 118 n'est donc pas heureuse, celle de la jurisprudence nous paraissant meilleure : « (...) toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué, par ses agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif ».

Toutefois, le législateur fait pour le débiteur d'avoir mis en relief le retard de la cessation des paiements tient peut-être à sa volonté d'inciter les dirigeants à déposer, s'il y a lieu, et à temps, le bilan.

A coté de la faute entraînant le retard dans la déclaration de cessation des paiements, l'atteinte au patrimoine du débiteur peut se faire par des agissements tendant à la diminution de l'actif social.

**B- La diminution volontaire de l'actif social**

L'article 118 ne donne aucune définition de l'actif. Mais, celui-ci peut se concevoir comme l'ensemble des biens, mobiliers et immobiliers, des créances et sommes d'argent que possède l'entreprise ou la personne objet de la procédure collective.

La diminution de l'actif suppose l'existence d'une dissipation volontaire d'un élément d'actif appartenant au débiteur.

Le tiers dont la responsabilité peut être recherchée doit avoir agi, de connivence avec le débiteur ou non, dans le dessein de dissiper des biens du débiteur, la finalité étant de les soustraire à la procédure collective. Peu importe que cela

soit fait dans l'intérêt ou non de celui-ci.

L'autre aspect de l'atteinte au patrimoine du débiteur est de contribuer à l'aggravation du passif.

**C- L'aggravation délibérée du Passif**

C'est une branche constitutive de préjudice. Le passif est formé de l'ensemble des dettes d'une entreprise, commerciale ou non, autrement dit de toute personne physique ou morale. Il suffit que « le passif augmente indûment aux dépens de la masse suite à l'intervention fautif du tiers pour que le préjudice soit caractérisé ».

Si l'effectivité des éléments qui précèdent ne doit souffrir d'aucun doute pour qu'il y ait droit à réparation au profit de la masse, encore faut-il qu'une relation de cause à effet soit établie entre la faute et le préjudice.

Ainsi seulement, le syndic pourra valablement faire sanctionner, en saisissant la juridiction compétente, du comportement fautif du tiers en enclenchant la procédure légale prévue à cet effet.

En définitive, les objectifs poursuivis par les procédures collectives sont, entre autres, le paiement des créanciers, le sauvetage de l'entreprise, la



punition du débiteur ou des dirigeants ou encore des tiers, la restructuration de l'économie dans un contexte concurrentiel.

L'étude spécifique de la responsabilité des tiers dans le cadre de ces procédures collectives est intéressante en ce sens qu'elle met en lumière les conditions et les modalités de mise en œuvre de cette responsabilité ainsi que les sanctions s'y rattachant. Ce dispositif juridique s'il est séduisant

au plan conceptuel et salubre dans son objet en ce qu'il tend à sévir contre tout détournement, dissipation de biens appartenant au débiteur, est assez peu sinon pas du tout utilisé.

Cette quasi ineffectivité peut s'expliquer par l'application très récente de ce nouveau droit que même les praticiens essayent d'appréhender.

Une autre explication peut être le fait que beaucoup d'entreprises, petites et

moyennes surtout, disparaissent avec de nombreuses dettes impayées, sans qu'aucune procédure collective ne soit ouverte ;

une telle situation pouvant s'expliquer par l'abandon pure et simple de l'entreprise, l'inexistence d'actifs à partager entre les créanciers ou encore tout simplement la répugnance de certains justiciables africains à saisir les juridictions pour des questions d'argent.

## SORT DU BAIL A USAGE PROFESSIONNEL EN OHADA AU DECES DU PRENEUR



**Bakary TOGORA**  
Avocat  
JURIFIS CONSULT

Depuis le 15 février 2011, le droit du bail commercial a, dans l'ensemble de l'espace OHADA, connu un changement par l'entrée en vigueur d'un nouvel Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général en remplacement de celui de 1997.

Par ce nouvel acte uniforme, le législa-

teur a retenu l'appellation bail professionnel en lieu et place de celle de bail commercial. Cette nouvelle appellation s'accommode mieux avec le contenu de cette convention dont le champ d'application qui était contenu dans l'article 69 de l'acte uniforme du 1997 laissait supposer qu'il ne s'agissait pas uniquement d'un bail destiné au « commerce ».

Il est utile de rappeler que le contentieux relatif au bail à usage professionnel est désormais dévolu à « la juridiction compétente, statuant à bref délai ». Cette précision recommande la célérité pour tout différend relatif à ce bail mais ne modifie en rien le partage de compétence entre juge du fond et juge des référés dont les domaines d'intervention demeurent soumis au droit national de chaque Etat partie.

La durée du bail peut être déterminée ou indéterminée selon la volonté libre du bailleur et du preneur. S'agissant du bail à durée déterminée, le terme est celui fixé de commun accord entre les

parties, le droit au renouvellement étant acquis au preneur qui justifie avoir exploité dans le respect des clauses du bail l'activité prévue audit bail pendant une durée minimale de deux ans.

Ce droit au renouvellement reste subordonné à une demande expresse du preneur par signification d'huissier ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le bailleur dans un délai maximum de trois mois avant la date d'expiration du bail.

La clause de « **tacite reconduction** » qui est insérée dans la plupart des contrats de bail présente de sérieux risques pour le preneur dont le droit au renouvellement est acquis.

En réalité l'intérêt de cette clause réside dans la poursuite « automatique » du bail sans que les parties aient besoin d'une autre formalité. Aucune difficulté ne devrait se poser lorsque le bailleur adhère à cette poursuite. En revanche,

lorsque le preneur, se prévalant de cette clause, s'abstient de formuler la demande de renouvellement au plus tard trois (03) mois avant l'expiration du bail, il encourt la déchéance de son droit au renouvellement et peut se voir expulser par le bailleur même en référé.

C'est donc le caractère d'ordre public de la disposition imposant la demande expresse de renouvellement dans le délai de trois (03) mois avant l'expiration du bail qui empêche l'applicabilité de la clause de « tacite reconduction » qui sera écartée en ce qu'elle sera considérée comme « réputée non écrite ».

### Les conditions de poursuite du bail avec les héritiers du preneur

La question de la fin du contrat se pose également en cas de décès ou de disparition de l'une ou l'autre des parties contractantes.

En cas de décès du bailleur, il ressort des dispositions de l'article 78 ancien et 110 nouveau que le bail se poursuit de façon « automatique » entre les héritiers propriétaires et le preneur. Dans ce cas, la loi ne subordonne la poursuite du bail à aucune autre formalité. La solution est toute différente lorsque c'est le preneur qui décède. Dans ce cas précis, le bail peut se poursuivre avec les conjoints, ascendants ou descendants en ligne directe du preneur décédé à condition qu'ils en fassent la demande expresse dans un délai de trois (03) mois à compter du décès.

Cette solution ressort des dispositions de l'article 79 ancien repris par l'article 111 de l'AUDCG nouveau qui indiquent qu' « **en cas de décès du preneur, personne physique, le bail se poursuit avec les conjoints, ascendants ou descendants en ligne**

**directe, qui en ont fait la demande au bailleur par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, dans un délai de trois à compter du décès. »**

Les mêmes dispositions précisent qu'**en l'absence de toute demande dans ce délai de trois mois, le bail est résilié de plein droit.**

En cas de pluralité de demandes, le Tribunal de Commerce peut être saisi par le bailleur ou par les héritiers eux-mêmes afin de voir désigner le successeur dans le bail.

### Les conséquences de l'absence de demande dans le délai imposé

Le non respect de ce délai ou l'absence même de demande conformément aux dispositions de l'article 111 entraîne ipso facto la déchéance du droit des héritiers qui deviendront des occupants sans titre ni droit.

La question qui se pose à ce sujet est de savoir s'il faut, en cas de contentieux, saisir le juge du fond ou celui des référés.

D'emblée, il y a lieu de préciser que



cette compétence matérielle n'est nullement fonction de la nature du contrat (bail à usage professionnel) mais plutôt du problème juridique posé.

A ce niveau, la problématique de la compétence n'est pas réglée par le droit communautaire mais plutôt trouve solutions dans le droit national qui détermine le domaine d'intervention du juge des référés et celui du juge fond.

C'est pourquoi, il est très facile pour le juge des référés d'intervenir dans de telle situation pour ordonner l'expulsion de tels occupants non seulement en « s'appuyant » sur les dispositions indiquant que le défaut ou le non respect du délai légal de la demande de poursuite entraîne la résiliation de plein droit du contrat.

Au Mali par exemple, le domaine d'intervention du juge des référés est déterminé par les dispositions générales de l'article 490 du code de procédure civile, commerciale et sociale. Les dispositions de ce texte offrent au Président de la juridiction compétente la possibilité de prescrire en référé des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illégitime.

Dès lors que le bail est résilié de plein droit, tout occupant est considéré comme un occupant sans titre ni droit. Or, lorsque le juge est saisi dans de telles conditions, il lui incombera de vérifier si la demande telle qu'exigée par la loi, a été faite ou a été faite dans le délai.

Au cas où il n'y a pas eu de demande ou que la demande n'a été formulée que tardivement, le juge, après avoir constaté la résiliation du bail doit ordonner l'expulsion de tel occupant en

termes de remise en état qui s'impose pour faire cesser le trouble manifestement illicite.

Le maintien dans les locaux en dehors de la volonté du bailleur, au cas où les

héritiers n'ont pas fait de demande de poursuite de bail, constitue une voie de fait donnant compétence au juge des référés pour prononcer l'expulsion des héritiers.

Il est donc utile de pouvoir combiner

les dispositions de l'Acte Uniforme portant Droit commercial Général et celles ressortissantes du droit national de chaque états parties pour donner une solution adéquate.

## BREVES DE JURISPRUDENCE CCJA DU 1er SEMESTRE 2012

Lu pour vous



**Jérémie WAMBO**  
Avocat Assistant Juriste  
Référendaire  
CCJA -OHADA

### BREVES SUR LA JURISPRUDENCE DE LA CCJA POUR LE PREMIER SEMESTRE DE L'ANNEE 2012

Chers lecteurs, en espérant que les dernières brèves sur la jurisprudence de la Haute juridiction du Droit des Affaires OHADA récemment publiées par nos soins sur ce même blog vous ont permis d'avoir un aperçu de l'évolution de la justice communautaire, nous vous prions de trouver ci-dessous les décisions ren-

dues dans la première moitié de l'année 2012. Ces décisions disponibles in extenso au greffe de la CCJA ont été rendues en matière de :

#### I – SURSIS A EXECUTION DES ARRÊTS DE LA CCJA

**Ordonnance n°06/2012/CCJA du 18 1vril 2012 : Aff. Etat du ... & Sté Nationale de ...C/ Sté Af ... & Autre**

Aux termes de l'article 46 du Règlement de Procédure de la CCJA, l'exécution forcée d'une décision de la Cour ne peut être suspendue qu'en vertu d'une décision de ladite Cour. Dès lors, toute demande tendant à surseoir à l'exécution forcée est présentée dans les conditions prévues aux articles 23 et 27 dudit Règlement. Le Président statue par voie d'ordonnance motivée « *attendu qu'il ressort des pièces du dossier de procédure qu'à la date du 24 Février 2011, date de l'introduction de la demande tendant à surseoir à l'exécution forcée de l'Arrêt n°044/2010 rendue 1er Juillet 2010 par la première chambre de la Cour de céans, aucune mesure d'exécution forcée, comme l'exige l'article 46 du Règlement de Procédure sus énoncé, n'a été entreprise par la Sté AF ... ni au préjudice de l'Etat du ..., ni au préjudice de la Sté Nationale de ... ; que par conséquent il y a lieu de rejeter la*

*requête introduite par l'Etat du ... et la Sté Nationale de ... »*

#### II - COMPETENCE

**\* Ordonnance sur requête autorisant la saisie conservatoire – Voie de recours – Rétractation – Oui – Compétence – Juge de l'exécution – Non**

**Arrêt n°029/2012 du 22 Mars 2012 : Sté IFB SA C/ Ets AL-ADWAR**

Le juge de l'exécution n'est pas compétent pour connaître de la rétractation d'une ordonnance sur requête autorisant une saisie conservatoire « *attendu que la seule voie de recours ouverte contre l'ordonnance sus indiquée est la demande en rétractation devant le juge des requêtes auteur de ladite ordonnance ; que c'est donc à tort que le juge de l'urgence, chargé du contentieux de l'exécution a examiné et s'est prononcé sur la demande de la Sté IFB SA ; qu'il y a donc lieu d'annuler l'ordonnance n°187 du 17 Décembre 2002, de statuer à nouveau, de se déclarer incompétent et de renvoyer la cause et les parties à se mieux pourvoir... »*

**\* Infractions aux règles du Droit des Sociétés Commerciales – Sanctions pénales prononcées par la juridiction nationale – Re-**

**cours en cassation – Incompétence de la CCJA – Oui – Article 14 al. 3 et 4 Traité OHADA – Oui**  
**Arrêt n°053/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Monsieur .... C/ .... & Ministère Public**

« ... attendu qu'il ressort des dispositions sus énoncées que la Cour de céans ne peut connaître, par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des Règlements prévus au Traité, concernent des décisions appliquant des sanctions pénales ; que l'arrêt n° 38/Crim du 11 Juin 2009 de la Cour d'Appel du Littoral, objet du présent pourvoi, a été rendu en matière criminelle et a, entre autres, déclaré l'accusé E... coupable de certains faits qui lui sont reprochés et l'a condamné... ; qu'il s'ensuit que la Cour de céans doit se déclarer incompétente »

**\* Vente d'un fonds de commerce hôtelier par l'Etat – Acte de commerce au sens de l'art. 3 AUDCG – Non – Contrat administratif – Oui – Compétence de la CCJA – Non**

**Arrêt n°042/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Etat Congolais C/ Succession Charles Ebina Yomvoula**

L'Etat Congolais avait cédé au groupe international Charles EBINA YOMVOULA les actifs mobiliers et immobiliers de l'hôtel MBOU MVOUMVOU, ex Novotel, par un acte en date du 07 Août 2002. L'acheteur devait verser un acompte et payer le reliquat sur 8 trimestrialités à compter du 30 Mars 2004. Malheureusement, plusieurs années après ce dernier n'avait toujours pas honoré ses engagements, malgré les mises en demeure et autres réclamations et relances de l'Etat vendeur. L'Etat a fini par expulser l'acheteur par ordonnance des référés rendue le 16 Juin 2005 pour reprendre la propriété de l'hôtel, après lui avoir notifié le 14 Mai 2005 une lettre de résiliation émanant du Conseil d'Etat. Le Tribunal de

Commerce de Brazzaville, saisi en revendication de la propriété de l'hôtel par l'acheteur, a entre autres constaté la violation par l'Etat d'une disposition de l'acte de cession, ordonné la restitution par l'Etat des actifs de l'hôtel MBOU MVOUMVOU, l'a condamné aussi au paiement des dommages-intérêts. En appel, le sort de l'Etat Congolais a été aggravé puisqu'il a été condamné à payer des sommes pour un montant total de FCFA 2 496 911 174. Saisie d'un pourvoi contre cette décision, la CCJA s'est déclarée incompétente « ... que l'Etat Congolais étant concerné par la décision soumise à la censure de la Cour de céans, il y a lieu de préciser que cet Etat est une personne morale titulaire de la souveraineté et en tant que tel, est une puissance publique ; qu'il ne saurait être considéré comme ayant accompli l'acte de commerce de l'article 3 susvisé, ni répondant à la définition de commerçant, malgré son interventionnisme économique par la création des entreprises qui seules sont des commerçantes et non lui-même, bien que propriétaire desdites entreprises ; que d'ailleurs, dans le cas d'espèce, l'acte de cession par lequel l'Etat Congolais a vendu l'hôtel MBOU MVOUMVOU au commerçant Charles Ebina constitue un acte administratif puisque passé suivant la procédure d'appel d'offres ; qu'au demeurant, cette convention renferme une clause exorbitante du droit commun en son article 8 qui reconnaît à l'Etat le droit de résiliation de plein droit ; qu'en définitive, le fait pour l'Etat de céder une entreprise à un commerçant ne requiert point l'application des textes susvisés ; que la Cour de céans n'ayant pas vocation à trancher le litige à elle soumis doit se déclarer incompétente... »

**\* Mesure d'exécution forcée ou saisie conservatoire – Compétence - juge de l'exécution – Président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou magistrat délégué – Juridiction désignée par la loi interne – Oui -**

**Président du Tribunal du Travail statuant en matière d'urgence – Organisation judiciaire du Tchad**  
**Arrêt n°026/2012 du 15 Mars 2012 : Aff. ABRAHAM GUIDIMTI C/ FINANCIAL BANK TCHAD**

«... mais attendu que si l'article 49 de l'Acte Uniforme précité donne compétence au Président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou au magistrat par lui délégué pour connaître de tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire, ce texte n'a pas désigné dans l'ordre judiciaire cette juridiction dont la détermination relève du droit interne des Etats Membres de l'OHADA (...) ; qu'ainsi en désignant le Président du Tribunal statuant comme juge de l'urgence pour connaître d'un litige ou d'une demande relative à une mesure d'exécution forcée d'une décision rendue en matière sociale conformément au Droit national Tchadien, l'arrêt dont pourvoi n'a en rien violé les articles 10 du Traité, 49, 336 et 337 de l'AUPSRVE... »

**\* Arrêt d'une Cour Suprême dans une matière relevant du Droit OHADA – Violation de l'art. 18 du Traité OHADA – Annulation de la décision par la CCJA – Oui – Evocation – Non – Application de l'art. 52.4 du Règlement de Procédure de la Cour – Irrecevabilité – Oui**

**Arrêt n°050/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Mme KOUAME AMENAN C/ Mme BONI née N'GUESAN**

« qu'en statuant sur le pourvoi à lui soumis nonobstant la demande d'incompétence formulée par la demanderesse au pourvoi, la chambre judiciaire de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire a méconnu les dispositions de l'article 18 du Traité susvisé en se déclarant à tort compétente (...) Mais attendu qu'aux termes des dispositions de l'art. 52.4 du Règlement de Procédure de la Cour de céans selon lesquelles – si la Cour décide que la juridiction nationale s'est déclarée

compétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue. Toute partie devant ladite juridiction peut dans les deux mois de la signification du jugement de la Cour saisir cette dernière d'un recours en cassation contre la décision du juge du fond dans les conditions prévues à l'article 14 du Traité et aux articles 23 à 50 du présent Règlement – la demande de Mme KOUAME AMENAN tendant à statuer à nouveau est formulée en violation des dispositions sus énoncées et doit être déclarée irrecevable »

**\* Titre exécutoire – Contrôle de régularité par le juge des référés – Non – Demande tendant à remettre en cause le titre exécutoire – Juge de l'exécution – Non**  
**Arrêt n° 004/2012 du 02 Février 2012 : Aff. Société Nationale Ivoirienne de Travaux (SONITRA) SA C/ EDJA BINDE et Autres**

Le juge de l'exécution n'a pas compétence pour connaître des demandes tendant à remettre en cause le titre exécutoire dans son principe ou sur la validité des droits et obligations qu'il constate. De même, le juge des référés ne peut annuler un titre exécutoire « mais attendu que, contrairement aux allégations de la demanderesse au pourvoi, « le juge de l'exécution » n'a pas compétence pour connaître des demandes tendant à remettre en cause le titre exécutoire dans son principe ou sur la validité des droits et obligations qu'il constate et qu'il ne peut par conséquent porter atteinte audit titre... »

**\* Sursis à exécution d'une décision d'une juridiction nationale – Compétence de la CCJA – Non**  
**Arrêt n°031/2012 du 22 Mars 2012 : Aff. BNI C/ TAPE BAROAN**  
 La CCJA n'est pas compétente pour ordonner le sursis à l'exécution d'une décision rendue par une juridiction nationale « attendu qu'aucune disposition ni du Traité institutif de l'OHADA ni du Règlement de Procé-

dure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne permet à celle-ci d'ordonner le sursis à l'exécution d'une décision rendue par une juridiction nationale ; qu'il échet de se déclarer incompetent... »

**\* Saisie attribution contestée – Rejet de la contestation par le juge de l'exécution – Paiement du saisissant par le tiers saisi avant l'expiration du délai d'appel – Négligence fautive – Oui – Responsabilité du tiers saisi – Oui – Application de l'article 1383 C.CIV – Recrédit du compte – Oui – Compétence du juge des référés – Non – Compétence de la CCJA – Oui**

**Illustration même arrêt :** «...que cette demande est une action en réparation en responsabilité résultant d'une faute commise par la BNI qui a libéré les sommes, objet de la saisie, du compte de Monsieur TAPE BAROAN, sans vérifier au préalable que toutes les conditions étaient réunies pour le paiement et qu'aucune contestation n'était élevée mais non pas une mesure d'exécution forcée rentrant dans le champ de compétence matérielle du juge de l'urgence, juge de l'exécution ; qu'en retenant la compétence du juge des référés, juge de l'exécution pour statuer sur la requête de Monsieur TAPE, la Cour d'Appel a violé, par mauvaise application, l'article 49 de l'AUPSRVE (...); attendu que la BNI qui savait que le juge saisi de la contestation avait déclaré irrecevable comme tardive la contestation élevée par Monsieur TAPE BAROAN par ordonnance du 30 Août 2006, était tenue de respecter les délais légaux d'appel avant de libérer les sommes saisies ; qu'en effectuant le paiement dès le lendemain de la décision, soit le 31 Août 2006, la banque qui ne s'est pas ravisée, a manqué à ses obligations de prudence que ses règles professionnelles lui imposent, commettant ainsi une faute qui concourt au dommage subi par Monsieur TAPE BAROAN qui ne peut disposer librement des sommes de son compte pour lequel il demande recréd-

itement ou mieux réparation en remettant son compte en l'état où il serait si le dommage n'avait pas eu lieu (...) la BNI doit réparer le préjudice en remplaçant la somme de FCFA 26 904 758 dans son compte »

**\* Ordonnance de suspension de l'exécution provisoire entamée – Violation de l'article 32 AUPSRVE – Oui – Compétence de la CCJA – Oui**

**Arrêt n°033/2012 du 22 Mars 2012 : Aff. BOMISSO G. Mathias C/ SIL**

« mais attendu que le code ivoirien de procédure civile n'a prévu aucune voie de recours ordinaire contre les ordonnances rendues en vertu des articles 180 et 181 par le Premier Président de la Cour d'Appel ; qu'en saisissant la Cour de céans d'un recours contre une décision suspendant l'exécution du jugement social sus indiqué dont l'exécution est entreprise par application des dispositions de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution, celle-ci doit se déclarer compétente »

**\* Ordonnance de suspension de l'exécution provisoire entamée – Violation de l'article 32 AUPSRVE – Oui – Compétence de la CCJA – Oui**

**Arrêt n°017/2012 du 15 Mars 2012 : Aff. Sté Berdam International Sarl C/ BIAO Côte d'Ivoire**

La juridiction communautaire est compétente pour connaître du recours contre toute décision nationale suspendant une exécution déjà commencée, cette suspension violant l'article 32 de l'AUPSRVE « que dans le cadre de l'exécution de cet arrêt, une signification-commandement a été servie à la BIAO dès le 26 Février 2003, conformément à l'article 92 de l'AUPSRVE, bien avant la requête en sursis datée du 04 Mars 2003 alors que l'article 32 dispose (...), que la chambre judiciaire de la Cour Suprême en suspendant l'exécution déjà entamée a ainsi violé l'article visé... »

**Dans le même sens, Arrêt n°063/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. OUATTARA ISSOUF C/ Sté TRIDENT SHIPPING SA**

« Attendu qu'en vertu de la primauté des Actes Uniformes affirmée dans ledit Traité, l'article 49 de l'AUPSRVE a seul vocation à s'appliquer dans le cas d'espèce s'agissant d'un litige relatif à l'exécution forcée d'un titre exécutoire à l'occasion duquel une demande de sursis à exécution a été portée devant la Cour Suprême nationale et ce, après un commandement de payer délivré conformément à l'article 92 du même Acte Uniforme qui, en prescrivant que « la saisie est précédée d'un commandement de payer signifié au moins huit jours avant la saisie », en fait un préalable nécessaire qui engage la procédure de saisie-vente ; qu'ainsi seul demeurerait compétent pour connaître du litige le Président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui dès lors que la procédure d'exécution était engagée... »

**A contrario**

**\* Ordonnance de suspension de l'exécution provisoire non entamée – Violation du Droit OHADA – Non – Compétence de la CCJA – Non**

**Arrêt n°016/2012 du 15 Mars 2012 : Aff. SALEM VALL OULD SIDETE C/ CHOUEB OULD MOHAMMED**

La juridiction communautaire n'est pas compétente pour connaître du recours contre une décision de suspension de l'exécution provisoire rendue en application du droit interne, dès lors que l'exécution suspendue n'était pas entamée et par conséquent ne violait aucune disposition ni du Traité, ni des Actes Uniformes ou Règlements « que la décision querellée a été rendue en matière de défense à exécution provisoire avant tout acte d'exécution ; qu'aussi une telle affaire ne soulevant aucune question relative à l'application des Actes Uniformes et des Règlements pris en application du Traité, les conditions de compétence de la

*Cour ne sont pas remplies »*

**\* Ordonnance de suspension de l'exécution provisoire d'une ordonnance de mainlevée de saisie conservatoire – Violation des art. 49 et 32 AUPSRVE – Non – Validité de l'ordonnance de suspension – Oui**

**Arrêt n°064/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. AXA ASSURANCES CÔTE D'IVOIRE C/ Sté d'Architecture et de Décoration (ARTIS)**

« mais attendu qu'en posant le principe du caractère non suspensif du délai d'appel et de l'exercice de ce recours sous réserve d'une décision contraire du juge saisi qui pourrait lui-même en suspendre l'exécution, le texte suscitait n'interdit en rien l'existence d'une procédure de défense à exécution qui serait prévue par la loi nationale une fois que le Président de la juridiction compétente aura épuisé sa saisine en s'abstenant de prononcer ou en se prononçant par une disposition spécialement motivée du caractère suspensif de sa décision ; (...) mais attendu qu'en l'espèce, les procédures qui ont abouti aux ordonnances attaquées n'entraient plus dans le cadre du contentieux de l'exécution forcée d'un titre exécutoire régi par ledit Acte Uniforme notamment en son article 32, dès lors que le juge compétent qui avait sur requête autorisé les saisies conservatoires en a par la suite ordonné la mainlevée ; que les procédures, dont la Cour d'Appel a été saisie, ont donc consisté en l'examen de la régularité d'une décision de justice, question à laquelle l'article 32 invoqué n'a aucune vocation à s'appliquer puisqu'aucune exécution forcée ne pouvait plus être engagée faute d'existence du titre exécutoire dont les effets avaient été anéantis par la décision frappée d'appel... »

**III - RECEVABILITE DES MOYENS DU POURVOI**

**Recours en cassation – Moyens du recours vagues et imprécis – Sanction - Irrecevabilité**

**\* Arrêt n°003/2012 du 02 Février**

**2012 : Aff. Entreprise Coopérative des Agriculteurs de Soubré (ECAMS) C/ Société General Agro (GASA) SA**

Le moyen invoqué à l'appui du recours doit, pour être recevable, être bien articulé et précis et indiquer le texte qui aurait été violé ou faussement appliqué « mais attendu que le moyen est vague et imprécis et ne vise aucun texte qui aurait été violé ou faussement appliqué, la référence à l'article 32 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ayant été faite uniquement pour étayer l'argumentaire du demandeur au pourvoi ; qu'il s'ensuit que le moyen unique de cassation doit être déclaré irrecevable »

**\* Arrêt n°052/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Sté ALAN DICK & C° Cameroun C/ Ets SOGETRA TELKOM**

Moyen vague et imprécis, irrecevable

**\* Arrêt n°007/2012 du 02 Février 2012 : Aff. Société de Conditionnement Industriel de Produits Agricoles de Vridi (SCIPAV) SA C/Société BALTON SNESS**

Le demandeur au pourvoi qui dans son recours se borne à exposer les faits et la procédure, puis épilogue sur les contours de la saisie pratiquée sans titre valable et sur l'existence de la créance et conclut que « l'arrêt critiqué prête ravalement le flanc à la cassation pure et simple, ne donne pas à la Cour la possibilité d'examiner utilement le pourvoi » attendu qu'ainsi présenté, le recours sus décrit ne fait ressortir de manière claire et précise ni les moyens de cassation invoqués, ni les parties critiquées de la décision attaquée, ni ce en quoi celle-ci encourt les reproches allégués ; que lesdits moyens étant par conséquent vagues et imprécis, il y a lieu de les déclarer irrecevables et rejeter le pourvoi »

**Recours en cassation – Moyen nouveau mélangé de fait et de**

**droit – Sanction – Irrecevabilité**  
**Arrêt n°052/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Sté ALAN DICK & C° Cameroun C/ Ets SOGETRA TEL-KOM**

Le fait d'invoquer pour la première fois en cassation la violation de l'article 153 de l'AUPSRVE en ce que l'arrêt attaqué a considéré l'ordonnance d'injonction de payer comme un titre exécutoire alors qu'elle a été frappée d'opposition, constitue un moyen nouveau mélangé de fait et de droit qui doit être déclaré irrecevable.

**Recours en cassation – délivrance et production du mandat spécial de l'Avocat postérieures au dépôt du recours – Recevabilité – Oui – Article 28 al.5 Règlement de procédure**

**Arrêt n°034/2012 du 22 mars 2012 : Aff. Sté Thales Security Systems C/ Monsieur Olivier KATTIE**  
 «... que le mandate spécial de représentation donné au Cabinet FDKA le 08 Avril 2009, soit cinq jours le dépôt de la requête en cassation par la Sté Thalès ne fait aucunement obstacle à la recevabilité du recours qui ne s'apprécie pas au jour du dépôt dudit recours puisque l'article 28.5 du Règlement de procédure permet au Greffier en Chef d'inviter le requérant (...) à régulariser son recours dans un délai raisonnable... »

**Recours en cassation – Défaut de production du mandat spécial de l'Avocat – Recevabilité – Non – Art. 28 al.5 Règlement de Procédure de la Cour**

**Arrêt n°054/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. BONI Joseph Henri C/La « Faillite » de la Société RICO**

« ... qu'il apparaît donc clairement qu'outre le fait qu'aucune disposition d'un Acte Uniforme ou d'un Règlement prévu au Traité du 17 Octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique n'est visée, les conseils du requérant n'ont

pas produit un mandat spécial de la partie qu'ils représentent ; qu'il échet conformément aux articles 23 et 28.5 du Règlement de Procédure de la Cour de céans, de déclarer le recours irrecevable »

**Recours en cassation – Défaut de production des Statuts de la Sté ou d'un extrait récent du registre de commerce – Recevabilité – Non – Art. 28 al.5 Règlement de procédure de la Cour**

**Arrêt n°055/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Sté Ivoirienne d'Assurance Mutuelle (SIDAM) C/ Sté Africaine de Développement (SAD)**

« ... attendu que le défaut de production de certaines pièces, notamment les statuts ou un extrait récent du registre de commerce ou de toute autre preuve de l'existence juridique de la société et le mandat spécial donné au Conseil, ne permettent pas de s'assurer de l'existence juridique de la requérante, ni de savoir si l'Avocat par le ministère duquel la Cour est saisie avait bien qualité pour agir au nom et pour le compte de ladite société ni enfin de vérifier si la Cour a été régulièrement saisie ; qu'ainsi faute par la requérante d'avoir mis à la disposition de la Cour ces éléments essentiels d'appréciation sans lesquels il pourrait être porté atteinte inconsidérément à la sécurité des situations juridiques, son recours doit être déclaré irrecevable »

**Recours en cassation – Moyens de cassation – Contradiction de motifs – Défaut de motifs – Oui – Cassation – Oui**

**Arrêt n°040/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. BIAO Côte d'Ivoire C/ Association des Villes et Communes de l'Ouest Montagneux de Côte d'Ivoire (AVICOM-CI)**

« ... attendu que la contradiction de motifs et du dispositif équivaut à un défaut de motifs (...) qu'elle (Cour d'Appel) a ainsi violé la règle selon laquelle toute décision de justice doit être motivée... »

**Recours en interprétation d'un arrêt de la CCJA – Défaut de production du Mandat spécial de l'Avocat – Violation des art. 23.1 et 28.5 du Règlement de Procédure de la Cour – Oui – Sanction – Irrecevabilité du recours**

**Arrêt n°058/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Monsieur DOUCOURE BOUYAGUI C/ Mme EDOUKOU AKA**

« ... attendu que Maître ATO-BI K. Raymond qui a introduit le recours n'ayant pas produit de mandat spécial en dépit de la demande de régularisation que le Greffier en Chef de la Cour de céans lui a adressée le 16 Février 2012 conformément à l'article 28.5 dudit Règlement, il y a lieu de déclarer le recours irrecevable »

**III – RECOURS EN ANNULATION DE SENTENCE ARBITRALE**

**\* Recours en annulation de sentence arbitrale – Délai du recours – Article 27 Acte Uniforme Droit de l'Arbitrage – Un mois à compter de la signification de la sentence – Confusion du mode de saisine et radiation du recours – Suspension du délai – Non – Application de l'art. 198 du Code Camerounais de Procédure Civile – Non – Irrecevabilité du recours – Oui**

**Arrêt n°049/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Sté PRO – PME SA C/ TANKO Jean et Mme TANKO**

« attendu que la sentence arbitrale exequaturée a été signifiée le 16 Novembre 2006 et que le retour en annulation intervenu le 30 Novembre 2006 contre ladite sentence a été exercée dans le délai d'un mois fixé par l'article 27 de sus énoncé ; que la radiation par les époux pour raison de confusion de mode de saisine préalablement faite par voie de requête et obtenue le 17 Décembre 2007 ne peut être considérée, au sens de l'article 198 du Code de Procédure Civile et Commerciale du Cameroun, comme

*un changement survenu au cours du délai d'appel pour le suspendre, le délai du recours ayant commencé à courir depuis le 16 Novembre 2006, date de la signification... »*

**\* Recours en annulation de sentence arbitrale – Application des dispositions de la loi nationale relative à l'arbitrage – Non – Application de l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage – Oui**

**Arrêt n°062/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Sté Constructions Métalliques Ivoiriennes C/ Fraternité Saint Jean EUDES d'ABATTA**

Une loi d'un Etat de l'espace OHADA régissant l'arbitrage ne continuer à régir l'arbitrage dans cet espace du seul fait qu'elle n'est pas contraire à l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage, dans la mesure où aux termes de l'article 35 alinéa 1<sup>er</sup>, cet Acte Uniforme « tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats parties ». « *qu'ainsi, en se substituant aux lois préexistantes organisant l'arbitrage en droit interne, l'Acte Uniforme abroge toutes les lois générales relatives à l'arbitrage ne laissant subsister que les éventuelles normes d'organisation de l'arbitrage institutionnel qui ne lui sont pas contraires ; (...) que dès lors, une disposition d'une loi nationale sur l'arbitrage ne peut constituer un fondement juridique pertinent d'un recours en annulation... »*

#### **IV - SAISIE CONSERVATOIRE ET SAISIE ATTRIBUTION DE CREANCES.**

**\* Ordonnance de saisie conservatoire de créances – Exécution – Obligation d'accomplir les formalités pour l'obtention du titre exécutoire – Oui – Délai – Article 61 al. 1<sup>er</sup> Acte Uniforme n°6 – Inobservation – Sanction – Caducité**

**Arrêt n°001/2012 du 02 Février 2012 : Aff. COFIPA SA C/ COFIPA**

**INVESTMENT BANK CONGO SA, Mohamed TEFRIDJ & Autres** « ... *qu'en l'espèce, les intimés n'ont pas rapporté la preuve qu'ils ont, dans le mois des ordonnances des 08 et 09 Mai 2003, introduit une procédure ou accompli des formalités nécessaires à l'obtention d'un quelconque titre exécutoire ; qu'il échet en conséquence de déclarer caduques les ordonnances rendues les 08 et 09 mai 2003 au profit de Monsieur Mohamed TEFRIDJ ... »*

Les saisies attributions pratiquées sur la base d'ordonnances caduques sont nulles et de nul effet « *attendu que les ordonnances des 08 et 09 Mai 2003 sur la base desquelles les saisies attributions de créances du 09 Mars 2004 ont été pratiquées ayant été déclarées caduques, il s'ensuit que lesdites saisies attributions sont nulles et de nul effet ; qu'il y a lieu par conséquent d'en ordonner la mainlevée* » : même arrêt.

**\* Saisie conservatoire de créances – Déclarations mensongères du tiers saisi – Dommages-intérêts – Oui – Article 81 al.2 AUPSRVE**  
**Arrêt n°032/2012 du 22 Mars 2012 : Aff. SGBCI C/ Ets SYLLA & Frères**

Le banquier tiers saisi qui, consécutivement à une saisie conservatoire pratiquée entre ses mains, s'abstient de révéler tous les comptes de son client débiteur saisi, pour ne le faire que plus tard à la suite d'une sommation interpellative du saisissant, fait des déclarations mensongères l'exposant au paiement des dommages-intérêts «*... la Cour d'Appel qui a déduit qu'en ne révélant pas l'existence de tous les comptes que SYLLA BAKARY possède dans ses livres, la SGBCI a fait des déclarations mensongères l'exposant au paiement de dommages-intérêts, a fait une juste application de la loi* »

**\* Saisie conservatoire en vertu d'un jugement social exécutoire par provision – Suspension d'exécution par le juge national – Vio-**

**lution de l'Article 32 AUPSRVE – Oui – Cassation**

**Arrêt n°033/2012 du 22 Mars 2012 : Aff. BOMISSO G. Mathias C/ SIL**

Le juge national n'est pas fondé à suspendre, même en vertu d'une disposition du droit national, une exécution déjà entamée, au risque de violer l'article 32 de l'AUPSRVE « *qu'en ordonnant la suspension de l'exécution entamée du jugement social, Monsieur le Premier Président de la Cour d'Appel d'Abidjan a violé l'article 32 de l'Acte Uniforme visé au moyen ; qu'en conséquence, sa décision doit être annulée et l'exécution du jugement doit être poursuivie... »*

**\* Saisie attribution de créances – Dénonciation – Délai – Computation – Article 335 AUPSRVE – Indication d'une date fautive – Sanction – Nullité de l'acte**

**Arrêt n°018/2012 du 15 Mars 2012 : Aff. Standard Chartered Bank Cameroon SA C/ SINJU Paul** « ... *attendu donc que l'indication de la date à laquelle expire le délai est prescrite à peine de nullité ; que l'indication d'une fautive date doit exposer l'acte à la même sanction ; qu'aussi, en l'espèce, la saisie ayant été dénoncée le 30 Septembre 2002 et en excluent le dies a quo (30 septembre) et le dies a quem (1er Novembre), la date d'expiration du délai est le 02 Novembre 2002 ; que l'acte de dénonciation retenait à tort le 31 Octobre 2002 est donc nul ... »*

**\* Saisie attribution de créances – Absence de contestation dans le délai d'un mois – Présentation du certificat de non contestation – Obligation pour le tiers saisi de payer – Oui – Refus – Violation de l'art.164 AUPSRVE – Application de l'art.38 AUPSRVE – Condamnation au paiement des causes de la saisie et des dommages-intérêts**

**Arrêt n°061/2012 du 07 Juin**

**2012 : Aff. Banque Internationale pour l'Afrique au TOGO (BIA-TOGO) C/ Nouvelle Société Commerciale du TOGO (NOSOCO)**

Le tiers saisi qui s'abstient de payer malgré la présentation du certificat de non contestation et sollicite du juge l'autorisation de déposer les sommes saisies dans un compte séquestre en se prévalant d'une ordonnance de sursis à exécution du Président de la Cour d'Appel dresse par le fait même un obstacle à la saisie et doit être condamné au paiement des causes de la saisie et des dommages-intérêts «... mais attendu que les termes de l'article 164 de l'Acte Uniforme susvisé qui s'énoncent ainsi qu'il suit sont péremptoires « le tiers saisi procède au paiement sur présentation d'un certificat du greffe attestant qu'aucune contestation n'a été formée dans le mois suivant la dénonciation de la saisie... » ; que donc dès la 07 Septembre 2006 date de la notification du certificat de non contestation, la BIA était tenue au paiement ; qu'aussi en sortant de son rôle passif de tiers saisi pour introduire une procédure le 21 Juillet 2006, la BIA a effectivement dressé un obstacle, entraînant l'application de l'article 38 de l'Acte Uniforme indiqué... »

**\* Saisie attribution de créances – Ordonnance de suspension d'exécution postérieure à la saisie – Validité – Non – Violation de l'art. 32 AUPSRVE – Oui – Mainlevée de la saisie – Non**  
**Arrêt n°056/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Boulangerie du Centre d'Abidjan (BCA) C/ KLA KOUAME Donatien, BICICI**

Un plaideur ne saurait se fonder sur une ordonnance de suspension d'exécution rendue en vertu du Droit interne, postérieurement à la saisie attribution pour solliciter la mainlevée de ladite saisie, toute mesure d'exécution entamée en vertu d'un titre exécutoire devant être poursuivie jusqu'à son terme, en application de l'article 32 de

l'AUPSRVE « mais attendu que, contrairement à cette affirmation, c'est depuis le 10 Août 2008 que suivant procès-verbal de Maître LOA SAHIGBEU, Huissier de Justice, une saisie attribution a été effectuée entre les mains de la BICICI sur le compte de la BCA ; que dès lors, l'ordonnance n°393/2008 du Premier Président de la Cour d'Appel rendue le 22 Août 2008 est venue contrarier l'article 32 de l'AUPSRVE aux termes duquel l'exécution entamée en vertu d'un titre exécutoire peut être poursuivie jusqu'à son terme ; que c'est donc à bon droit que la Cour d'Appel a confirmé l'ordonnance rejetant la demande de mainlevée de saisie attribution... »

**\* Saisie attribution de créances sur deux comptes courants du débiteur domiciliés chez le même tiers saisi – Soldes créditeur pour l'un et débiteur pour l'autre – Compensation opérée unilatéralement par le tiers saisi entre les deux comptes après la saisie – Application des articles 1289 et 1290 du Code Civil Ivoirien – Non – Refus de payer – Oui – Application de l'article 168 AUPSRVE – Oui – Condamnation au paiement des causes de la saisie – Oui**  
**Arrêt n°040/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. BIAO – CI C/ Mermoz Roch Pauline et Sté Induschimie**

La saisie attribution opérée entre les mains du tiers saisi rend indisponibles les sommes par lui détenues pour le compte du débiteur de sorte qu'il n'est possible d'opérer une compensation entre ces sommes et quelque dette du débiteur saisi. Dès lors, le tiers saisi qui opère une compensation après la saisie et qui l'oppose au créancier au moment du transport de créance tombe sous le coup de l'article 168 de l'AUPSRVE « ... que par l'effet attributif immédiat, la créance de la société Induschimie, débiteur saisi contre la BIAO – CI, tiers saisi a été transférée dans le patrimoine des saisissants et

fait en sorte que la compensation ne pouvait plus s'opérer ; que de plus, s'agissant de comptes courants, caractérisés par l'enchevêtrement d'éléments au crédit et au débit des comptes, le solde débiteur ou créditeur ne peut être déterminé qu'à la clôture de ces comptes ; qu'à la date de la saisie, les deux comptes déclarés par la BIAO – CI n'avaient pas été clôturés et leur solde ne pouvait pas être déterminé (...); mais attendu que l'article 162 de l'AUPSRVE dispose que « si le débiteur est titulaire de comptes différents, le paiement est effectué en prélevant, en priorité, les fonds disponibles à vue, à moins que le débiteur ne prescrive le paiement d'une autre manière » ; que l'article 168 du même Acte Uniforme prescrit que « en cas de refus de paiement par le tiers saisi des sommes qu'il a reconnues devoir ou dont il a été jugé débiteur, la contestation est portée devant la juridiction contre le tiers saisi » ; qu'en l'espèce, la BIAO – CI a reconnu détenir la somme de FCFA 41 717 978 pour la Sté Induschimie dans le compte n° 35 36 1960 188 au jour de la saisie ; qu'ayant opéré elle-même une compensation non autorisée, elle s'est refusée à payer le montant de la saisie au créancier saisissant ... »

**\* Saisie conservatoire de créance – Conditions – Créance en péril – Article 54 AUPSRVE – Péril justifié par l'ancienneté de la créance – Non**  
**Arrêt n°022/2012 du 15 Mars 2012 : Aff. SONITRA SA C/ Sté KAP ARCHITECTES SARL**

« ... qu'en l'espèce, la spécification de la durée de l'existence de la créance comme circonstance, à elle seule, de nature à menacer le recouvrement de la créance au sens dudit article (art.54 AUPSRVE), sans que soit établie une corrélation entre cette durée et le risque d'insolvabilité ou des manœuvres entreprises de mauvaise foi par le débiteur et qui seraient de nature à priver d'efficacité toutes mesures de recouvrement ultérieures, constitue une interprétation erronée de ce texte qui expose la décision attaquée à la censure... »

**V – DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES**

**\* Mandataire social - Désignation d'un mandataire social chargé de convoquer l'assemblée générale - Juge des requêtes - Demande de rétractation de l'ordonnance de désignation - Compétence - Juge de l'exécution - Non**

**Arrêt n°001/2012 du 02 Février 2012 : Aff. COFIPA SA C/ COFIPA INVESTMENT BANK CONGO SA, Mohamed TEFRIDJ & Autres**

Le juge de l'exécution n'est pas compétent pour rétracter l'ordonnance de référé désignant un mandataire social chargé de convoquer une assemblée générale d'actionnaires « que la demande de rétractation des ordonnances des 08 Mars 2004 suspendant le Conseil d'administration de la Société COFIPA INVESTMENT BANK CONGO et 10 Mars 2004 nommant un mandataire aux fins de convoquer, à brefs délais, une assemblée générale des actionnaires ne rentrant pas dans cette catégorie, la Cour de céans, statuant en matière d'urgence, juge de l'exécution, doit se déclarer incompétente sur ce point... »

**\* Conventions réglementées - Double qualité de DG de SA découlant de sa situation de salarié et de mandataire social - Exigence d'un emploi effectif distinct du mandat social - Oui - Article 426 de l'AUSCGIE - Défaut de preuve d'un emploi effectif - Révocation intervenue - Licenciement - Non - Indemnités de rupture - Non - Compétence du juge social - Non**

**Arrêt n°013/2012 du 08 Mars 2012 : Aff. ELTON OIL COMPANY C/ PAPA MACTAR SARR**

Pour être valable, le contrat de travail conclu entre un mandataire social et la société mandante doit correspondre à un emploi effectif distinct du mandat à

lui confié, faute de quoi il s'assimile à une entorse au principe de la révocabilité ad nutum des dirigeants sociaux « attendu qu'en signant un contrat avec ELTON pour garantir la stabilité d'un mandat qu'il exerçait déjà depuis plus de deux ans, SARR a procédé à un pacte qui n'avait pour finalité ou pour effet que de restreindre ou d'entraver la révocation ad nutum du Directeur Général de la SA ELTON qu'il était, et se ménager ainsi un préavis contraire au principe de la révocabilité ad nutum ; qu'un tel contrat, qui ne correspond à aucun emploi effectif exercé cumulativement avec la fonction de Directeur Général, distinct du mandat de Directeur Général de société anonyme au sens de l'article 426 susvisé et conclu dans le seul objectif de contourner la rigueur d'un principe d'ordre public, ne revêt aucune valeur juridique... »

**\* Conventions réglementées - Prêt octroyé par une S.A. à un de ses administrateurs - Validité de la convention - Nullité - Article 450 AUSCGE - Nullité d'ordre public**  
**Arrêt n°048/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. SALIA MOHAMED Lamine C/ Sté d'Assurances LAFIA - SA**

L'article 450 de l'AUSCGE interdit les emprunts, découverts en compte courant et emprunts entre la S.A. et ses administrateurs, directeurs généraux et leurs adjoints, conjoints, ascendants et descendants. Toute convention conclue au mépris de cette disposition impérative est nulle « attendu que les dispositions sus énoncées ont non seulement pour objectif de protéger les intérêts des actionnaires et des créanciers sociaux mais également de moraliser l'administration des sociétés par l'interdiction de pratiques risquant de nuire d'une manière générale au crédit de celles-ci et aux rapports commerciaux ; que la nullité édictée par lesdites dispositions est d'ordre public et constitue une nullité absolue qui peut être invoquée par toute personne intéressée, notamment les parties à la convention incriminée, les actionnaires de la société concernée et même les tiers lorsque la

convention nulle leur cause un préjudice... »

**Société à Responsabilité limitée créée en 1967 - Transformation en SA en 1969 - Cession d'actions à titre gratuit à de nouveaux actionnaires - Déclaration de rétrocession à titre gratuit desdites actions à la Sté par ces nouveaux actionnaires en 1971 - Réclamation en 2001 des dividendes afférents auxdites actions - Incompétence de la CCJA - Oui**

**Arrêt n°043/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. AMADOU KARIM C/ Sté ASSURIM, Serge MAGNARD**

« ... attendu qu'il ressort de l'examen des pièces du dossier de la procédure que l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général, entré en vigueur le 10 Juillet 1998, n'avait pas intégré l'ordre juridique interne de la République de Côte d'Ivoire au moment où, le 22 Avril 1969, les Consorts MAGNARD transformaient leur société à responsabilité créée le 26 Janvier 1967, en société anonyme et en cédaient à titre gratuit des actions à Amadou Karim et autres, et qu'il ne pouvait de ce fait être applicable ; que dans ce contexte spécifique, aucun grief ni moyen relatif à l'application de l'Acte Uniforme invoqué n'aurait dû être formulé et présenté devant les juges de fond par le requérant ; que dès lors, les conditions de la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA en matière contentieuse, telles que précisées à l'article 14 susvisé n'étant pas réunies, il échet de se déclarer incompétent ... »

**VI – DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL**

**\* Bail commercial - Révocation des loyers pour obliger le bailleur à réviser le bail - Violation de l'obligation de paiement de loyers - Oui - Application de l'article 101 de l'AUDCG - Résiliation**

**du bail – Oui – Condamnation au paiement des arriérés de loyers – Expulsion du locataire**

**Arrêt n°005/2012 du 02 Février 2012 : Aff. Société Civile Immobilière Lumière (SCI Lumière) C/ Société Inter Progress Marketing (IPM)**

La demande de révision du bail adressée au bailleur par le locataire ne l'exonère pas de l'obligation de payer le loyer. Il en découle que le locataire est mal venu à subordonner le paiement des loyers à l'acceptation de cette demande de révision « *attendu que le défaut de réponse de la SCI Lumière sur une demande de révision de contrat de bail n'exonère pas la Société IPM du paiement des loyers ; qu'en refusant délibérément d'honorer ses engagements en pratiquant unilatéralement une rétention sur les loyers sous le prétexte que le bailleur n'a pas donné une réponse à sa demande, la Société IPM a violé les dispositions sus énoncées de l'article 101 de l'Acte Uniforme sus indiqué (...) Que les formalités aux fins de résiliation d'un bail prescrites par l'article 101 de l'Acte Uniforme ayant été observées à savoir la mise en demeure préalable à la saisine de toute juridiction, la demande de résiliation du bail commercial avec expulsion est fondée...* ».

**\* Bail commercial – Violation des obligations de paiement des loyers et de souscription d'une police d'assurance par la preneur – Mise en demeure de respecter les clauses du bail non suivie d'effet – Défaut de notification de la demande aux créanciers inscrits – Exigence de la preuve de l'existence de créanciers inscrits – Oui – Violation de l'art.101 AUDCG (non révisé) – Non – Expulsion du preneur**

**Arrêt n°60/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. SOCADIC C/ KADJI DEFOSSO Joseph**

La violation de l'obligation de paiement des loyers est suffisante pour jus-

tifier la résiliation du bail et l'expulsion du preneur, sans que le bailleur soit tenu d'énumérer toutes les autres violations dans la mise en demeure. De même, la notification de la demande aux créanciers inscrits est sans objet s'il n'est pas rapporté la preuve de leur existence « *... que de même, le non paiement des loyers étant suffisant pour l'application de l'article 101, l'insertion d'une mention relative à la violation de toutes autres clauses est superflète, la conjonction « ou » utilisée dans cette disposition étant alternative ; qu'enfin, l'existence de créanciers inscrits n'étant pas rapportée, la notification prévue reste sans effet...* »

**\* Bail commercial – Sous-location – Autorisation préalable du bailleur – Oui – Article 89 AUDCG – Violation – Sanction – Inopposabilité du contrat de sous-location – Résiliation du contrat de bail – Oui – Expulsion**

**Arrêt n°011/2012 du 08 Mars 2012 : Aff. YAO NGUESSAN Irène C/ OKOU GOUBO**

L'article 89 alinéa 1 de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général (AUDCG) en son ancienne version dispose « *sauf stipulation contraire du bail, toute sous-location totale ou partielle est interdite* ». Dès lors, toute sous-location qui ne se conforme à cette disposition est inopposable au bailleur qui est de ce fait fondé à solliciter la résiliation du bail et l'expulsion du locataire

« *qu'en multipliant des magasins et des logements, puis en y admettant d'autres personnes sous contrat de bail, OKOU a bien procédé à une sous-location non autorisée dans le contrat (...). Attendu que la Cour d'Appel d'Abidjan, en ignorant la sous-location non autorisée par la bailleuse YAO et le préjudice qu'elle a subi du fait de cette sous-location, a violé autant les dispositions du contrat liant les deux parties que celles des articles 86, 87 et 89 de l'AUDCG.*».

**Contrat de bail entre deux sociétés sur dépendance du domaine public – Bail Commercial – Non – Compétence de la CCJA – Non Arrêt n°045/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Sté AFRICARS SA C/ Sté NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR**

Il ne pourrait être conclu de bail commercial sur le domaine public ou une dépendance du domaine public, quand bien même ce bail serait conclu par des personnes privées « *... attendu que la Sté AFRICARS et la SN PAD ayant expressément convenu dans ce qu'elles ont appelé « procès-verbal de remise », que la première devait occuper un hangar et un terre-plein dans l'enceinte du port autonome, moyennant paiement d'une « redevance trimestrielle », la précarité de l'occupation découle de ce qu'à tout moment une partie peut mettre un terme à la relation, sans avoir à se justifier, à la seule condition de signifier un préavis de trois mois à l'autre partie ; (...) attendu au demeurant que le statut des baux commerciaux ne peut s'appliquer aux conventions ayant pour objet des biens dépendant du domaine public, même lorsque le bail est conclu entre deux personnes privées, en raison du principe de précarité qui s'applique aux occupations du domaine public, lequel, incessible et inaliénable, ne peut faire l'objet de contrat d'occupation de droit privé ; qu'ainsi, la SN PAD ne peut avoir la qualité de propriétaire des biens immobiliers, objet de l'autorisation d'occuper qu'elle a concédée à AFRICARS, ces biens n'ayant pas changé de statut juridique puisque demeurant toujours dans le patrimoine de l'Etat ; que partant, ce type de contrat échappe à l'appréciation de la Cour de céans et ne peut relever en l'état que du Droit national du Sénégal »*

**VII - SAISIE IMMOBILIERE**

**\* Saisie immobilière – Jugement statuant sur la propriété de l'immeuble saisi – Voie de recours – Pourvoi en cassation – Non – Appel – Oui – Application de l'article 300 de l'Acte Uniforme sur**

**les Voies d'Exécution**

**Arrêt n°006/2012 du 02 Février 2012 : Aff. Société Générale de Banque au Cameroun (SGBC) SA C/ Monsieur ESSOH Grégoire**

En matière de saisie immobilière, le jugement qui tranche la question de propriété est susceptible non de pourvoi en cassation, mais d'appel parce que rendu en premier ressort « *attendu, en l'espèce, que le Tribunal de Grande Instance du Moungo à Nkongsamba s'est prononcé sur la propriété de l'immeuble objet de la saisie immobilière ; qu'au regard des dispositions sus énoncées du Traité (article 14 al. 3 et 4) et de l'Acte Uniforme (article 300 Acte Uniforme n°6), la saisine de la Cour de céans n'est pas justifiée à ce stade de la procédure, le jugement attaqué étant susceptible d'appel ; qu'il s'ensuit que le recours en cassation doit être déclaré irrecevable* ».

**\* Saisie immobilière – Jugement validant le commandement aux fins de saisie – Recevabilité de l'appel – Non – Application de l'article 300 de l'AUPSRVE Arrêt n°014/2012 du 08 Mars 2012 : Aff. SOUMALEZ Angèle Marguerite Epouse LAUBHOUET C/ BICICI SA**

Aux termes de l'article 300 de l'AUPSRVE, les appels contre les décisions rendues en matière immobilière ne sont recevables que lorsque lesdites décisions statuent sur le principe de la créance ou sur les moyens de fond tirés de l'incapacité d'une des parties, de la propriété, de l'insaisissabilité ou de l'inaliénabilité des biens saisis « *... qu'en l'espèce, les Epoux LAUBHOUET ne contestent pas le principe de la créance de la BICICI ; qu'ils ne font pas état de leur quelconque incapacité ; que leur qualité de propriétaire sur l'immeuble saisi n'est mise en cause, et qu'aucune preuve n'est rapportée de l'insaisissabilité ou de l'inaliénabilité de cet immeuble ; qu'ainsi leur recours ne rentre dans aucun des cas limitativement énumérés par l'article 300 de l'Acte Uniforme relatif aux voies d'exécution ...* »

**\* Saisie immobilière – Jugement validant le commandement aux fins de saisie – Recevabilité de l'appel – Non – Application de l'article 300 de l'AUPSRVE**

**Arrêt n°021/2012 du 25 Mars 2012 : Aff. TRAZIE ZAMBLE Roger C/ BIAO Côte d'Ivoire**

« *... attendu qu'ainsi la contestation tendant à obtenir la nullité du jugement rendu à l'audience éventuelle, en raison de l'incompétence de la juridiction saisie, devant être portée devant le tribunal dans les forme et délai prévus aux articles 298 et 299 sus énoncés, c'est à tort que la voie de l'appel a été utilisée dès lors que le jugement dont appel n'a pas statué dans l'un des cas spécifiés à l'article 300 alinéa 2 sus énoncé...* »

**\* Saisie immobilière – Convention de vente de gré à gré – Validité – Non – Nullité de la vente intervenue – Oui – Article 246 de l'Acte Uniforme sur les Voies d'Exécution Arrêt n°009/2012 du 08 Mars 2012 : Aff. Abdoulaye Baby Bouya C/ Banque Islamique Du Niger Pour L'investissement (BINCI)**

Toute vente sur saisie immobilière qui n'obéit pas aux prescriptions impératives des articles 247 et suivants de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution est nulle et de nul effet tel qu'il ressort de l'article 246.

Ainsi, même une vente de gré à gré autorisée par le débiteur ne saurait prévaloir sur les dispositions ci-dessus qui sont d'ordre public « *attendu que ces formalités prescrites sont celles notamment des articles 247, 253 et 254 du même Acte Uniforme ; que l'examen simultané de ces dispositions rend impossible toute interprétation contraire à leur caractère d'ordre public ; qu'en déclarant valable la vente de gré à gré opérée par la BINCI en vertu de sa convention avec Abdoulaye Baby Bouya, la Cour d'Appel de Niamey a méconnu les dispositions irréfragables de l'Acte Uniforme sus indiqué* »

Dans le même sens, voir l'**arrêt n°010/2012 du 08 Mars 2012, Aff. Banque Internationale pour l'Afrique au Niger (BIA – Niger) C/ Abdoulaye Baby Bouya**. Dans cette espèce, le débiteur Baby Bouya avait donné mandat spécial à son créancier, la BIA – Niger, à l'effet de vendre de gré à gré un immeuble lui appartenant affecté à la garantie de paiement de sa dette « *qu'en effet, autoriser le créancier à vendre de gré à gré l'immeuble de son débiteur au mépris des conditions obligatoires prescrites par l'AUPSRVE et les lois nationales, reviendrait non seulement à mettre à néant la portée de ces dispositions d'ordre public et la protection légale du débiteur, mais aussi à légitimer la voie de la fraude aux droits des autres créanciers, surtout ceux titulaires de privilèges de rang supérieur à celui du créancier-vendeur ; que partant, le mandat spécial délivré par le débiteur à son créancier hors les formalités prescrites ne revêt aucune valeur juridique...* »

**\* Saisie immobilière – Nullité soulevée après l'audience éventuelle – Violation des articles 299 al.2 et 311 de l'AUPSRVE – Oui – Sanction – Déchéance Arrêt n°030/2012 du 22 mars 2012 : Aff. AMITY BANK Cameroun SA C/ Monsieur TASHA LOWEH Lawrence**

Le juge de la saisie immobilière ne saurait se fonder sur un moyen de nullité soulevé en violation des articles 299 al.2 de l'AUPSRVE pour invalider une procédure de saisie immobilière « *qu'en se fondant sur un moyen qui au surplus ne rentre pas dans le cadre des contestations admises après l'audience éventuelles limitativement énumérées par l'article 299 alinéa 2 de l'Acte Uniforme précité mais intervenu après la date de l'audience éventuelle pour constater une nullité, enfreignant ainsi les dispositions de l'article 311 sus énoncées qui exige que les moyens de nullité doivent être soulevés par un dire, à peine de déchéance, cinq jours avant l'audience éventuelle, le jugement attaqué dont le grief est fondé, doit être cassé...* »

**\* Saisie immobilière – Exigence de signification du commandement à domicile – Oui – Article 254 AUPSRVE – Commandement signifié à domicile élu – Validité – Oui Illustration : même arrêt** «... que c'est à bon droit que le commandement lui a été signifié à domicile élu ; qu'en tout état de cause, et contrairement à ce que soutient Monsieur TASHA LOWEH Lawrence, l'article 254 de l'Acte Uniforme susindiqué n'indique pas que le commandement doit être signifié au domicile légal »

**\* Saisie immobilière – Cahier de charges – Enonciation du titre exécutoire – Oui – Article 267 al.2 AUPSRVE – Obligation de reproduction intégrale du titre exécutoire – Non Illustration : même arrêt** : l'article 267 alinéa 2 de l'AUPSRVE « n'exige nullement la reproduction intégrale et du titre exécutoire et du commandement (...) qu'en tout état de cause il n'est exigé dans le cahier de charges que l'énonciation et non pas une reproduction intégrale du titre exécutoire et du commandement... »

**\* Saisie immobilière – Jugement d'adjudication – Voie de recours – Appel – Non – Sanction – Irrecevabilité**  
« ... attendu au regard des faits et de la procédure que Laciné COULIBALY a fait appel d'un jugement d'adjudication en date du 03 Janvier 2005 alors qu'aux termes des dispositions de l'article 293, « la décision judiciaire ou le procès verbal d'adjudication établi par le notaire ne peut faire l'objet d'aucun recours, sans préjudice des dispositions de l'article 313 », lesquelles ne prévoient que le recours par voie d'action principale en annulation devant la juridiction compétente dans le ressort de laquelle l'adjudication a été faite ; qu'ainsi la voie de l'appel n'étant pas ouverte contre un jugement d'adjudication, il y a lieu de déclarer l'appel de Laciné COULIBALY irrecevable sur le fondement de l'article 293 sus énoncé »

**\* Saisie immobilière – Jugement d'adjudication – Appel en dehors des cas limitativement énumérés – Violation de l'art. 300 AUPSRVE – Oui – Sanction – Irrecevabilité**  
**\* Saisie immobilière – Jugement d'adjudication – Délai d'appel – Application de l'art. 49 AUPSRVE – Oui**

**Arrêt n°059/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Sté Civile Immobilière Milade et Joséphine (SCI M & J) C/ Maître KOUAME BI IRITIE, SONARECI**

« attendu qu'à l'examen, le jugement dont appel a été rendu consécutivement à une demande relative à la violation de l'article 10 du cahier des charges et de l'article 297 de l'AUPSRVE et a statué sur la vérification des consignations, l'appel des enchérisseurs à la barre et relativement au délai dans lequel est intervenue l'adjudication ; qu'aucun de ces cas ne relève de ceux limitativement énumérés par l'article 300 al. 1er ; que de même, ledit jugement a été prononcé le 09 Juin 2008 et l'appel enregistré le 13 Août 2008, alors que les conditions de droit commun » prescrites par l'article 300 in fine, renvoient notamment à l'article 49 de l'Acte Uniforme susvisé, aux termes duquel le délai d'appel est de quinze jours à compter du prononcé du jugement ; que c'est donc en violation de ces dispositions que l'arrêt querellé a déclaré l'appel recevable... »

**\* Ordonnance d'inscription provisoire d'hypothèque – Fondement – Créance résultant du prêt d'une S.A. à un administrateur – Annulation du prêt – Nullité de l'hypothèque – Non – Conversion en hypothèque définitive – Art 144 Acte Uniforme OHADA sur les sûretés**

**Arrêt n°048/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. SALIA MOHAMED Lamine C/ Sté d'Assurances LAFIA – SA**

Bien que le fondement de l'hypothèque inscrite, à savoir la convention de prêt, soit déclaré nul, cette nullité ne peut entraîner celle de l'hypothèque dès lors que le débiteur détient encore des

sommes en vertu dudit prêt qu'il doit rembourser « qu'en l'espèce, Monsieur SALIA MOHAMED Lamine ayant été condamné à payer à la société des Assurances LAFIA S.A. la somme de FCFA....initialement réclamée, il y a lieu de maintenir l'hypothèque déjà inscrite en totalité »

## VIII – INJONCTION DE PAYER

**\* Opposition à injonction de payer – Signification de l'opposition à toutes les parties – Oui – Inobservation – Application de l'article 11 de l'AUPSRVE – Exigence d'un préjudice préalable – Non**  
**Arrêt n°012/2012 du 08 Mars 2012 : Aff. Société Entreprise Ivoirienne de Construction Bâtiment (EICB) C/ Société Groupe EOULEE Sarl**

L'article 11 de l'AUPSRVE indique de manière péremptoire que l'opposant à l'injonction de payer est tenu de signifier son opposition à toutes les parties et au greffe, à peine de déchéance. L'application de cette disposition n'est pas subordonnée à un préjudice subi par la partie qui l'invoque  
«... que la Cour d'Appel d'Abidjan, en retenant que les dispositions de l'article 11 de l'AUPSRVE ne sont pas d'ordre public et en soumettant leur mise en œuvre à la condition de la preuve d'un préjudice, a non seulement méconnu le caractère obligatoire des dispositions des Actes Uniformes, mais surtout a procédé à une interprétation erronée de l'esprit desdites dispositions en les soumettant à une condition de preuve que la loi n'a pas prévue... »

**\* Injonction de payer fondée sur une reconnaissance de dette notariée – Créance contractuelle – Oui – Article 2 de l'AUPSRVE**  
**Arrêt n°015/2012 du 08 Mars 2012 : AFF. BAO THIEMELE ASSANVON Léon C/ KEJZMAN Robert**

Une reconnaissance de dette passée par devant notaire en ces termes « par la présente le DEBITEUR reconnaît devoir légitimement au CREANCIER, ici présent qui accepte, la somme de

FCFA 190 000 000, pour prêt de pareille somme qu'il a lui a consenti dès avant ce jour, directement entre ses mains » revêt un caractère contractuel au sens de la loi et peut valablement être soumise à la procédure d'injonction de payer, sans qu'il soit recherché la preuve de la remise effective des fonds. «... que dans ces conditions, l'acte notarié librement cosigné par BOA et KEJZMAN, spécifiant que la nature de la convention entre ces derniers est un « PRÊT », revêt bien un caractère contractuel, autorisant ainsi le créancier KEJZMAN à mettre en œuvre l'article 2 de l'AUPSRVE... »

**\* Injonction de payer – Signification à personne – Personne morale – personne habilitée à recevoir – Représentant légal ou fondé de pouvoir – Oui – Signification faite à la réceptionniste du représentant légal – Validité – Oui**  
**Arrêt n°036/2012 du 22 mars 2012 : Aff. Cabinet BENIE C/ CFAO TECHNOLOGIES**

La signification à personne, s'agissant d'une personne morale, est valablement effectuée lorsqu'elle a été faite à la réceptionniste du représentant légal, dès lors que cette dernière a déchargé l'acte, y a mentionné son prénom et apposé le cachet de la société «... qu'en l'espèce, il ressort de l'exploit de signification que c'est la réceptionniste de la Sté CFAO TECHNOLOGIES, une certaine « Annette » qui, le 12 Juin 2006, a reçu copie de l'exploit de signification ainsi que de l'expédition certifiée conforme de l'ordonnance et copie certifiée conforme de la requête, a signé sur l'exploit de signification et apposé le cachet de la Sté CFAO ; qu'il ressort de pièces versées au dossier (...) que la nommée Annette reçoit régulièrement les actes délivrés à la Sté CFAO ; qu'elle est donc une personne habilitée à recevoir lesdits actes au nom de son employeur la Sté CFAO... »

**Injonction de payer – Signification à personne – Personne morale – personne habilitée à**

**recevoir – Représentant légal ou fondé de pouvoir – Oui – Signification faite à la Secrétaire Assistante du représentant légal – Validité – Oui**

**Arrêt n°051/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Gérard POULALION S.A. C/ JUTRANS SARL**

« Attendu que s'agissant d'une société, personne morale, doit être considérée comme signification à personne, celle faite à son représentant légal, à un fondé de pouvoir ou à toute personne habilitée à cet effet ; qu'en l'espèce, il ressort de l'exploit de signification en date du 26 Avril 2004 que c'est « Mlle NGOUMBE KOUAKAM Béatrice, Secrétaire Assistante » qui a reçu copie de l'exploit de signification ainsi que « l'expédition de l'ordonnance d'injonction de payer n°216/03-04 rendue le 14 Avril 2004 par le Président du Tribunal de Grande Instance du Wouri au bas d'une requête datée du 22 Mars 2004 », a signé sur l'exploit de signification et apposé le cachet de la Sté JUTRANS SARL ; qu'il y a lieu, en conséquence, de relever que la signification de l'ordonnance d'injonction de payer a été faite personnellement à la Sté JUTRANS SARL... »

**\* Jugement déclarant irrecevable l'opposition à injonction de payer mais ne contenant aucune condamnation au paiement des sommes réclamées – Violation de l'art.14 AUPSRVE – Non – Annulation d'une saisie attribution opérée sur la base de l'ordonnance d'injonction de payer et la décision d'irrecevabilité de l'opposition non revêtus de la formule exécutoire – Violation de l'art. 33 AUPSRVE – Oui**

**Arrêt n°065/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. DIAKITE MOUSSA C/ DIOULO Serges et autres**

« ... mais attendu que l'application de cet article (art. 14) suppose que la juridiction compétente ait été mise en situation de statuer sur le fond du litige alors qu'en l'espèce aussi bien

l'opposition à l'ordonnance d'injonction de payer que l'appel contre le jugement ont été faits hors délai et ont été déclarées irrecevables par des décisions devenues définitives qui seraient un obstacle à toute reprise de la procédure en raison du principe de la chose jugée ; que l'absence de l'opposition à l'injonction de payer comme le fait pour les juges de n'avoir pas statué sur le fond de la contestation pour cause de forclusion des opposants, alors même qu'aucune faute ne peut être reprochée au créancier poursuivant, justifie l'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance d'injonction de payer ou sur le jugement qui vaut dès lors titre exécutoire ; qu'en se fondant sur l'article 14 de l'Acte Uniforme pour en déduire que la saisie a été pratiquée sans titre exécutoire au sens de l'article 33 de l'Acte Uniforme, la décision dont est pourvoi a fait une mauvaise interprétation de la loi ; qu'il y a en conséquence lieu de casser l'arrêt attaqué et d'évoquer le fond (...) attendu que par la suite, par Ordonnance n° 377 du 14 Mars 2008, le Président du Tribunal de Première Instance d'Abidjan-Plateau, statuant en matière de référé, a estimé à juste titre que MOUSSA DIAKITE – qui était muni d'une ordonnance d'injonction de payer, d'un jugement d'irrecevabilité de l'opposition à ladite ordonnance et d'un arrêt déclarant irrecevable l'appel contre ledit jugement revêtu de la formule exécutoire – avait bien un titre exécutoire justifiant la saisie opérée ; attendu qu'en effet, faute d'opposition à l'ordonnance d'injonction de payer ou en cas de jugement ou arrêt n'ayant pas examiné le fond en raison de la tardiveté de l'opposition ou de l'appel, l'ordonnance d'injonction de payer accompagnée de la décision irrévocable du Tribunal ou de la Cour d'Appel vaut bien titre exécutoire justifiant la procédure d'exécution entreprise... »

## LA PRATIQUE DU JUGE MALIEN FACE A LA LITISPENDANCE ET LA CONNEXITE

### Lu pour vous



**Boubacar BADJAGA**  
Docteur en Droit  
Magistrat

Le rôle du juge malien est de dire le droit, trancher les litiges, être compris, et faire des suggestions pertinentes répondant aux attentes des citoyens afin d'aider le droit malien à évoluer, plutôt que de se laisser imposer une loi mal rédigée. En effet, dans le Code de Procédure Civile, Commerciale et Sociale du Mali (CPCCS), réunissant les dispositions communes à toutes les juridictions civiles, commerciales et sociales, le chapitre IV du titre IV traite les moyens de défense. Parmi ces moyens de défense, la section IV est consacrée uniquement aux exceptions de litispendance et de connexité. Les deux premiers articles de cette section, à savoir 100 et 101 précisent tour à tour la notion de litispendance et celle de connexité tout comme leur effet qui est le dessaisissement de l'une des juridictions. Ces deux exceptions sont les moyens de défense les moins

usités au Mali. Les dispositions des articles 102 à 107 du même code en déterminent leur régime procédural applicable.

Même si les deux notions de litispendance et de connexité sont examinées ensemble dans la même section du CPCCS, elles sont très différentes, bien qu'elles soient tout de même voisines dans leurs effets tout comme dans la procédure.

En effet, La litispendance est la situation dans laquelle deux juridictions également compétentes sont saisies d'un même litige alors que la connexité correspond à l'hypothèse où deux juridictions également compétentes sont saisies de deux litiges différents entre lesquels existe cependant un lien tel qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble.

En pratique, il n'y a rien d'étrange de voir deux juridictions différentes d'être saisies de deux litiges distincts. Cependant, si cette situation qui n'est pas anormale à l'origine, peut le devenir plus tard. Toutefois, on peut rencontrer deux affaires différentes mais étroitement liées de sorte que la solution de l'une puisse influencer celle de l'autre et vice versa. Dans cette situation, il serait nécessaire d'éviter que soient rendues des solutions qui pourraient être difficilement conciliables.

Pour mieux analyser les dispositions des textes de notre CPCCS concernant les deux exceptions, il convient d'examiner d'abord dans un premier temps

l'exception de litispendance (Section I) et dans un second temps l'exception de connexité (Section II) conformément aux articles 100 et 101 du code précité.

### **Section I La situation de la litispendance**

Au sens de l'article 100 du CPCCS, si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en deuxième lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office. Au regard de ces dispositions, nous voyons que la notion de litispendance étant clairement définie (§1) entraîne des conséquences particulières régies par les articles 102 et suivants, lesquels déterminent son régime procédural et la décision qu'elle contient (§2).

### **§ 1 Concept de litispendance**

A l'examen de l'article 100 précité, il ressort que la situation de litispendance est caractérisée lorsque le même litige (I) est pendant devant deux juridictions, lesquelles sont également compétentes (II). Pour qu'il y ait situation de litispendance, il faut la réunion de ces deux conditions.

### **I. Litige identique**

Le législateur malien explique l'exigence de cette identité de litige par le fait que l'objectif de l'exception de litispendance est d'éviter coûte que coûte les décisions contradictoires. C'est en fonction des critères de l'autorité de la chose jugée que l'identité de litige va se définir. Il a été récemment

jugé par le tribunal de la commune IV qui a rejeté la demande d'autorité de chose jugée évoquée par le défendeur comme étant mal fondée en considérant qu'il y a absence des mêmes parties<sup>123</sup>.

Même si l'article 100 est muet sur ce point, il est admis depuis fort longtemps par la jurisprudence, qu'il ne peut y avoir litispendance que si les deux litiges sont pendants entre les mêmes parties<sup>124</sup>. C'est la raison pour laquelle, il n'y a pas litispendance, mais éventuellement connexité, lorsque les parties ne sont pas les mêmes<sup>125</sup>. Les demandes soumises aux deux juridictions doivent avoir aussi le même objet<sup>126</sup>. Il s'agit là, de la reconnaissance d'un droit dont les parties prétendent être titulaires<sup>127</sup>.

Après une lecture minutieuse du CPCCS, la définition de la cause ne ressort nulle part. Elle peut être considérée comme le fondement de la prétention, même si la notion est discutée en doctrine. Pour ce qui est important ici, il faut retenir qu'il n'y a pas identité de cause entre une action en démolition des travaux réalisés sur une parcelle et la demande d'annulation de vente de la même parcelle<sup>128</sup>. Les conditions de l'article 100 sont réunies, dès lors qu'il y a une triple identité de parties, d'objet et de cause. Il revient donc au tribunal saisi en premier, devant lequel les deux instances sont renvoyées, de procéder à leur jonction.

## II. Litige pendant devant deux juridictions

Il résulte des dispositions de l'article 100 que les quatre conditions doivent être remplies, à savoir le litige doit être pendant, les juridictions saisies doivent être différentes, de même degré et également compétentes.

### A. Un litige pendant

La première condition est l'existence du litige devant deux juridictions distinctes. Ce qui exclut la litispendance entre deux formations ou sections d'une même juridiction<sup>129</sup>. Cette première condition suppose deux aspects distincts, car il faut que deux juridictions soient réellement saisies et le litige doit encore être pendant, ce qui signifie qu'aucune des deux juridictions ne soit dessaisie. C'est la saisine de la seconde juridiction qui déclenche la litispendance.

Mais, la difficulté qui se pose est de savoir à quel instant précis, peut-on parler de l'introduction de l'instance, de la saisine de la juridiction.

Faut-il préciser d'abord qu'au Mali, actuellement, les modes d'introduction de l'instance sont la requête ou la déclaration verbale au greffe de la juridiction, la présentation volontaire des parties devant le juge, la requête conjointe et l'assignation<sup>130</sup>. Ce qui est nécessaire, ici, est de retenir qu'une instance n'est effectivement introduite que par la saisine du juge ; cela est dif-

férent de la présentation de la demande même si certains modes d'introduction de l'instance peuvent être réputés comme étant à la fois l'introduction de l'instance et la saisine du juge. Il s'agit de la présentation volontaire des parties devant le juge<sup>131</sup>, de la requête ou de la déclaration d'une partie au greffe de la juridiction<sup>132</sup>. Dans ces différents cas, nous constatons que la demande initiale et la saisine se confondent.

En revanche, hors mis les cas où la saisine valant demande initiale, la saisine de la juridiction obéit à d'autres modalités selon la forme de la demande initiale. Quant à l'assignation et la requête conjointe, on voit que la saisine ne se confond pas avec la demande initiale parce qu'elle suppose une formalité ultérieure qui est l'enrôlement<sup>133</sup> de cet acte introductif d'instance d'où une distinction nette entre la présentation de la demande et de la saisine de la juridiction. Il a été ainsi jugé récemment que lorsque la demande initiale est formée par l'assignation, la saisine de la juridiction résulte de la remise au greffe de cette dernière<sup>134</sup>; Dès lors, la jurisprudence considère que la litispendance suppose que les affaires aient été mises au rôle<sup>135</sup>.

Etant une nouveauté au Mali, il est opportun, ici, de s'attarder sur l'assignation qui est l'acte d'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire devant le juge. Les conditions de l'assignation sont légalement prévues

<sup>123</sup> TPI C. IV de Bamako, 1ère Ch. Civ. ; audience éventuelle sur les dires et observations, JGT N° 117 du 13 juillet 2009, inédit ;

<sup>124</sup> T. civ. Lyon, 9 juill. 1870 : DP 1871, 3, p. 34.

<sup>125</sup> CA Rennes, 17 déc. 1980 : Gaz. Pal. 1980, p. 400.

<sup>126</sup> L'article 4 du CPCCS dispose que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ».

<sup>127</sup> L'objet du litige qui n'est pas figé au début de l'affaire, puisqu'il est susceptible d'être modifié en cours d'instance par des demandes incidentes, la litispendance peut donc se révéler en cours d'instance dans la mesure où il suffit qu'une seule prétention soit commune aux deux juridictions.

<sup>128</sup> TPI C. IV de Bamako, 1ère Ch. Civ., JGT N° 009 du 10 janvier 2011, inédit.

<sup>129</sup> Le problème entre deux formations de la Cour suprême est donc résolu par une jonction des procédures décidée par le président de la juridiction.

<sup>130</sup> L'article 1er du décret N° 220/P-RM du 11 mai 2009 portant modification du Code de Procédure Civile Commerciale et Sociale, ci-après noté article 1er nouveau du CPCCS.

<sup>131</sup> Ici, la saisine résulte de la signature par les parties du procès verbal constatant cette présentation volontaire.

<sup>132</sup> La déclaration d'une partie au greffe de la juridiction saisit directement celle-ci, quelle que soit la forme de la déclaration.

<sup>133</sup> L'enrôlement est encore appelé mise au rôle ou remise au greffe ou placement.

<sup>134</sup> TPI C IV de Bamako, Ord. N° 645 du 13 septembre 2010, inédit.

<sup>135</sup> Cass. com., 4 oct. 1994 : JCP G 1995, I, 3846, obs. Cadet.

au Mali<sup>136</sup>. Elle doit obéir à toutes les prescriptions des actes d'huissier de justice.

Dans le but d'informer une personne qu'un procès lui est fait, elle doit également mentionner : l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée (sa nature et son siège), l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit, et l'avertissement donné au demandeur que, s'il ne comparait pas, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui à partir des seuls éléments fournis par son adversaire.

L'irrespect d'une des conditions permettant à l'assignation de valoir conclusions (alinéa in fine de l'article 55 nouveau du CPCCS) et de contribuer ainsi à la détermination de l'objet du litige entraîne l'irrecevabilité de l'assignation. Nous comprenons alors la décision du tribunal qui a déclaré irrecevable l'assignation dès lors que la demande ne contient pas les mentions prescrites pour les actes d'huissier conformément à l'article 55 nouveau du CPCCS<sup>137</sup>.

Si l'inobservation des conditions prévues par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 55 nouveau est sanctionnée par l'irrecevabilité de l'assignation, force est de constater qu'aucune sanction n'est expressément prévue par l'alinéa 2 du même texte, lequel énonce simplement que l'assignation doit en outre comprendre l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée, ces pièces devant

être énumérées sur un bordereau annexé à cette assignation. La violation de cette dernière règle posée conduit le Président du tribunal à faire respecter le principe du contradictoire pour éviter que les intérêts de l'adversaire soient affectés par le procès. Le but visé est d'informer clairement et régulièrement la partie adverse du procès qui lui est fait, la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été mis en demeure de se défendre.

A ces mentions précédentes dites fondamentales, ajoutons des mentions complémentaires. C'est ainsi que l'assignation comportera les mentions relatives à la désignation des immeubles lorsque le litige porte sur un immeuble. Ces mentions, destinées à permettre la publication de l'assignation au fichier immobilier<sup>138</sup>, sont de nature à faciliter, le cas échéant, une inscription provisoire d'hypothèque<sup>139</sup>.

Par ailleurs, il est nécessaire de mettre l'accent sur le fait que certains conseils opposent à tort une fin de non recevoir tirée de l'irrecevabilité de la requête en ce que celle-ci ne respecte pas les conditions prescrites par l'article 55 nouveau du CPCCS. Le tribunal a ainsi rejeté une fin de non recevoir soulevée par le défendeur en considérant que la requête de la demanderesse est antérieure au décret modificatif du CPCCS du 11 mai 2009 qui ne dispose que pour l'avenir<sup>140</sup>.

S'il ressort de cette décision que le tri-

bunal de la commune IV s'est inspiré de la jurisprudence française, le constat amer est que certains juges maliens fondent leurs décisions sur les dispositions de l'article 2 du code civil français en présence d'une telle situation. Ils justifient leur choix en évoquant l'article 231 du CPCCS.

Notons que cet article 231 qui n'est plus en vigueur au Mali<sup>141</sup> ne concerne pas le conflit de lois dans le temps. Or, certains juges maliens continuent à motiver leurs décisions en se basant sur ce texte français. Le pire est que de nombreux professeurs de Droit font fausse route en racontant aux étudiants de la première année de droit que l'article 2 du code civil français est applicable au Mali.

Toujours est-il que les théoriciens notamment les universitaires et les praticiens s'accordent à dire que les textes adoptés par le législateur étranger, notamment français sont applicables au Mali. Il est temps que certains juges fassent la part des choses, en ce sens qu'ils peuvent bel et bien s'inspirer du principe connu en droit et de la jurisprudence étrangère pour trancher un litige pendant devant eux, mais leurs décisions manquent de base légale lorsqu'elles sont fondées sur les textes étrangers. Nos professeurs également doivent être clairs, précis et concis en ne faisant plus l'amalgame ; ils doivent donc expliquer aux étudiants que pour éviter le déni de justice, lorsqu'une situation n'est pas prévue par un texte national, le juge peut s'appuyer sur une

<sup>136</sup> Au sens de l'article 55 nouveau du CPCCS, l'assignation contient à peine d'irrecevabilité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice : l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ; l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ; l'indication que, faite pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire ; les mentions, le cas échéant, relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier. Elle comprend en outre l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée. Ces pièces sont énumérées sur un bordereau qui lui est annexé. Elle vaut conclusions.

<sup>137</sup> TPI C. IV de Bamako, ord. N° 893 du 13 Décembre 2010, inédit.

<sup>138</sup> LAPORTE C., « Incidences procédurales de la réforme récente du régime de la publicité foncière : Procédures 1998 », *chron.10* ; *Cass. Com.*, 12 avril 2005 : *JPC 2005*, I, 183, N° , obs. AMRANI-MEKKI, II, 10147, note LE BARS (hypothèques et demandes d'annulation d'hypothèques).

<sup>139</sup> Sur l'opportunité d'ajouter une mention tenant à l'existence d'un contrat d'assurance de protection juridique au profit de l'une des parties.

<sup>140</sup> TPI C. IV de Bamako, 1<sup>ère</sup> Ch. Civ., JGT N° 111 du 21 juin 2010.

<sup>141</sup> Article 231 fut supprimé par le décret N° 99-254 PRM du 15 septembre 1999. Il est actuellement relayé par une jurisprudence abondante et constante.

jurisprudence étrangère et/ou sur les principes généraux du droit pour dégager la solution du litige. L'heure est venue également pour le parlementaire malien de légiférer le conflit de lois dans le temps afin de faciliter la tâche aux juristes, praticiens et universitaires.

Mais, le rédacteur du décret modificatif du 11 mai 2009 a-t-il été clair dans l'adoption de l'assignation ? L'assignation est-elle actuellement le seul mode de saisine des juridictions maliennes ?

Le décret du 11 mai 2009, a par maladresse, indiqué dans l'article 20 nouveau du CPCCS, que les mots de citation sont remplacés par les mots « d'assignation ». A la lecture dudit texte, il nous semble que le rédacteur voudrait dire que l'assignation a remplacé la requête. Or, il est clair que de nombreux justiciables maliens continuent à saisir, en pratique, la juridiction par requête.

Mais, fort heureusement, contre toute attente, le juge des référés, après avoir rejeté une demande d'irrecevabilité de la requête a interprété autrement en considérant que si au sens de l'article 20 nouveau du CPCCS, les mots de « citation » sont remplacés par les mots « d'assignation », force est de constater non seulement que le législateur n'a pas précisé par le fait que l'assignation reste le seul mode de saisine du juge des référés mais aussi le défaut d'assignation n'étant pas sanctionné, la requête ne saurait être déclarée irrecevable<sup>142</sup>. A l'examen de cette or-

donnance, nous voyons que l'assignation n'est pas le seul mode de saisine. Là où le législateur n'a pas distingué, il n'y a pas lieu d'en faire. Mieux, « le législateur parle de citation remplacée par l'assignation et non de requête. 90 à 95% des procédures de référé sont introduites par la voie de la requête, elles sont intentées par des citoyens démunis et qui ne bénéficient d'aucune aide juridictionnelle. Généraliser l'assignation est contraire à la politique de l'Etat qui vise une justice de proximité. Si la liste des irrecevabilités n'est pas exhaustive, le législateur prend soin de la prévoir chaque fois que de besoin. Dans le cas présent la loi n'a pas précisé que le défaut d'assignation était sanctionné par l'irrecevabilité. L'intérêt de l'assignation est qu'elle permet une plus grande célérité. Il revient dans le cas de la requête au président de faire respecter scrupuleusement le principe du contradictoire. Le respect d'une telle exigence permet de rattraper le coup de l'assignation »<sup>143</sup>.

Nous savons que laisser le choix au demandeur lorsqu'il veut intenter une action en justice, de procéder soit par requête, soit par assignation, est à juste titre une bonne chose. Ce dernier mode de saisine amène obligatoirement les justiciables à s'adresser aux professionnels dont certains ne le maîtrisent pas totalement. En effet, nous avons malheureusement constaté que de nombreuses assignations ont été déclarées irrecevables pour non respect des conditions prescrites par la loi<sup>144</sup>. Aussi, en matière procédurale, la négli-

gence ou la méconnaissance des avocats fait perdre de nombreux procès. En plus des cas précédents, dans une affaire de saisie attribution, le requérant a été forclos dès lors que l'assignation a été servie après l'expiration du délai<sup>145</sup>. Nous remarquons également de nombreuses nullités de saisie attribution<sup>146</sup> ou de saisie vente<sup>147</sup> voire de saisie conservatoire pratiquée par les huissiers de justice pour irrégularité de procédure. La conséquence directe des rejets est que le juge ne tranche même pas le fond des litiges qui pourraient être prononcés en faveur des requérants.

Lorsque le conseil notifie à son client le rejet de sa requête, il semble qu'il se garde d'avouer sa responsabilité tout en soutenant la partialité du juge. C'est ainsi que la plupart des justiciables maliens en veulent au juge. En effet, tous ces rejets pour l'irrespect des conditions de fonds et formes à suivre découragent des justiciables maliens et contribuent à l'isolement du juge dans notre société.

On a l'impression qu'avant de saisir le juge, certains avocats et huissiers ne se rassurent même pas de l'application de certaines règles procédurales obligatoires. Les requêtes rejetées et les procédures annulées ont atteint un nombre important pour l'inobservation des mêmes conditions ci-dessus évoquées. Toutes ces fautes professionnelles méritent d'être sanctionnées. Même si la réaction de l'ordre des avocats est salubre en radiant<sup>148</sup> ou suspendant<sup>149</sup> certains avocats, suite à leur

<sup>142</sup> TPI C. IV de Bamako, ord N° 531 du 26 juillet 2010, inédit.

<sup>143</sup> L'interview du Président Toubaïe KONE s'est déroulée dans son bureau sis au TPI C. IV de Bamako le 28/04/2011 à 11 H 30 mn.

<sup>144</sup> TPI C. IV de Bamako, ord. N° 916 du 20 décembre 2010, inédit; TPI C. IV de Bamako, ord. N° 893, op. cit...

<sup>145</sup> TPI C. IV, ORD N° 573 du 16 août 2010, inédit.

<sup>146</sup> TPI C. IV de Bamako, ord. N°897 du Décembre 2010, inédit.

<sup>147</sup> TPI C. IV de Bamako, ord. N° 1998 du 1er novembre 2010, inédit.

<sup>148</sup> Maîtres Cheickna Lakhdaf et Ely Noël ont été radiés par le Tribunal disciplinaire du Barreau pour avoir escroqué des clients. Le tribunal était composé de 18 membres et présidé par le Bâtonnier Maïga lui-même.

<sup>149</sup> Maîtres Modibo Koné et Mah Mamadou Koné ont été suspendus.

comportement portant atteinte à la déontologie des conseils, elle reste tout de même limitée puis qu'en longueur des journées, d'autres continuent à commettre des fautes lourdes, lesquelles les exposent aux poursuites pénales et/ou disciplinaires.

Signalons qu'en matière pénale, de nombreux dossiers ne sont pas en état pour citations irrégulières ou l'absence des citations des parties au procès, et cela contribue à encombrer le rôle de nos juridictions pénales. Il est donc constant que le juge malien a des sérieux problèmes avec ses collaborateurs. C'est pourquoi on suggère que les mesures urgentes et efficaces doivent être prises, à l'encontre des conseils et huissiers, par l'Etat, l'ordre des avocats et la chambre nationale des huissiers pour réprimer de manière exemplaire les comportements inadmissibles et malhonnêtes de nos praticiens qui manquent de professionnalisme. Leur responsabilité doit être de plus en plus engagée tant au plan pénal qu'au civil. Ces différents ordres respectifs doivent donc sévir plus sévèrement mais également s'engager plus dans la formation pour que nos professionnels soient rigoureux pour maîtriser les contraintes de procédures juridiques afin de mieux les respecter.

S'il est établi que certains praticiens n'ont pas de conscience professionnelle, cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas des bons avocats et huissiers au Mali. Ici, à côté de certains mauvais, il existe des avocats et huissiers brillants, excellents et sérieux.

Au regard de ce qui précède, il est clair

que notre culture juridique ne nous permet pas d'abandonner notre réalité au profit d'un quelconque modernisme, encore non maîtrisé par de nombreux professionnels. Maintenant, l'Etat malien doit non seulement multiplier les formations continues mais également sensibiliser les populations pour l'application et une maîtrise parfaite de cet outil moderne indispensable à l'accessibilité de la justice.

Par ailleurs, il a déjà été dit que « Rarement, réforme de procédure civile, aura été aussi polémique que celle intervenue le 11 mai 2009 »<sup>150</sup>. En effet, de nombreux praticiens maliens trouvent que cette réforme est incomplète et inadaptée. Selon eux, l'inadaptation de cette réforme est inévitable dans la mesure où elle a été élaborée dans la précipitation et à l'absence d'un vrai débat. Il ne suffit pas d'ouvrir un débat à une poignée de praticiens suite à un atelier organisé à Sélingué, sur le sujet, pendant un bref séjour, courant août 2008. D'ailleurs, comme l'ont noté certains juristes, ces praticiens ont proposé un moratoire sur son application<sup>151</sup>.

Si notre Etat n'implique pas les démarches scientifique, technique et pratique, les textes maliens seraient imprécis, ineffectifs et inapplicables. Ce qui éloigne sans doute les justiciables maliens de la justice, laquelle sera toujours décriée. D'ailleurs, il a été maintes fois rappelé aux imprudents rédacteurs africains, en l'occurrence le législateur et l'exécutif<sup>152</sup> maliens<sup>153</sup>, de tenir compte de nos réalités lorsqu'ils élaborent les nouveaux textes. Pour ce faire, ils doivent s'inspirer des travaux doctrinaux publiés (ou-

vrages et revues), associer encore plus directement au travail législatif les auteurs reconnus et renommés dans telle ou telle matière, mettre en place un groupe d'universitaires et de professionnels notamment magistrats, avocats, huissiers consistant à rédiger un avant projet de réforme.

L'objectif est de permettre à nos textes de rayonner non seulement chez nous mais également au-delà de nos frontières afin de jouer un rôle dans le processus d'harmonisation africaine du droit et de les adapter aux exigences de la mondialisation dans le domaine juridique.

La question qui se pose maintenant est de savoir, lorsque deux tribunaux de première instance sont saisis le même jour, l'un par déclaration au greffe et l'autre par citation à comparaître; quel tribunal doit être considéré comme saisi en second lieu ?

En pratique, au Mali, il est constaté que le retour de la citation est fait plus tard, voire le jour de l'audience. Même si le retour de la citation a été fait un jour après le dépôt au greffe de la citation, en ce moment, on considère que le tribunal saisi par citation est la deuxième juridiction saisie.

C'est en ce sens que s'est prononcée la cour d'appel de Douai qui a retenu qu'en l'espèce, « doit être considéré comme saisi en second lieu le tribunal saisi par citation, dès lors que le retour de la signification n'a pu être fait que le premier jour ouvrable après le dépôt au greffe de la citation, compte tenu des heures normales d'ouverture du greffe au public »<sup>154</sup>.

<sup>150</sup> BERTHE B., « Justice en question », *Revue trimestrielle de Droit et d'informations juridiques et judiciaires*, N° 002, 2011, p. 10.

<sup>151</sup> BERTHE B., « Justice en question », *op. cit.*

<sup>152</sup> Il s'agit de toute décision exécutoire à portée générale signée par le Président de la République ou par le Premier ministre.

<sup>153</sup> Boubacar BADJAGA, « L'action juridictionnelle judiciaire au Mali : une institution au service des droits humains », thèse soutenue en 2008 à l'Université de Perpignan, Ed. ANRT 2010, pp 13-16 ; R. LAFARGUE, « Justice de proximité et « centrafricanisation » du Droit » in *L'Etat de Droit en République centrafricaine*, ENAM, Bangui, avril 1997, p. 58.

<sup>154</sup> CA Douai, 20 juin 2002 : *Bull. inf. C. cass.* 2003, n° 243.

## B. Deux juridictions également compétentes

Il ressort de l'article 100 du CPCCS que la même affaire doit être pendante devant deux juridictions différentes, soit deux juridictions de premier degré, deux juridictions de second degré ou une juridiction de premier degré et une juridiction de second degré. Ce qui exclut la cour suprême, puis que l'objet du pourvoi en cassation est nécessairement distinct des prétentions soumises aux juges du fond. C'est pourquoi, dans une affaire de confirmation du droit de propriété, l'exception soulevée par le défendeur a été rejetée en considérant que « l'exception de litispendance ne peut être soulevée lorsque la haute cour est l'une des juridictions saisies »<sup>155</sup>. De même, l'exigence de juridictions différentes fait obstacle à la reconnaissance de la litispendance lorsque les instances sont pendantes devant des chambres différentes de la même juridiction ou lorsque les affaires en cause sont pendantes devant diverses formations d'une même juridiction.

S'il est prévu par l'article 100 du CPCCS, l'hypothèse de la saisine simultanée des juridictions de même degré du même litige où la juridiction saisie en second doit se dessaisir, force est de constater que l'article 102 du même code traite le cas où deux juridictions de degré différent sont saisies. Dans cette hypothèse, la juridiction inférieure doit se dessaisir au profit de la cour d'appel.

Il faut également que ces deux juridictions soient compétentes. Cette exigence est justifiée par le fait que, si une

des juridictions saisies est incompétente, il est opportun de soulever l'exception d'incompétence et non de litispendance.

Mais l'exception de litispendance connue en droit interne peut-elle jouer dans l'ordre international ? Une juridiction malienne peut-elle se dessaisir au motif qu'un tribunal étranger est saisi d'une même affaire ?

Tout au long de nos recherches au Mali, nous n'avons pas encore rencontré une situation de litispendance internationale, laquelle suppose que le juge malien, compétent selon la loi malienne, a été saisi en second d'une instance entre les mêmes parties, ayant le même objet et la même cause que celle qui a déjà été engagée devant le juge étranger également compétent selon sa propre loi. Tout laisse à penser que les juridictions maliennes vont accepter la situation de litispendance devant le juge malien lorsque le même litige est pendant devant une juridiction étrangère, laquelle est également compétente pour en connaître. Il suffit d'établir l'antériorité de la saisine de la juridiction étrangère. Nos juridictions n'ont aucun complexe à s'inspirer de la jurisprudence française qui a déjà admis depuis très longtemps la litispendance internationale<sup>156</sup>. Les dispositions du droit judiciaire interne étant applicables en droit commun international malien, la litispendance est régie par la *lex fori*, à condition de respecter des mêmes conditions exposées ci-dessus en droit interne.

Au regard de la jurisprudence française sus visée, le principe est donc l'admis-

sion de l'exception de litispendance en matière internationale en vertu du droit commun malien, sauf dans le cas où la décision à intervenir n'est pas susceptible d'être reconnue au Mali dans la mesure où il ne servirait à rien au juge malien de se dessaisir au profit d'un tribunal étranger dont la décision serait impuissante à produire ses effets chez nous. Notons que le bien fondé de l'exequatur est analysé sur la base des articles 115 et suivants du CPCCS. L'exequatur demandé par une partie a été rejeté par le juge pour l'inobservation des conditions prévues par l'article 122 du même code<sup>157</sup>.

Ajoutons également que pour être efficace, contrairement au droit interne, en droit international, la partie qui soulevé cette exception, doit la motiver en désignant la juridiction devant laquelle elle demande que le litige soit porté<sup>158</sup>.

Mais la litispendance peut-elle jouer dans une instance arbitrale devant le juge malien ?

En examinant les conditions de recevabilité de cette exception procédurale traitées ci-dessus, nous savons qu'elle ne peut pas être soulevée devant le juge malien pour faire valoir une convention arbitrale. L'exception de litispendance ne semblait pas adéquate en matière d'arbitrage. Ni ses principes ni ses effets que nous allons examiner juste après l'étude de ce concept, ne correspondent aux relations entre juges et arbitres, lorsque tous deux sont en mesure de connaître d'une question. Il y a lieu de noter que dans ces cas-là, on fait valoir soit l'exception d'arbitrage pour que les arbitres soient compétents,

<sup>155</sup> TPI C. IV de Bamako, JGT ADD. N° 114 du 28 juin 2010, inédit.

<sup>156</sup> Cass. 1re civ., 26 nov. 1974 : Bull. civ. 1974, I, n° 312, p. 267.

<sup>157</sup> Le TPI C. IV du District de Bamako, Ch. Civ., JGT N° 445 du 02 septembre 2005, inédit ;

<sup>158</sup> Loussouarn Y. et Pierre Bourel P., « Droit International Privé », Dalloz 7ème éd. 2001, p. 568 § 458

soit on n'invoque pas la convention arbitrale, ce qui donnerait la compétence au tribunal malien. Cette dernière hypothèse suppose une renonciation tacite à l'arbitrage. L'idée essentielle est que les arbitres et juges ne peuvent pas arriver à une situation de litispendance. Le défaut de juridiction « naturelle » des arbitres prévient cette possibilité.

Il serait regrettable de clore cette étude sur le concept de litispendance sans se poser cette question cruciale suivante : quelle est la solution en cas de saisine des deux juridictions d'États membres de l'OHADA le même jour ?

Lorsque deux juridictions des États parties sont saisies le même jour, il est préférable d'appliquer le critère d'antériorité de la saisine considérant que l'on se réfère à l'heure du dépôt de l'acte introductif d'instance. Dans ce cas, si la partie qui invoque la litispendance prouve l'heure à la quelle elle a saisi la juridiction dont elle revendique la compétence, il incombe à l'autre partie, pour écarter cette exception, d'établir une saisine antérieure.

Si toutes les conditions de la litispendance sont réunies au Mali, quelles conséquences peut-on en tirer ? La réponse à cette question nous conduit à examiner les effets de la litispendance.

## § II Effets de la litispendance

L'existence de litispendance amène les justiciables à soulever une exception de litispendance (I), laquelle sera constatée par une décision (II). Comme toute décision de justice, elle est susceptible de recours (III).

### I. Exception de litispendance

Il est certain que les parties au procès

sont les premières bénéficiaires de l'exception de litispendance. Toutefois, si les deux parties ont ou l'une d'elles a la faculté de soulever cette exception, il est nécessaire de rappeler qu'une jurisprudence constante, paraît estimer que seule la partie défenderesse pouvait soulever l'exception de litispendance<sup>159</sup>.

Cette solution jurisprudentielle française doit être écartée au Mali puis que notre législateur a expressément exposé dans l'article 100 du CPCCS que « ... la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande... ». Il ne ressort de ces dispositions aucune distinction entre le demandeur et le défendeur. Mais, reconnaissons que l'exception de litispendance étant un moyen de défense, elle est, en pratique, généralement soulevée par le défendeur, sauf dans la situation où la personne qui a intenté l'action en justice occupe la place de défendeur, notamment le cas d'une demande reconventionnelle formée par le défendeur ou le cas d'une intervention d'un tiers au procès. Dans ces hypothèses, l'exception de litispendance peut être soulevée in limine litis. Faut-il ajouter que cette exception doit encore être motivée, mais, contrairement à l'exception d'incompétence, la partie qui soulève l'exception de litispendance n'est pas obligée de faire connaître la juridiction devant laquelle l'affaire doit être portée. Il y a lieu de noter que, conformément à l'article 81 du CPCCS<sup>160</sup>, le tribunal de la commune IV s'est récemment déclaré incompétent en désignant le tribunal de commerce de Bamako comme juridiction compétente<sup>161</sup>.

L'article 100 du CPCCS prévoit qu'à défaut d'intervention des parties, la juridiction saisie en second lieu peut relever d'office l'exception de litispendance. Il est nécessaire de dire que ce ne soit qu'une éventualité pour le juge et non une obligation. Il est également important de préciser que ledit texte vise seulement le cas où les deux juridictions saisies sont de même degré. Selon la doctrine française, on peut considérer que si les deux juridictions saisies ne sont pas de même degré, seule la juridiction de degré inférieur doit pouvoir se dessaisir d'office<sup>162</sup>. Au sens des dispositions combinées des articles 100 et 102 du CPCCS, les juridictions visées sont les juridictions de première instance et les cours d'appel.

Il est nécessaire de dire que l'exception de litispendance est commune à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire malgré nos exemples nombreux sur celles civiles. Elle peut donc être soulevée tant devant les juridictions civiles que devant les juridictions répressives, en raison du fait que ces dernières peuvent statuer sur l'action civile.

Cependant, il y a lieu d'exclure la situation de litispendance lorsque deux instances identiques existent, l'une devant une juridiction de l'ordre judiciaire, l'autre devant une juridiction administrative, car ces juridictions des ordres différents ne peuvent être toutes deux compétentes.

### II. Décision sur la litispendance

Le juge est obligé de prendre une décision sur la litispendance lorsqu'elle est acquise. Face à une telle situation, la juridiction visée par les dispositions

<sup>159</sup> Cass. com., 18 déc. 1950 : D. 1951, somm. p. 34 ; Bull. civ. 1951, II, n° 389. – CA Amiens, 8 janv. 1964 : Gaz. Pal. 1964, 2, p. 408.

<sup>160</sup> L'article 81 du CPCCS dispose que « s'il est prétendu que la juridiction saisie est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée »

<sup>161</sup> TPI C. IV de Bamako, 1ère Ch. Civ., JGT N° 113 du 28 juin 2010, inédit.

<sup>162</sup> L. Cadet, Litispendance : Rép. proc. civ., Dalloz

textuelles doit se dessaisir au profit de l'autre. Ici, la litispendance qui ne peut pas demeurer ne laisse pas de faculté au juge. Pourtant, lorsque sont réunies les conditions du dessaisissement, il n'est pas nécessaire que la juridiction se dessaisisse spontanément dans la mesure où il est prudent, pour cette dernière, de vérifier si la juridiction au profit de laquelle le dessaisissement est fait, a bien la compétence pour en connaître. Cette vérification qui était, pour la jurisprudence, d'abord facultative<sup>163</sup>, est actuellement obligatoire<sup>164</sup>.

Conformément à l'esprit de l'article 105, la juridiction de renvoi doit être désignée par celle qui se dessaisit. La décision rendue sur l'exception de litispendance s'impose à la juridiction désignée, peu importe que la décision prise fût erronée, dès lors qu'il n'est pas prétendu qu'elle ait été frappée de pourvoi. C'est en ce sens qu'il est dit que le renvoi s'impose non seulement aux juridictions mais également aux parties puis que la décision est attributive de compétence.

### III. Recours contre la décision

Selon les dispositions de l'article 104 « Les recours contre les décisions rendues sur la litispendance ou la connexité par les juridictions du premier degré sont formés et jugés comme en matière d'exception d'incompétence ». Il ressort de ces dispositions que les règles prévues en matière d'exception d'incompétence s'appliquent aux recours contre les décisions rendues sur la litispendance ou la connexité par les juridictions inférieures. A la lecture de ces dispositions, il y a lieu de dire que conformément à l'article 86 du CPCCS,

lorsque le juge se prononce sur la litispendance, sans statuer sur le fond du litige, sa décision ne peut être attaquée que par la voie du contredit, quand bien même le juge aurait tranché la question de fond dont dépend la litispendance sous réserve des règles particulières à l'expertise. De même la décision ne peut être attaquée du chef de la litispendance que par la voie du contredit lorsque le juge se prononce sur la litispendance et ordonne une mesure d'instruction et une mesure provisoire. Il va de soi conformément à l'article 98 du CPCCS que la voie du contredit reste seule ouverte lorsqu'une juridiction relevant d'office la litispendance statue en premier ressort.

En France, contrairement au Mali, cette règle ne jouera pas s'il s'agit d'un référé ou d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, puis que l'article 98 du code de procédure civile français prévoit expressément que la voie de l'appel est seule ouverte contre les ordonnances de référé et contre les ordonnances du juge conciliateur en matière de divorce ou de séparation de corps<sup>165</sup> ; Or, à la lecture minutieuse de notre CPCCS, aucun texte ne prévoit ces dispositions spéciales.

En revanche, le droit malien<sup>166</sup> tout comme le droit français<sup>167</sup> abonde dans le même sens en considérant que si le juge statue sur la litispendance et sur le fond dans un même jugement, celui-ci ne peut être attaqué que par la voie de l'appel, soit dans l'ensemble de ses dispositions s'il est susceptible d'appel, soit du chef de la litispendance dans le cas où la décision sur le fond est rendue en premier et dernier ressort. En

cas de recours multiples, il appartient à la cour d'appel saisie la première de rendre la décision : si elle fait droit à l'exception, elle attribue l'affaire à celle des juridictions qui lui paraît la mieux placée pour en connaître<sup>168</sup>, c'est-à-dire la juridiction qui lui semble à même de juger le litige. Ce principe posé par l'article 104 visé, en matière de litispendance, s'applique aussi au recours contre la décision rendue sur la connexité par les juridictions inférieures.

## Section II La situation de la connexité

Comme la litispendance, la connexité est une exception de procédure ayant un concept particulier (§1). Le régime juridique de la connexité est également déterminé par notre CPCCS (§2).

### § 1 Concept

#### I. Concept original

La connexité est prévue par les dispositions de l'article 101 du CPCCS : « S'il existe entre les affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction ». A la lecture de ces dispositions, il ne ressort ni une définition précise, ni des critères clairs de la connexité. Elles contiennent la même idée que l'article 371 du CPCCS visant la jonction de plusieurs instances pendantes devant le même juge. D'ailleurs, c'est ce texte qui a été visé par le tribunal de première instance de Mopti. Dans le cas d'espèce, il est établi que

<sup>163</sup> Cass. req., 8 août 1864 : S. 1864, 1, p. 409.

<sup>164</sup> Cass. req., 8 févr. 1881 : DP 1882, 1, p. 32.

<sup>165</sup> Cf aux dispositions combinées des articles 78 et 104 du NCPC français ; Cass. 2e civ., 28 juin 1972 : Bull. civ. 1972, II, n° 201.

<sup>166</sup> Cf aux dispositions combinées des articles 84 et 104 du CPCCS du Mali.

<sup>167</sup> Cass. soc., 5 nov. 1992 : Bull. civ. 1992, V, n° 536.

<sup>168</sup> Cf à l'article 104 al.2 du CPCCS du Mali et du NCPC français.

les procédures N°183/RG en date du 2003 et 238/RG en date du 2004 mettent en cause une question commune, celle de la désignation du « Dioro de Gordi » et que par conséquent la solution de l'une influe nécessairement sur celle de l'autre. C'est pourquoi, le tribunal de céans, après avoir constaté qu'il existe entre ces procédures, un lien tel qu'il serait de bonne justice de les instruire ou de les juger, a ordonné leur jonction.

Cependant, l'article 101 précité exige que pour la qualification de connexité que soient remplies deux conditions, un lien entre deux litiges ( alors que l'article 371 ne précise pas le nombre exact des procédures mais indique plutôt plusieurs instances ; ce mot « plusieurs » signifie divers, allant de deux et au-delà.); et, pour ce lien, qu'il soit nécessaire de les faire instruire et juger ensemble, puis que la solution donnée à un des deux litiges peut avoir une influence sur l'autre entraînant des décisions contradictoires ou du moins illogiques. Voici, le trait commun à la connexité et à la litispendance qui est de provoquer un conflit entre deux tribunaux également compétents.

Contrairement à la litispendance, l'exception de connexité est laissée à la discrétion des juges du fond qui apprécient les circonstances propres à l'établir<sup>169</sup>. C'est pourquoi la haute Cour de justice ne contrôle pas la connexité, mais ne vérifie que le manque de base légale. C'est la raison pour laquelle, pour manque de base légale, a été cassé l'arrêt qui rejette l'exception de connexité en considérant qu'il n'existe entre les instances aucune identité

d'objet, de partie et de cause sans rechercher s'il n'existe pas entre elles un lien tel qu'il puisse être de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble<sup>170</sup>.

Faut-il ajouter que la connexité en droit processuel est distincte des autres hypothèses de connexité que connaît le droit substantiel et qui peut unir deux ou plusieurs obligations<sup>171</sup>. Ces deux notions de la connexité, en dépit de leur distinction, ne sont tout de même pas étrangères l'une à l'autre, dans la mesure où une hypothèse de connexité substantielle peut, en cas de différend, créer une situation de connexité processuelle.

La connexité est sans doute différente de la litispendance. Cette distinction frappante entre ces deux exceptions se trouve dans le fait que dans la première un seul des éléments fait défaut, lequel est un élément déterminant pour la constitution de la seconde, que ce soit les parties au procès, l'objet du litige ou sa cause.

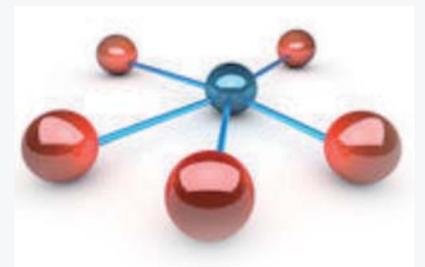
Exposés devant deux juridictions distinctes, la réunion entre deux des éléments sus énumérés rend les deux procès interdépendants, toute chose qui explique leur réunion devant le même tribunal. En revanche, la litispendance suppose deux affaires identiques tandis que la connexité exige deux affaires distinctes ; toutefois, disons que « différentes » ne veut pas dire là qu'il s'agit des affaires totalement étrangères l'une à l'autre. C'est juste pour dire qu'elles ne réunissent pas l'identité de parties, d'objet et de cause qui caractérisant la litispendance mais

elles présentent des points communs.

## II. Conditions de la connexité

Le tout premier critère de l'article 101 est la présence d'un lien entre les affaires sans rien dire sur la nature dudit lien. Ce qui laisse à entendre qu'il peut donc apparaître sous plusieurs façons. Il peut tenir à la seule identité de parties, par exemple, une partie intente une action en justice aux fins d'obtenir le paiement d'une somme d'argent, à titre de dommages et intérêts, résultant de l'inexécution d'un contrat devant une juridiction alors que l'autre demande l'annulation dudit contrat devant une autre juridiction. Il faut savoir que le lien susceptible d'exister ne se limite pas à l'identité de parties, il peut en avoir d'autres formes du lien qui peuvent subsister entre deux litiges, il existe de nombreux exemples où la connexité a été admise alors qu'il n'y avait aucune identité de parties.

Le lien entre les affaires est une condi-



tion essentielle mais ne suffit pas afin de procéder au renvoi pour une exception de connexité. Il faut ensuite que ledit renvoi soit justifié par l'intérêt d'une bonne justice. Le tribunal, devant lequel est faite une demande de renvoi pour cause de litispendance ou de connexité, doit chercher à savoir si l'instance pendante devant lui est la même qu'une instance déjà présente devant une autre juridiction ou si elle a

<sup>169</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 1983 : Bull. civ. 1983, I, n° 123.

<sup>170</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 mai 1982 : Bull. civ. 1982, I, n° 199.

<sup>171</sup> Tirvaudey-Bourdin C., « L'indivisibilité en droit privé », ANRT, 2003, n° 204 s.

avec cette dernière un rapport telle que la décision rendue sur l'une doive nécessairement influencer sur la solution donnée à l'autre.

Le renvoi pour connexité suppose que deux affaires sont présentes devant deux juridictions différentes et compétentes. Nous comprenons ainsi les contenus de l'article 107 du CPCCS disposant que « s'il s'élève sur la connexité des difficultés entre diverses formations d'une même juridiction, elles sont réglées sans formalité par le Président. Sa décision est une mesure d'administration judiciaire ». Il résulte de ces dispositions que dans le cas où il y a connexité entre des affaires pendantes devant plusieurs chambres d'un même tribunal, chaque formation étant une partie de la juridiction, laquelle peut donc en connaître tout dans la mesure où elle est compétente pour trancher toutes ces affaires. Dans cette hypothèse, la décision prise par le Président pour réunir les procédures est une mesure d'administration judiciaire. Ce dernier mentionne tout simplement au dossier la décision qui n'est pas motivée. C'est pourquoi elle n'a pas autorité de chose jugée.

Il est également nécessaire que les juridictions distinctes saisies ne doivent pas être supérieures à deux. C'est ainsi que la cour d'appel de Limoges a rejeté l'exception de connexité au motif que trois juridictions étaient saisies<sup>172</sup>. Il importe peu que ces juridictions distinctes soient deux juridictions de premier degré, deux juridictions de second degré ou une juridiction de premier degré et une juridiction de second degré, tout en excluant la cour suprême

du Mali conformément à l'article 102 du CPCCS. Comme l'exception de litispendance, les juridictions visées doivent avoir été réellement saisies et que l'instance introduite devant une d'elles ne soit pas éteinte.

Mais les affaires internationales peuvent-elles poser in limine litis la question de la connexité ?

Une juridiction malienne peut-elle surseoir à statuer au motif qu'un tribunal étranger est saisi d'une même affaire ?

Si les demandes connexes sont simultanément présentes devant un tribunal malien et une juridiction étrangère également compétente pour en connaître, l'un des plaideurs peut-il soulever une exception de connexité au Mali en vue d'obtenir le dessaisissement du tribunal malien et le renvoi de l'affaire devant le juge étranger ?

Les règles que nous avons évoquées ci-dessus, comme celles concernant l'exception de litispendance, doivent pouvoir jouer en droit international aussi bien qu'en droit national. Les problèmes relatifs à l'exception de connexité internationale sont principalement semblables à ceux de l'exception de litispendance en matière internationale. Les règlements doivent être en principal similaires et amener à admettre l'exception de connexité. Il faut alors non seulement que les deux juridictions soient également compétentes selon leurs propres règles de compétence internationale mais également que le jugement à intervenir à l'étranger soit susceptible d'être reconnu au Mali. Il faut aussi que cette exception obéisse au régime général

des dispositions des articles 103 et 104 du CPCCS.

En effet, il a été jugé qu'une juridiction française peut se dessaisir au profit d'une juridiction étrangère également compétente en raison du domicile du codéfendeur, au motif que la solution du litige qui lui est soumis ne concerne pas une mesure d'exécution pratiquée en France<sup>173</sup>. Un arrêt de 2003 a d'ailleurs posé les conditions et les modalités d'application de la connexité internationale en France<sup>174</sup>. Mieux encore, la majorité de la doctrine est favorable à la recevabilité d'une telle exception et ce, dans le souci d'éviter des décisions inconciliables<sup>175</sup>.

La connexité en matière internationale est envisageable au Mali dans la mesure où nos juges pourraient être guidés par la doctrine et s'inspirer de leurs homologues français pour appliquer la validité de la saisie dont connaît la juridiction étrangère, de sorte qu'il existe un risque de contrariété de décisions.

Il y a lieu de préciser qu'en droit international tout comme en droit interne, la juridiction est souveraine de se dessaisir ou de ne pas se dessaisir. De même, comme en droit interne, l'exception peut être soulevée en tout état de cause et il n'est pas exigé que la juridiction nationale ait été saisie en second lieu, mais il faut que les deux juridictions aient été concurremment saisies et qu'elles aient toutes deux compétences pour connaître du litige<sup>176</sup>. Il faut également que cette exception soit préalablement soulevée expressément devant la juridiction ma-

<sup>172</sup> CA Limoges, 12 oct. 1993 : D. 1993, inf. rap. p. 233. – CA Limoges, 14 déc. 1993.

<sup>173</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 juin 1999 : Bull. civ. 1999, I, n° 208 ; Rev. crit. DIP 2000, p. 42, note Cuniberti.

<sup>174</sup> CA Orléans, 6 mai 2003 : Rev. crit. DIP 2004, p. 130, note Gaudemet-Tallon.

<sup>175</sup> Gaudemet-Tallon H., « Litispendance et connexité en droit européen et en droit international », N° 289.

<sup>176</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juin 1999, préc.

lienne par l'une quelconque des parties.

Aussi, l'article 22 de la Convention de Bruxelles dispose que « sont connexes les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». La Cour de Justice a amplement confirmé la conception large et ouverte de la notion dans l'arrêt *Ship Tatry*<sup>177</sup>. Elle considère donc que la condition de connexité est réalisée dès lors qu'il y a un risque que des juridictions d'Etats signataires différents portent sur le même événement qui donne lieu à des appréciations distinctes sans qu'il soit nécessaire de se trouver en présence de litiges identiques. Précisons que ce droit conventionnel et communautaire n'est pas applicable au Mali. L'heure est venue pour nos Etats de s'inspirer des dispositions de cette convention pour apporter des solutions afin de combler le vide. Les arbitres et juges ne peuvent arriver à une situation de connexité pour des raisons exposées ci-haut dans la situation de litispendance.

## § 2 Traitement de la situation de connexité

Pour mieux comprendre, il est nécessaire de commencer le traitement de la situation de connexité par l'exposé sommaire de cette exception (I) entraînant une décision sur ladite connexité (II). Notons enfin qu'une des parties au procès peut exercer le recours contre cette décision.

### I. Exception de connexité

Contrairement à l'article 100 du CPCCS énonçant expressément que l'exception de litispendance peut être relevée d'office, l'article 101 du même

code prévoyant la connexité est silencieux sur ce point, ce qui signifie que le juge ne peut pas relever d'office cette dernière exception.

En revanche, le juge répressif peut relever d'office l'exception de connexité dans la mesure où l'article 379 du code de procédure pénale dispose nettement que « Lorsque le Tribunal est saisi de plusieurs procédures visant des faits connexes, il peut ordonner la jonction soit d'office, soit sur réquisition du Ministère public ou à la requête d'une des parties ». C'est ainsi que le tribunal correctionnel de la Commune IV du District de Bamako a ordonné la jonction desdites procédures conformément aux réquisitions du Ministère public et en application de l'article sus indiqué<sup>178</sup>.

Notons par ailleurs, que le juge d'instruction aussi peut être dessaisi au cours de l'information, par décision du Président de la chambre d'accusation, prise sur requête du Procureur de la République pour une bonne administration de la justice lorsque deux juges d'instruction, appartenant à un même tribunal ou à des tribunaux différents, sont simultanément saisis de la même infraction ou d'infractions connexes dans le souci de la préservation de l'ordre public (art. 578 du Code de Procédure Pénale). Il ressort des dispositions de ce texte l'hypothèse où deux juges d'instruction sont saisis d'infractions connexes ou d'infractions différentes en raison desquelles une même personne est mise en examen. L'article 210 CPP prévoit en ces termes : « Les infractions sont connexes soit lorsqu'elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite

d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les unes pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou partie, recelées. ». Le lien de connexité a des conséquences sur la prescription de l'action publique. En effet, lorsqu'une même procédure réunit les actions publiques résultant d'un crime et d'un délit connexe, la prescription sera celle de dix années au lieu de celle de trois années révolues relevant de la matière délictuelle.

Dans tous les cas, si le dessaisissement n'est pas volontaire, il peut être imposé : en cas de refus des deux juges, on met en place une procédure de règlement des juges, il va falloir prendre une procédure pour décider quel est le juge qui va être dessaisi de l'affaire. L'article 53 al. 6 du code de procédure pénale vise une hypothèse de dessaisissement exceptionnel demandé soit spontanément par le procureur de la République par une requête motivée soit à la demande des parties (l'inculpé ou la partie civile). La requête est adressée à la chambre d'accusation qui doit statuer dans les huit jours de sa réception par un arrêt non susceptible de recours.

Nous venons de voir qu'en droit privé, les exceptions de connexité et de litispendance peuvent être également soulevées en matière pénale et non pas seulement en civil. S'il est précisé par l'article 100 du CPCCS que l'exception de litispendance doit être soulevée devant la juridiction saisie en second, force est de constater que l'article 101 du CPCCS prévoit que l'exception de

<sup>177</sup> CJCE, 6 décembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the ship « Tatry » c/ The owners of the « Maciej Rataj »*, aff. C-406/92, Rec. I p.5439

<sup>178</sup> TPI C. IV de Bamako, Ch. Corr. JGT N° 26 du 13 novembre 2009, inédit.

connexité peut être soulevée devant l'une des juridictions. Il y a lieu, ici, de préciser que cette option de la juridiction devant laquelle l'exception est soulevée ne vaut que si les deux juridictions sont de même degré. C'est pourquoi l'article 102 indique immédiatement de manière expresse que si les juridictions en cause sont de degrés différents l'exception de connexité ne peut être soulevée que devant la juridiction de degré inférieur.

Mais après l'examen de notre code, nous avons constaté que les dispositions textuelles sont muettes sur la question de l'exception de connexité pouvant exister entre une juridiction d'exception et une juridiction de droit commun.

L'article 103 du CPCCS dispose que « l'exception de connexité peut être proposée en tout état de cause, sauf à être écartée si elle a été soulevée tardivement dans une intention dilatoire ». Il résulte donc que l'exception de connexité constitue une importante dérogation aux dispositions de l'article 80 al. 1<sup>er</sup> du CPCCS disposant que les exceptions de procédure doivent à peine d'irrecevabilité être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Mieux, cette dérogation est prévue par l'alinéa 4 du même texte prévoyant que l'exception de connexité étant une exception de procédure ne fait pas obstacle à l'application des articles 103, 108 et 114 du CPCCS.

Cette règle dérogatoire s'explique par le fait qu'il est nécessaire qu'il ait été conclu au fond pour apprécier l'existence d'une éventuelle connexité. De ces textes, à savoir les articles 103 et 80 al. 4, il ressort donc qu'en première ins-

tance, l'exception de connexité peut être proposée jusqu'à l'ordonnance de clôture devant les tribunaux de première instance ou la justice de paix à compétence étendue et devant la cour d'appel et jusqu'à la clôture des débats devant les autres juridictions. Faut-il ajouter que l'exception de connexité peut être soulevée pour la première fois en instance d'appel pour obtenir le renvoi devant une autre cour saisie d'une affaire connexe.

En revanche le moyen tiré de la connexité est écarté s'il a été soulevé tardivement dans une intention dilatoire et irrecevable s'il est soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation. Le juge doit rechercher les motivations de la partie adverse pour dégager l'intention dilatoire.

## II. Décision sur la connexité

N'étant qu'une simple faculté pour les tribunaux, l'acceptation de l'exception de connexité entraîne le dessaisissement d'une juridiction au profit de l'autre. A la différence de la litispendance, le tribunal qui se dessaisit n'est pas nécessairement celui devant qui est présentée l'exception de connexité mais celui qui ne peut connaître de l'entière affaire.

Par contre, il est nécessaire de noter qu'un tribunal ne saurait, sans se contredire et sans refuser de déduire les conséquences légales de la connexité qu'elle a remarquée, d'un côté, affirmer l'existence d'un lien de connexité entre les deux instances, et de l'autre, garder la connaissance du litige pendant devant lui. Ajoutons également qu'il ne peut non plus remarquer ledit lien entre deux instances et décider qu'il revient au deuxième tribunal saisi de garder la connaissance de l'affaire présente de-

vant lui. Mais quelles sont alors les conséquences ?

Nous répondons à cette question en considérant qu'il est de bon droit pour le juge qui reçoit une telle exception de statuer sur elle comme en matière d'une exception d'incompétence dans un délai raisonnable, soit pour l'en débouter, soit y faire droit. S'il fait droit à la demande, le tribunal renvoie le litige à l'autre juridiction comme en matière d'incompétence. Conformément à l'article 105 du CPCCS, le renvoi est de plein droit pour la juridiction désignée sous réserve d'un recours ou d'une éventuelle incompétence de la juridiction de renvoi. En revanche, lorsque le juge a l'intention de rejeter l'exception dont s'agit, il a le choix entre deux démarches : la première est de surseoir à statuer sur le fond en attendant que sa décision sur la connexité devienne définitive, et la seconde est de statuer immédiatement sur le fond, mais il doit alors le faire par des dispositions distinctes et après avoir préalablement mis les parties en mesure de conclure au fond. Pour éviter le déni de justice, le législateur malien a pris le soin de prévoir dans l'article 106 du CPCCS un cas rarissime, celui du conflit négatif de compétence, où les deux juridictions se seraient dessaisies, la décision intervenue la dernière est considérée comme non avenue. La juridiction qui l'a prononcée demeure donc saisie et connaîtra également de l'affaire initialement pendante devant l'autre juridiction. Mais quelle est la solution lorsqu'il y a connexité devant les juridictions d'Etats membres distincts ?

A notre connaissance, la connexité n'est pas abordée dans les actes uniformes de l'OHADA et il n'y a non plus de jurisprudence en la matière. Il est

temps que ce vide soit rapidement comblé par nos textes communautaires. Pour un souci d'uniforme, Nous pouvons élaborer la règle ainsi : « Lorsque les demandes connexes sont portées devant des juridictions d'États membres distincts de l'OHADA, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer. Lorsque ces demandes sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à moins que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction ».

### III. Recours contre le jugement statuant sur la connexité

Nous rappelons les termes de l'article 104 du CPCCS : « Les recours contre les décisions rendues sur la connexité par les juridictions du premier degré sont formés et jugés comme en matière d'exception d'incompétence ». Nous avons vu que l'article 98 du CPCCS prévoit expressément que la voie du contredit est seule ouverte lorsqu'une juridiction statuant en premier ressort se déclare d'office incompétente. Cependant, nous avons dit plus haut qu'au Mali, en matière civile, contrairement en matière pénale, la juridiction civile ne peut pas relever d'of-

fice l'exception de connexité. Par conséquent, les dispositions de l'article 98 du CPCCS ne s'appliquent pas à la connexité civile dans la mesure où les parties doivent nécessairement soulever cette exception. Voyons qu'il peut donc s'agir d'un contredit ou d'un appel selon les distinctions établies pour les jugements sur la compétence. Lorsque le juge statue sur la connexité et sur le fond dans un même jugement, celui-ci ne peut être attaqué par la voie de l'appel que du chef de la connexité dans le cas où la décision sur le fond est rendue en premier et dernier ressort.

Le choix de la voie de recours peut soulever des difficultés. Il a été considéré que la demande de sursis à statuer jusqu'à la décision d'une autre juridiction saisie d'un litige connexe n'est pas une demande de renvoi et la décision qui la rejette n'est pas de ceux contre lesquels est ouverte la voie du contredit<sup>179</sup>. De même, il a été estimé que le jugement qui, tout à la fois, statue sur l'exception de connexité et rejette une demande d'expertise doit être frappé d'appel<sup>180</sup> et non pas de contredit.

En revanche, même si, pour statuer sur l'exception, le juge du fond a, dans ses motivations, considéré le bien-fondé de

l'argumentation développée sur le fond du différend, seul un contredit peut être formé dès lors que n'a été tranchée que la question soulevée par la connexité invoquée<sup>181</sup>.

Quelle que soit la façon dont elle est saisie, la cour d'appel rend une décision qui s'impose tant à la juridiction de renvoi qu'à celle dont le dessaisissement est ordonné ainsi qu'aux parties et ce en vertu des dispositions combinées des articles 92 et 105 du CPCCS. En application de l'article 104 du CPCCS, la décision appartient à la cour d'appel la première saisie qui, si elle fait droit à la connexité, renvoie l'affaire à celle des juridictions qui, selon les circonstances, paraît la mieux placée pour en connaître. L'article 104, alinéa 2, prévoit le cas de recours multiples et indique que la décision appartient à la première cour d'appel saisie. Malgré la décision rendue en première instance, une seule cour d'appel rendra sa décision donc et aura à désigner, si elle fait droit à l'exception, la juridiction de première instance qui, selon les circonstances, lui paraîtra la mieux placée pour connaître des instances. L'arrêt de cette cour peut être frappé d'un pourvoi en cassation.

<sup>179</sup> Cass. 2e civ., 9 oct. 1968 : Bull. civ. 1968, II, n° 232 ; RTD civ. 1969, p. 172, obs. Hébraud.

<sup>180</sup> CA Paris, 20 oct. 1993.

<sup>181</sup> CA Reims, 3 nov. 1993.

# L'ARTICLE 156 DE L'AUPSVRE DE L'OHADA ET SA MISE EN ŒUVRE AU PLAN JURISPRUDENTIEL

Lu pour vous



**Jérémie WAMBO**  
**Avocat Assistant Juriste**  
**Référénaire**  
**CCJA -OHADA**

## REFLEXIONS SUR L'ARTICLE 156 DE L'AUPSRVE<sup>182</sup> ET SES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

Dans la panoplie des mesures d'exécution prévues et organisées par le législateur OHADA à travers l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, figure la saisie-attribution des créances réglementée par le TITRE IV à travers les articles 153 à 172.

La saisie-attribution se définit comme

une procédure d'exécution qui « *permet à un créancier muni d'un titre exécutoire, constatant une créance liquide et exigible, de saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur des sommes d'argent, pour en obtenir le paiement* »<sup>183</sup>. Il s'agit en réalité de l'ancienne procédure de saisie-arrêt, avec la particularité qu'elle porte exclusivement sur les créances de sommes d'argent et peut aboutir ou se solder sans l'intervention du juge, contrairement la saisie-arrêt qui pouvait aussi bien porter sur des créances de sommes d'argent que sur des effets corporels et incorporels tels les droits d'associés, et devait s'achever obligatoirement avec l'intervention du juge dans le cadre d'une procédure en validité. La saisie-arrêt proprement dite a été supprimée et remplacée par plusieurs procédures spécifiques ayant des finalités bien précises, à l'instar de la saisie des droits d'associés (articles 85 à 90), la saisie des rémunérations (articles 179 à 204) et surtout de la saisie-attribution qui attire notre attention particulière et qui est régie par les articles 153 à 172 de l'Acte Uniforme tel qu'évoqué plus haut. Ces dispositions déterminent de manière précise les différentes étapes de cette procédure, et surtout les sanctions qui y sont attachées.

Mais de toutes ces dispositions, celle

qui nous intéresse particulièrement est relative aux obligations du tiers saisi vis-à-vis du saisissant, et principalement des déclarations qu'il est appelé à faire à l'occasion de la saisie, ainsi que les sanctions de cette déclaration.

En effet, aux termes de l'article 156 de l'Acte Uniforme susvisé

« *Le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures. Il doit communiquer copie des pièces justificatives.*

*Ces déclarations et communication doivent être faites sur le champ à l'huissier ou l'agent d'exécution et mentionnées dans l'acte de saisie ou au plus tard, dans les cinq jours si l'acte n'est pas signifié à personne. Toute déclaration inexacte, incomplète ou tardive expose le tiers saisi à être condamné au paiement des causes de la saisie, sans préjudice d'une condamnation au paiement de dommages-intérêts* »

La pertinence de cette disposition réside dans le fait que la mesure ne peut pas être menée jusqu'à son terme, ou produire le résultat escompté si la tierce personne, le détenteur des sommes appartenant au débiteur, n'apporte pas son concours, en toute bonne foi. Le tiers saisi est en effet tenu d'apporter son concours aux mesures d'exécu-

<sup>182</sup> Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

<sup>183</sup> Les saisies mobilières à fin d'attribution ; Droit et Pratique des voies d'exécution, Dalloz Action, 5e Ed. 2007, n°800.05

tions lorsqu'il en est légalement requis, toute défaillance de sa part pouvant aussi bien entraîner des conséquences fâcheuses pour le saisissant ou le saisi qu'engager sa responsabilité personnelle. C'est ainsi que de sa déclaration, dépendra ou non la poursuite de l'opération de saisie. D'où son importance. On peut dès lors s'interroger sur les contours de la déclaration (I) et les sanctions attachées à la violation de l'obligation de déclaration (II).

## I – LES DECLARATIONS VISEES PAR L'ARTICLE 156 DE L'AUPSRVE

Les déclarations du tiers saisi, qui ne sont autres que l'expression de son obligation de renseignement vis-à-vis du saisissant par l'intermédiaire de l'huissier instrumentaire, visent à permettre au créancier saisissant de donner à la saisie opérée une suite appropriée. Les suites réservées à ces déclarations, déterminantes pour la saisie, dépendront de leur contenu (A) et du moment où elles interviennent (B)

## A – LE CONTENU DES DECLARATIONS

La déclaration est la réponse donnée par le tiers saisi à l'huissier instrumentaire qui lui notifie l'acte de saisie. En réalité, cette déclaration ne recouvrira tout son sens que si elle émane du tiers saisi, détenteur des sommes appartenant au débiteur saisi (2). D'où la nécessité d'éclaircir la notion même de tiers saisi (1).

### 1 – LA NOTION DE TIERS SAISI

Le tiers saisi au sens de l'article 156 de l'AUPSRVE doit s'entendre d'une personne tierce à l'égard du saisi (a), mais qui est débitrice de ce dernier (b).

**Le tiers saisi doit être un tiers à**

### l'égard du saisi

La notion de tiers ici s'entend de quelqu'un qui est étranger à la relation entre le créancier et le débiteur. En revanche, il doit exister une relation de droit entre le débiteur saisi et le tiers qui détient pour son compte. Pour la Cour de Cassation française en effet, le tiers saisi est une personne qui « se trouve dans un rapport de droit avec le débiteur et à qui la mesure (...) pratiquée impose des obligations »<sup>184</sup>.

Le lien de droit ici exclut les notions de subordination et de dépendance. Ainsi, une caissière ou un gérant salarié du débiteur saisi ne saurait avoir la qualité de tiers saisi faute de pouvoir disposer à sa guise des sommes entre ses mains. De même, un banquier louant par exemple un coffre-fort à un client ne peut être tiers saisi dans une saisie-attribution contre celui-ci, car il n'est pas son débiteur, mais son bailleur : C. Cass, 2<sup>e</sup> Ch. Civ. 21 Mai 1957<sup>185</sup>. Il convient de relever par ailleurs que peuvent se retrouver chez la même personne les qualités de débiteur saisi et de tiers saisi. C'est notamment le cas du représentant légal d'un incapable qui le représente en tant que débiteur saisi, mais est tiers saisi à titre personnel. De même, il a été jugé qu'un liquidateur amiable désigné, non seulement est représentant légal du débiteur saisi, mais également a la qualité de tiers saisi et peut être condamné au paiement des causes de la saisie<sup>186</sup>. Mais il faut que le tiers saisi détienne des sommes pour le compte du saisi.

### Le tiers saisi doit être le débiteur du saisi

La qualité de tiers saisi ne découlera pas simplement de la relation établie

entre celui-ci et le débiteur saisi. En effet, pour la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, l'article 156 sus évoqué s'applique « exclusivement au tiers saisi, terme désignant la personne qui détient des sommes d'argent dues au débiteur saisi en vertu d'un pouvoir propre et indépendant, même si elle les détient pour le compte d'autrui »<sup>187</sup>. Ainsi, le tiers entre les mains de qui est effectuée une saisie et qui ne détient aucune somme pour le compte du saisi, ne saurait être tiers saisi et condamné en cette qualité pour déclaration tardive « mais attendu que la Cour d'Appel, en décidant qu'en l'absence de fond appartenant à Monsieur Hamadi Mohamed dans les livres du Trésorier Public selon les indications du Trésorier Général dans sa lettre du 19 Mars 2007 prive celui-ci de la qualité de tiers saisi et ne peut par conséquent l'exposer en cas de déclarations tardives ou inexactes sur l'étendue de ses obligations à l'égard du saisi, a donné une base légale à sa décision... »<sup>188</sup>.

Cependant, la détention des sommes ne peut pas se présumer. Pour la jurisprudence, l'absence d'engagement du tiers saisi vis-à-vis du débiteur saisi ne se présume pas et ne peut résulter que des déclarations qu'il fournit au moment de l'opération de saisie « que l'absence d'engagement avec le débiteur saisi ne se présume pas et c'est plutôt le silence du tiers saisi qui laisse présumer l'existence d'une obligation à l'égard du débiteur saisi »<sup>189</sup>, bien qu'une décision rendue plus récemment par la 2<sup>ème</sup> Chambre Civile de la Cour de Cassation Française, critiquable à notre avis, indique qu'il appartient au créancier saisissant d'établir que le débiteur est créancier du tiers saisi<sup>190</sup>.

<sup>184</sup> C. Cass. Avis du 24 Janvier 1994, Bull. Civ. n°4

<sup>185</sup> Voies d'Exécution et Procédures de Distribution ; Marc DONNIER et Jean Baptiste DONNIER, 6<sup>e</sup> Ed. P. 196

<sup>186</sup> C. Cass, 2<sup>e</sup> Ch. Civ. 10 Novembre 2010, Bull. des arrêts Cour de Cassation n°9, Nov. 2010

<sup>187</sup> CCJA, Arrêt n°009/2005 du 27 Janvier 2005, Sté AFROCOM-CI C/ CITIBANK, Recueil de jurisprudence CCJA n°5, Vol. 1, P.7

<sup>188</sup> CCJA, Arrêt n°040/2011 du 08 Décembre 2011, inédit

<sup>189</sup> Cour d'Appel de Douala, Arrêt du 14 Janvier 2009 : Aff. Les Ets CHIDJOU C/ SCDP, in Jurisprudences Nationales OHADA n°2, Décembre 2010, P. 207

<sup>190</sup> C. Cass, 2<sup>e</sup> Ch. Civ., 10 Février 2011, Bull. n°2, Février 2011

En réalité, le créancier saisissant, qui dispose souvent de très peu d'informations sur les créances de son débiteur, se trouve toujours obligé, s'il veut augmenter la probabilité de réussite de ses opérations de saisie, de les multiplier en les diversifiant et en les orientant vers toute personne susceptible d'être redevable à l'égard de ce dernier, à quelque titre que ce soit. Très souvent, ce choix des tiers saisis probables est orienté entre autres aussi bien par la nature des activités du débiteur que par les modes de règlement auxquels il a souvent recouru pour désintéresser ses cocontractants : règlement par chèque de banque, chèque de coopérative ou chèque postal etc.... D'où l'importance de la déclaration du tiers saisi, seule susceptible de sceller le sort des saisies opérées.

## 2 – LES DECLARATIONS DU TIERS SAISI

Aux termes de l'article 156 de l'AUPSRVE, le tiers saisi doit non seulement faire des déclarations à l'occasion de la saisie opérée entre ses mains (a), mais il doit également communiquer les pièces justificatives desdites déclarations (b).



### Les déclarations proprement dites

Le texte ci-dessus cité précise que le

tiers saisi est tenu de déclarer l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter. Bref, il doit répondre à l'huissier instrumentaire de manière suffisamment précise pour permettre au créancier saisissant de savoir quel sort est réservé à sa saisie. La jurisprudence exige que cette déclaration soit faite exclusivement à l'huissier instrumentaire, comme le prescrit la loi « *que toutefois, la déclaration qu'elle a faite au greffe du Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou n'a pas respecté les forme et délai requis en ce, d'une part elle n'a pas été faite à l'huissier ou à l'agent d'exécution mais au greffe...* »<sup>191</sup>.

C'est ainsi que le tiers saisi doit indiquer par exemple le montant des sommes qu'il doit au saisi, en principal et intérêts. Il doit préciser si la créance est affectée d'un terme ou d'une condition, si elle est indisponible<sup>192</sup>, par exemple en raison des cessions de créances, délégations et saisies antérieures. Il y a en outre indisponibilité de la créance lorsqu'un juge d'instruction a interdit au tiers saisi de se libérer des fonds saisis, une telle décision s'imposant à toutes les parties et constituant un obstacle à tout paiement<sup>193</sup>.

Lorsque la saisie est opérée entre les mains d'un banquier, ce dernier doit indiquer le solde du ou des comptes ouverts par le saisi, ainsi que leur nature. Il doit en outre préciser s'il existe une convention de fusion de compte ou de compensation. Ainsi, ne commet aucune faute le banquier qui, accomplissant son devoir de renseignement vis-à-vis du saisissant, déclare le solde unique de l'ensemble des comptes du débiteur saisi, en vertu d'une conven-

tion de fusion « *qu'en statuant ainsi, alors qu'une banque n'est tenue d'indiquer au créancier saisissant de l'un de ses clients que le solde unique résultant de l'application d'une stipulation d'unicité ou de fusion des divers comptes ouverts au nom de ce client, la cour d'appel a...* »<sup>194</sup>

En outre, le tiers saisi ne peut se soustraire à son obligation s'il ne justifie pas d'un motif légitime. Le banquier ne saurait par exemple refuser, sans engager sa responsabilité, de répondre au saisissant sous prétexte qu'il ne fournit pas les références bancaires précises des comptes du saisi<sup>195</sup>, dès lors que le saisissant, de part les actes notifiés, lui donne suffisamment d'éléments lui permettant d'identifier la personne du saisi dans ses livres. C'est pour cette raison que l'acte de saisie doit contenir, entre autres, à peine de nullité, « *l'indication des noms, prénoms et domiciles des débiteur et créancier ou, s'il s'agit de personne morale, de leur forme, dénomination et siège social* »<sup>196</sup>. Cependant, les renseignements ci-dessus ne peuvent être crédibles et conformes aux exigences légales que s'ils sont étayés par des documents que le tiers saisi est tenu de communiquer au saisissant.

### La communication des pièces justificatives des déclarations

La communication des pièces justificatives des déclarations du tiers saisi n'est ni une option, ni une faculté pour ce dernier. Il s'agit d'une obligation dont la violation est sanctionnée.

Ainsi, le tiers saisi doit fournir au saisissant tous les éléments à sa disposition permettant de connaître l'étendue de ses obligations à l'égard de celui-ci. C'est le cas du banquier qui non seule-

<sup>191</sup> CCJA, Arrêt n°027/2005 du 07 Avril 2005, Recueil de jurisprudence n°5, P.78 et suiv.

<sup>192</sup> L'indisponibilité de la créance saisie peut aussi résulter de ce que l'ordonnance d'injonction de payer revêtue de la formule exécutoire qui a servi de base à la saisie est frappée d'opposition dans l'intervalle, opposition dûment notifiée au tiers saisi

<sup>193</sup> C. Cass, 2<sup>e</sup> Ch. Civ. 21 Janvier 2010, Bull. des arrêts Cour de Cassation n°1, Janv. 2010

<sup>194</sup> C. Cass, 05 Juillet 2000, Bull. civ II n°113

<sup>195</sup> « Ne se prévaut pas d'un motif légitime l'établissement de crédit tiers saisi qui refuse de communiquer à l'huissier le solde des comptes de son client au motif qu'il ne lui était pas donné le libellé et le numéro d'identification de chacun d'eux » TGI Cherbourg, 8 Déc. 1993, Dalloz. 1994 J, 291, note R. Martin

<sup>196</sup> Article 157 AUPSRVE

ment doit justifier l'existence des différents comptes de son client à l'appui du ou des soldes excipés, mais doit également prouver, le cas échéant, la convention de fusion entre lesdits comptes, prouver l'existence du compte courant par une convention d'ouverture dudit compte etc.... De même, en cas de saisie entre les mains d'une société au préjudice d'un associé ou d'un actionnaire, cette société se doit de fournir au saisissant les documents, statuts et autres éléments permettant d'établir la situation financière du saisi (modalités de répartition des dividendes et rémunérations diverses). Le défaut de communication de pièces justificatives des déclarations est autant répréhensible que le défaut de déclaration. Une déclaration, de surcroît affirmative, qui n'est pas étayée par des pièces justificatives est incomplète et encourt sanction.

Les déclarations et communications ci-dessus explicitées doivent intervenir à l'occasion de la notification de la saisie au tiers saisi.

## **A - LE MOMENT DE LA DECLARATION ET DE LA COMMUNICATION DES PIÈCES JUSTIFICATIVES PAR LE TIERS SAISI**

L'article 156 de l'AUPSRVE précise en son alinéa 2 que « ces déclarations et communication doivent être faites sur le champ à l'huissier ou l'agent d'exécution et mentionnées dans l'acte de saisie ou, au plus tard, dans les cinq jours si l'acte n'est pas signifié à personne ». Il en découle que selon le cas, le tiers saisi peut être appelé à exécuter son obligation de renseignement immédiatement à la réception de l'acte de saisie (1), ou à différer sa déclaration et la faire dans un délai n'excédant pas cinq jours (2).



## **1 - LES DECLARATION ET COMMUNICATION FAITES SUR LE CHAMP**

Aux termes du texte susvisé, les renseignements et les documents qui les accompagnent doivent être communiqués sur le champ à l'huissier instrumentaire, au moment de la signification de l'acte de saisie, lorsque cette signification est faite à la personne même du tiers saisi. Cette exigence a pour but essentiel de prévenir une collision frauduleuse entre le débiteur du saisissant et le tiers saisi, les deux pouvant s'entendre pour saborder la saisie. Par ailleurs, elle permet au saisissant d'être rapidement fixé sur le sort de la saisie, et ainsi d'apprécier l'opportunité de la poursuite ou non de l'opération. La jurisprudence interprète assez rigoureusement cette disposition et tire constamment les conséquences de toute déclaration tardive, dès lors que l'acte de saisie a été remis à la personne même du débiteur saisi qui plutôt que de répondre à l'instant a déclaré « nous aviseront dans le délai ». <sup>197</sup> Ce qui n'est pas conforme à la lettre du texte de l'article 156. La Cour s'est fait le devoir de rappeler le texte « *qu'en remettant à plus tard la déclaration, alors qu'en tant que tiers saisi la CBT était tenue de la faire sur le champ à l'huissier instrumentaire, le service juridique agissant au nom de la CBT dont il est un organe n'a pas obéi aux prescriptions de l'article 156 alinéa 2*

*sus énoncées* » <sup>198</sup>. Une jurisprudence déduit même du défaut de déclaration dans le délai un préjudice subi par le saisissant qui n'a de ce fait pas poursuivi en connaissance de cause la saisie « *que cette non déclaration dans le délai imparti par l'article 156 de l'Acte Uniforme susvisé, ayant empêché la Société SMEETS & ZONEN de poursuivre en toute connaissance de cause la saisie attribution engagée, a causé un préjudice certain à la créancière poursuivante...* » <sup>199</sup>.

Il en découle que le tiers saisi qui reçoit personnellement signification de l'acte de saisie ne saurait différer la déclaration visée par la loi sans engager sa responsabilité, à moins de justifier de circonstances particulière l'ayant empêché de faire dans le délai imparti quelque déclaration qui soit utile. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence apprécie si le motif évoqué par le tiers saisi pour justifier la violation de l'obligation légale est légitime « *mais attendu que l'arrêt relève que le marché à forfait conclu avec M. X..., entrepreneur, pour la construction de la maison individuelle de M. Y..., avait subi des retards et était partiellement inexécuté du fait de l'entrepreneur, en sorte qu'une récapitulation des comptes était nécessaire, laquelle ne pouvait être immédiatement faite, sans un avis éclairé sur les droits respectifs des parties au contrat de construction, par le tiers saisi dépourvu, en l'espèce, de connaissance juridique particulière* » <sup>200</sup>. Dès lors, toute déclaration qui n'est pas faite sur le champ par le tiers saisi qui a reçu personnellement signification de l'acte de saisie est tardive et est susceptible d'être sanctionnée. La jurisprudence considère le retard comme équivalent à un refus de renseignement, même si le retard ob-

<sup>197</sup> CCJA, Arrêt n°015/2009 du 16 Avril 2009, Recueil de Jurisprudence CCJA n°13, P.58

<sup>198</sup> CCJA, Arrêt n° 015 précité

<sup>199</sup> CCJA, n°013 du 29 Juin 2006, Recueil de Jurisprudence CCJA n°7, P.74

<sup>200</sup> C. Cass, 2<sup>e</sup> Ch. Civ. 28 Janvier 1998, Dalloz 1998, inf. rap., P.78

servé est bref ou léger « *le tiers saisi doit être condamné au paiement des causes de la saisie dès lors qu'il n'a communiqué les renseignements sollicités que le lendemain du passage de l'huissier et ce sans motif légitime justifiant un tel retard* »<sup>201</sup>. A contrario, une jurisprudence admet qu'un dysfonctionnement technique ou informatique du système bancaire perturbant la tenue des comptes peut justifier le différé de la déclaration du tiers saisi<sup>202</sup>, ou qu'un acte de saisie attribution remis par un clerc d'huissier sans que l'huissier lui-même interpelle le tiers saisi, peut justifier une réponse différée par courrier dans un délai raisonnable<sup>203</sup>. Cependant, le tiers saisi qui n'a pas reçu personnellement l'acte dispose de cinq jours pour faire la déclaration prescrite par la loi.

## 2 – LA DECLARATION DIFFEREE

Lorsque l'acte de saisie a été reçu par une personne autre que le tiers saisi, mais pour son compte es qualité de représentant, le tiers saisi dispose de cinq jours à compter de cette signification pour faire sa déclaration. Cette disposition est compréhensible et logique, dans la mesure où une personne autre que le destinataire de l'acte ne peut disposer ni de renseignements, ni de documents à fournir au saisissant en lieu et place dudit destinataire. On peut cependant redouter que dans l'intervalle, il n'y ait une collusion frauduleuse avec le débiteur saisi qui en vertu de ses rapports avec le tiers saisi est aussitôt informé de la saisie effectuée sur son ou ses comptes. Il n'est d'ailleurs pas rare que le tiers saisi (surtout lorsqu'il s'agit d'une banque), de manière informelle, prenne des dispositions pour joindre son client et convenir avec lui de la

conduite à tenir, généralement lorsque ce client est si important pour lui que sa présence dans le porte feuille de la banque influence considérablement son chiffre d'affaire. Ainsi, pour ne pas compromettre certaines opérations en cours de son client ou lui causer quelque désagrément, le banquier tiers saisi, avant de faire sa déclaration à l'huissier, s'assure qu'il est en phase avec lui.

Par ailleurs, on peut raisonnablement se poser la question de savoir si certaines déclarations ne méritent pas d'être différées, indépendamment de toute considération, pour permettre au saisissant de disposer de réponses utiles. Ainsi par exemple, une saisie attribution pratiquée au siège social d'une banque au préjudice d'un débiteur client de ladite banque, mais dont le compte est plutôt en agence. Il n'est pas aisé pour le tiers saisi dans ces conditions de faire de déclaration sur le champ, encore moins de communiquer immédiatement les pièces justificatives, sans un minimum de vérifications qui peuvent prendre un petit laps de temps. Cette question mérite d'être posée dans la mesure où une jurisprudence invalide une saisie attribution pratiquée dans une agence d'une banque, laquelle agence ne détenait aucun compte au nom du débiteur, en précisant que la théorie des gares principales ne peut pas s'appliquer<sup>204</sup>. La Cour de Cassation française ne faisait-elle pas déjà observer que l'exigence de réponse sur le champ est « *irréaliste si la signification de l'acte n'a pas été faite entre les mains du destinataire ou du possesseur de renseignements* »<sup>205</sup>. Quoiqu'il en soit, l'article 156 sanctionne les déclarations aussi bien tardives, incomplètes qu'inexactes.

## II – SANCTIONS DES OBLIGATIONS DE DECLARATION ET DE COMMUNICATION DES PIECES JUSTIFICATIVES PAR LE TIERS SAISI

L'article 156 précise en son alinéa 2 in fine « *toute déclaration inexacte, incomplète ou tardive expose le tiers saisi à être condamné au paiement des causes de la saisie, sans préjudice d'une condamnation au paiement des dommages intérêts* ». Il ressort de cette disposition que le tiers saisi qui ne remplit pas ses obligations vis-à-vis du saisissant peut être condamné à lui payer les causes de la saisie d'une part, et éventuellement des dommages-intérêts, d'autre part. Cependant, il convient de relever que bien que le texte ne le dise pas expressément, le principe de la sanction qu'il édicte (A) peut être battu en brèche par un tiers saisi qui s'est trouvé dans une impossibilité justifiée de se conformer à ses prescriptions (B).

### A – LE PRINCIPE DE LA SANCTION CONTRE LE TIERS SAISI

A la lecture de l'article 156 alinéa 2, on est tenté de dire que le mécanisme de sanction contre le tiers saisi opère de manière automatique dès lors que ce dernier n'a pas observé les prescriptions édictées. Cependant, l'analyse de la jurisprudence intervenue jusqu'ici permet de se rendre compte qu'en cas de violation, l'application de la sanction est subordonnée à certaines conditions (1). Toutefois, la nature de la sanction prononcée tient quelques fois compte de l'étendue du manquement du tiers saisi (2).

<sup>201</sup> C. Cass., 2<sup>e</sup> Ch. Civ., 2 Avril 1997, Bull. Civ II, n°107

<sup>202</sup> C.A Paris, 18 Nov. 1999, Juris-data n°116055. Voir cependant en sens contraire, C.A Chambéry, 08 Janv. 2002, Revue de Droit Bancaire et Financier 2002, n°73

<sup>203</sup> C.A de Paris, 25 Mai 2000, Juris-data 118546

<sup>204</sup> C.A de Douai, 18 Novembre 1993, Revue des Huissiers 1994, 205

<sup>205</sup> Rapport annuel de la Cour de Cassation 1999, P. 33

## LES CONDITIONS DE L'APPLICATION DE LA SANCTION

Les conditions d'application de la sanction tiennent tantôt à la saisie elle-même (a), tantôt à la personne du tiers saisi (b).

### Conditions tenant à la saisie

La Cour de cassation française avait déjà, par un avis en date du 21 Juin 1999<sup>206</sup>, estimé que la condition de la mise en œuvre de la responsabilité du tiers saisi en matière de saisie conservatoire doit être la validité de la saisie. Autrement dit, pour qu'un tiers saisi qui a manqué à son obligation de renseignement soit condamné à cet effet, il faut que la saisie soit valable. Cette règle, étendue à la saisie attribution, est aujourd'hui d'application généralisée dans la jurisprudence française « *mais attendu qu'ayant relevé que les saisies conservatoires avaient été annulées, l'arrêt retient exactement qu'en raison de cette annulation, le tiers saisi ne pouvait être tenu rétroactivement aux obligations qui lui sont imposées par la loi et ne pouvait, dès lors, être condamné au paiement des sommes pour lesquelles elles avaient été pratiquées* »<sup>207</sup>. Le juge communautaire OHADA l'affirme également « *que les tiers saisis peuvent à tout moment faire valoir leurs moyens de défense contre une action du créancier saisissant en paiement des causes de la saisie dirigée contre eux sans se voir opposer la forclusion pour cause de violation des délais de contestation de l'article 170 de l'Acte Uniforme n°6, en se fondant sur un cas de nullité ou de caducité de la saisie* »<sup>208</sup>.

Ainsi, le tiers saisi poursuivi pour manquement à son obligation de renseignement sur le fondement de l'article 156 alinéa 2 de l'AUPSRVE peut soulever

les exceptions de caducité ou de nullité de la saisie : nullité pour insaisissabilité de la créance, nullité du procès verbal de saisie etc...

### Conditions tenant à la personne du tiers saisi

Le tiers saisi qui manque à son obligation légale de renseignement vis-à-vis du créancier saisissant n'encourt en principe pas de sanction si au jour de la saisie, il n'est redevable vis-à-vis du débiteur saisi d'aucune somme d'argent. Cette position de principe posée par la Cour de Cassation « *attendu que l'arrêt a condamné la société au paiement des causes de la saisie, après avoir relevé que cette condamnation s'imposait au juge, sans avoir à rechercher si le tiers saisi, qui le déniait, était débiteur de la débitrice saisie* »<sup>209</sup> est réaffirmée par le juge communautaire OHADA<sup>210</sup>.

Cependant, peut-on raisonnablement exonérer le tiers saisi qui délibérément s'est abstenu de faire toute déclaration au créancier saisissant et qui plus tard se défend en excipant qu'il ne détenait pas les fonds du débiteur saisi? L'on ne saurait répondre par l'affirmative à cette question sans dépouvoir de tout son intérêt l'obligation pour le tiers saisi d'apporter son concours en toute bonne foi à toute mesure d'exécution dès lors qu'il en est légalement requis. Aussi, nous pensons qu'une condamnation du tiers saisi dans ces conditions découragerait toute négligence de sa part le conduisant à s'abstenir de se conformer à la loi, même en l'absence d'obligation vis-à-vis du débiteur saisi. Il convient tout de même de noter que les sanctions prévues par l'article 156 s'appliquent différemment.

## LES SANCTIONS APPLICABLES

L'article 156 de l'AUPSRVE, en indiquant que le tiers saisi qui ne remplit pas son obligation de renseignement vis-à-vis du créancier saisissant peut être condamné à lui payer les causes de la saisie attribution pratiquée, et éventuellement les dommages-intérêts, prévoit par là deux types de sanctions. La question qu'il convient de se poser est celle de savoir si ces sanctions sont cumulables ou si l'une exclut l'autre. Le texte n'ayant pas rattaché telle sanction à tel manquement précis, il reviendra à la jurisprudence communautaire d'apprécier et de dire pourquoi il y a lieu de condamner au paiement des causes de la saisie (a) et/ou au paiement des dommages-intérêts (2). La question n'ayant pas été tranchée en France par l'article 60 du Décret n°92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution<sup>211</sup>, la jurisprudence n'a pas manqué d'intervenir pour apporter des précisions.

### La condamnation au paiement des causes de la saisie

L'article 156 alinéa 2 de l'AUPSRVE énonce in fine que « *toute déclaration inexacte, incomplète ou tardive expose le tiers saisi à être condamné au paiement des causes de la saisie, sans préjudice d'une condamnation au paiement de dommages-intérêts* ». Cette disposition laisse comprendre que dès lors qu'il y a manquement de la part du tiers saisi, la sanction, apparemment automatique, est sa condam-

<sup>206</sup> C. Cass., Avis du 21 Juin 1999, Bull. n°5, P. 7

<sup>207</sup> C. Cass., 2<sup>e</sup> Ch. Civ., 05 Juillet 2000, Bull. n°111, P. 77. Dans le même sens, voir : C. Cass., 2<sup>e</sup> Ch. Civ., 03 Mai 2001, Bull. N°89, P. 60; C. Cass., 2<sup>e</sup> Ch. Civ., 23 Nov. 2000, Bull. 2000 II, n°155

<sup>208</sup> Cour d'Appel de Douala, Arrêt du 14 Janvier 2009 précité

<sup>209</sup> C. Cass., 2<sup>e</sup> Ch. Civ., 05 Juillet 2000 précité

<sup>210</sup> CCJA, Arrêt n°040/2011 du 08 Décembre 2011 précité ; CCJA, Arrêt n°009/2005 du 27 Janvier 2005, Sté AFROCOM-CI C/ CITIBANK précité.

<sup>211</sup> « *le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus est condamné, à la demande du créancier, à payer les sommes dues à ce dernier, sans préjudice de son recours contre le débiteur. Il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts en cas de négligence fautive ou de déclaration inexacte ou mensongère* »

nation au paiement des causes de la saisie<sup>212</sup>. Ainsi, un simple retard dans la déclaration a pu justifier la condamnation du tiers saisi au paiement des causes de la saisie, le juge suprême prenant soin, approuvant une cour d'appel, de préciser « *qu'il s'agit bien, en l'espèce, de la condamnation du tiers saisi, la CBT, au paiement des causes de la saisie attribution de créances pratiquée pour déclaration tardive par application de l'article 156 alinéa 2 de l'Acte Uniforme susvisé* »<sup>213</sup>, dans une cause où le tiers saisi, après avoir reçu signification à personne de l'acte de saisie le 15 Août, n'avait fait sa déclaration que quelques jours plus tard, soit le 20 août.

Le juge suprême français avait déjà statué dans ce sens, en sanctionnant la déclaration tardive du tiers saisi « *attendu qu'ayant relevé que la banque n'avait pas déclaré immédiatement au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur et que la date à laquelle elle avait satisfait à cette déclaration n'était pas établie avec certitude, la cour d'appel ne s'est pas contredite et n'a pas inversé la charge de la preuve* »<sup>214</sup>, une position qui en réalité était déjà affirmée depuis près d'une décennie et qui assimilait la déclaration tardive à un défaut de déclaration : C. Cass, 2<sup>e</sup> Ch. Civ. 02 Avril 1997<sup>215</sup> cité plus haut.

Cependant, force est de constater que la condamnation au paiement des causes de la saisie sanctionne beaucoup plus l'attitude du tiers saisi qui s'est abstenu d'apporter son concours à la saisie ou qui a refusé de faire la déclaration exigée par la loi. Pour la jurisprudence en effet « *cette sanction du défaut de renseignement participative de*

*l'interdiction faite aux tiers saisis de faire obstacle à la procédure en vue de l'exécution ou de la conservation des créances* »<sup>216</sup>.

Il est tout de même intéressant de relever que la jurisprudence française fait une distinction nette entre le tiers saisi qui s'abstient carrément de faire la déclaration prévue par la loi et le tiers saisi qui ne fait qu'une déclaration inexacte ou incomplète. Dans ce deuxième cas le principe est la condamnation au paiement des dommages-intérêts.

#### **La condamnation au paiement des dommages-intérêts**

Le tiers saisi qui a fait une déclaration incomplète ou inexacte peut être condamné à payer au créancier saisissant des dommages-intérêts. Telle est la position constante de la Cour de Cassation<sup>217</sup>. Cette condamnation au paiement des dommages-intérêts vise à réparer le préjudice subi par le créancier saisissant du fait du tiers saisi. Il faudra tout de même que le tiers saisi ait eu un comportement fautif et qu'il en ait résulté un préjudice pour le saisissant.

La Cour Commune de justice a indiqué dans une espèce que le fait pour le tiers saisi de ne pas faire sa déclaration dans le délai qui avait empêché au créancier saisissant de poursuivre en connaissance de cause la saisie lui a causé « *un préjudice certain* »<sup>218</sup> qui justifie la demande de dommages-intérêts.

Pour revenir à la question de savoir si les sanctions prévues par l'article 156 alinéa 2 sont cumulables ou alors si le prononcé de l'une exclut l'autre, on peut dire que la Cour Commune de Jus-

tice paraît avoir répondu à cette préoccupation en optant pour un cumul de sanctions « *attendu qu'il ressort de l'analyse des dispositions de 156 de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qu'en matière de saisie attribution, le tiers saisi qui fait des déclarations inexactes, incomplètes ou tardives s'expose à être condamné non seulement au paiement des causes de la saisie mais également au paiement des dommages-intérêts ; que lesdits dommages-intérêts doivent être considérés (...) comme distincts des intérêts moratoires, ces derniers étant les intérêts légaux produits par la créance, cause de la saisie* »<sup>219</sup>. La spécificité d'une telle sanction est que le tiers saisi est doublement sanctionné et pourrait même se retrouver entraîné de payer deux fois ou plus le montant des sommes saisies entre ses mains, alors que par hypothèse le ou les comptes saisis n'étaient pas crédité(s) du montant de sa condamnation. D'aucuns ont estimé que de par les sanctions édictées et appliquées à l'endroit des tiers saisis, « *bien que contraignant et pénalisant pour ceux-ci, mais légitime pour les créanciers saisissants, leur attention ne peut être qu'attirée afin qu'ils redoublent de vigilance de sorte à ne pas devoir payer trop souvent à la place des débiteurs* »<sup>220</sup>. Un fait est remarquable tout de même : c'est que même si l'article 156 ne l'a pas dit, la jurisprudence considère que le tiers saisi peut échapper aux sanctions.

<sup>212</sup> Cour d'Appel de Douala, Arrêt du 14 Janvier 2009 : Aff. Les Ets CHIDJOU C/ SCDP précité ;

<sup>213</sup> CCJA, Arrêt n°015/2009 du 16 Avril 2009, Recueil de Jurisprudence précité

<sup>214</sup> C. Cass., 2<sup>e</sup> Ch. Civ. 05 Juillet 2001, Bull. Civ II, n°133

<sup>215</sup> L'huissier s'était présenté chez le tiers saisi à deux reprises le même jour et n'avait pu recueillir sa déclaration que le lendemain

<sup>216</sup> Même arrêt

<sup>217</sup> C.Cass., 2<sup>e</sup> Ch. Civ. 05 Juillet 2000, Bull. civ II, n°116

<sup>218</sup> CCJA, Arrêt n°013/2006 précité

<sup>219</sup> CCJA, Arrêt n°013/2006 précité

<sup>220</sup> Arlette BOCCOVI, observations sous arrêt CCJA n°015/2009 du 16 Avril 2009 in Revue de l'ERSUMA, numéro spécial Novembre/Décembre 2011, P. 129 et suiv.

## B – L'EXONERATION DU TIERS SAISI

Les articles 80 et 81 de l'AUPSRVE qui traitent des obligations du tiers saisi en matière de saisie conservatoire, astreignent ce dernier au respect des prescriptions de l'article 156. En effet, l'article 81 dispose « *le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus, s'expose à devoir payer les sommes pour lesquelles la saisie a été pratiquée si celle-ci est convertie en saisie attribution, sauf recours contre le débiteur* ». Cependant, l'article 156 ne fait nullement allusion à la possibilité pour le tiers saisi de justifier son manquement. S'il est vrai que la jurisprudence communautaire avait déjà suppléé à cette carence en précisant que le tiers saisi ne peut s'exonérer qu'en excipant d'un motif légitime « *considérant qu'il s'agit d'une obligation de renseignement qui s'impose impérativement au tiers saisi et à laquelle il ne peut se départir que pour un motif légitime, faute de quoi il s'expose au paiement des causes de la saisie sans préjudice de sa condamnation au paiement des dommages-intérêts* »<sup>221</sup>, il demeure indiscutable qu'en vertu des

principes généraux du droit, certains faits telle que la force majeure sont toujours exonérateurs, dès lors que les conditions de leur application sont réunies. En considérant cependant que la force majeure est toujours sous entendue, nous ne trouvons pas utile de nous y attarder. Par contre, il convient de s'interroger sur la notion de motif légitime.

La jurisprudence ne donne pas une définition du motif légitime. Il est revenu aux juges du fond d'apprécier souverainement si tel ou tel motif dont se prévaut le tiers saisi peut constituer un motif légitime pouvant justifier son manquement, le juge suprême se réservant le droit d'exercer son contrôle.

Ainsi, il a été jugé que le tiers saisi est légitimement fondé à ne pas répondre sur le champ à l'huissier ou à lui répondre avec retard si ce dernier n'apporte pas un soin particulier dans la conduite de son interpellation « *mais attendu que la cour d'appel énonce exactement que la sanction rigoureuse qui frappe le tiers saisi négligent appelle en contrepartie de la part de l'huissier de justice instrumentaire un soin particulier dans la conduite de son interpellation, qu'à défaut, le tiers saisi a*

*un motif légitime à ne pas répondre ou à répondre avec un certain retard* »<sup>222</sup>. De même, il a été jugé légitime le fait pour le tiers saisi de différer sa déclaration parce que l'acte de saisie a été signifié à une hôtesse d'accueil, cette dernière ne pouvant pas valablement lui répondre.

Par ailleurs, la jurisprudence a souvent exonéré le tiers saisi sans forcément invoquer un motif légitime. Elle a par exemple indiqué que « *lorsqu'au cours d'une saisie attribution, la banque tiers saisi commet de bonne foi une erreur sur l'identité du débiteur, elle ne fait pas une déclaration inexacte, incomplète ou tardive susceptible d'engager sa responsabilité* »<sup>223</sup>.

Quoiqu'il en soit, les juges apprécient in concreto, en tirant les conséquences de chaque situation précise.

En somme, on peut constater que bien que des circonstances particulières permettent au tiers saisi de s'exonérer, le caractère automatique de la sanction de tout manquement est presque intact, de sorte que l'on peut dire aujourd'hui que beaucoup de tiers saisis potentiels, en particulier les professionnels de banques, s'y sont accommodés.

<sup>221</sup> Cour d'Appel de Douala, Arrêt du 14 Janvier 2009 précité

<sup>222</sup> C. Cass., 2<sup>e</sup> Ch. 4 Octobre 2001 Civ. Bull. Civ II, n°152

<sup>223</sup> Cour d'Appel d'Abidjan, n°584, 3 mai 2002, ohadata J-03-17

# DU SENS DE L'ARTICLE 14 DE L'AUPSRVE

Arrêt n° 065/2012 du 07 juin 2012 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (CCJA)

Lu pour vous



**Jérémie WAMBO**  
**Avocat Assistant Juriste**  
**Référendaire**  
**CCJA -OHADA**

## DE L'INTERPRETATION DE L'ARTICLE 14 DE L'AUPSRVE : à propos de l'Arrêt n°065/2012 du 07 Juin 2012 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (CCJA)

L'article 14 de l'AUPSRVE<sup>224</sup> dispose « **la décision de la juridiction saisie sur opposition se substitue à la décision portant injonction de payer** ». Littéralement, cela signifie que dès lors qu'opposition est formée contre une ordonnance d'injonction de payer, celle-ci cesse de produire effet et ne pourra plus être exécutée, encore moins mise à exécution,

puisque la décision sur l'opposition va se substituer à elle. C'est du reste ce qui justifie le rejet par certains juges de la demande d'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance d'injonction de payer dont l'opposition n'a pas prospéré<sup>225</sup>.

Cette interprétation, si elle est conforme à l'esprit même du législateur communautaire, ne va pas sans poser quelques problèmes pratiques. En effet, par l'opposition, le juge est saisi de l'entier litige et peut dès lors en examiner tous les aspects, pour enfin rendre un jugement soit de condamnation au paiement du montant, ou d'une partie du montant contenu dans l'ordonnance en fonction des éléments de preuve qui lui auront été fournis par le créancier, soit de débouté si celui-ci ne rapporte pas la preuve suffisante des sommes réclamées. La décision ainsi rendue a dépourvu de tout effet l'ordonnance d'injonction de payer initiale, et c'est elle seule qui peut désormais soit être mise à exécution, soit faire l'objet d'une voie de recours, notamment l'appel<sup>226</sup>. Ainsi, le jugement de condamnation doit obligatoirement contenir le montant des sommes à payer et ne peut se borner à confirmer l'ordonnance, encore moins à lui restituer son plein et entier effet, celle-ci ne pouvant plus recevoir apposition de la formule exécutoire du fait de l'opposition exercée. Cependant, la situation devient plus

complexe lorsqu'à la suite de l'opposition, il n'est pas donné au juge d'examiner le litige au fond. C'est notamment le cas lorsque l'opposition est jugée irrecevable parce qu'intervenue hors délai. Il en est de même lorsque l'appel contre le jugement d'irrecevabilité de l'opposition est déclaré irrecevable parce que hors délai. Il se pose donc la question de savoir si le juge, bien que n'ayant pas examiné le fond du litige, doit prononcer la condamnation au paiement des sommes contenues dans l'ordonnance d'injonction de payer désormais consolidée mais dépourvue d'effet du fait de l'opposition déclarée irrecevable.

La Haute juridiction communautaire vient de se prononcer sur la question à travers un arrêt du 07 Juin 2012<sup>227</sup>.

Dans cette espèce en effet, le créancier avait sollicité et obtenu du juge des requêtes une ordonnance d'injonction qu'il a signifiée à son débiteur. Ce dernier ayant formé opposition hors délai, le jugement consécutif rendu l'a déclarée irrecevable, mais a simplement indiqué qu'il restituait à l'ordonnance d'injonction de payer attaquée « son plein et entier effet »<sup>228</sup>. L'appel du débiteur contre ledit jugement a également été déclaré irrecevable comme tardif. Dès lors, muni de la grosse dûment en forme exécutoire de l'arrêt de la Cour d'Appel, et de l'ordonnance d'injonction de payer contenant les

<sup>224</sup> Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution

<sup>225</sup> Note du Pr Ndiaw DIOUF sous article 14 AUPSRVE

<sup>226</sup> La décision statuant sur l'opposition produisant les effets d'une décision réputée contradictoire, même en l'absence de l'opposant, elle ne peut être susceptible que d'appel dans les conditions de l'art. 15 de l'AUPSRVE

<sup>227</sup> CCJA, Arrêt n°065/2012 du 07 Juin 2012, Aff. DIAKITE MOUSSA C/ DIOULO Serges et autres, inédit

<sup>228</sup> TPI d'Abidjan, Jugement n°1283/Civ. D3 du 17 Mai 2006, inédit

sommes réclamées mais non revêtue de la formule exécutoire, le créancier a entrepris une saisie attribution au préjudice du débiteur qui a aussitôt saisi le juge des référés (entendez ici le juge de l'exécution) en nullité de ladite saisie fondée sur l'absence de titre exécutoire au sens de l'article 33 de l'AUPSRVE. Le juge des référés a validé la saisie avant de voir sa décision infirmée par la Cour d'appel qui a estimé que la saisie critiquée n'était pas fondée sur un titre exécutoire au sens de l'article 33 susvisé.

C'est l'arrêt de cette Cour d'appel que la Haute juridiction communautaire vient de casser, en précisant « ... *mais attendu que l'application de cet article (art. 14) suppose que la juridiction compétente ait été mise en situation de statuer sur le fond du litige alors qu'en l'espèce aussi bien l'opposition à l'ordonnance d'injonction de payer que l'appel contre le jugement ont été faits hors délai et ont été déclarées irrecevables par des décisions devenues définitives qui seraient un obstacle à toute reprise de la procédure en raison du principe de la chose jugée ; que l'absence de l'opposition à l'injonction de payer comme le fait pour les juges de n'avoir pas statué sur le fond de la contestation pour cause de forclusion des opposants, alors même qu'aucune faute ne peut être reprochée au créancier poursuivant, justifie l'opposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance d'injonction de payer ou sur le jugement qui vaut dès lors titre exécutoire ; qu'en se fondant sur l'article 14 de l'Acte Uniforme pour en déduire*

*que la saisie a été pratiquée sans titre exécutoire au sens de l'article 33 de l'Acte Uniforme, la décision dont est pourvoi a fait une mauvaise interprétation de la loi ; qu'il y a en conséquence lieu de casser l'arrêt attaqué et d'évoquer le fond (...)* **attendu qu'en effet, faute d'opposition à l'ordonnance d'injonction de payer ou en cas de jugement ou arrêt n'ayant pas examiné le fond en raison de la tardiveté de l'opposition ou de l'appel, l'ordonnance d'injonction de payer accompagnée de la décision irrévocable du Tribunal ou de la Cour d'Appel vaut bien titre exécutoire justifiant la procédure d'exécution entreprise...**»

Cette position de la Cour intervient à juste titre, dans la mesure où dans le cas ci-dessus exposé, l'ordonnance d'injonction de payer devenue irrévocable ne pouvait pas être mise à exécution, le Greffier se refusant d'y apposer la formule exécutoire en invoquant l'article 14, d'une part, l'arrêt de la Cour d'appel bien que revêtant la formule exécutoire ne contenant aucune condamnation chiffrée, d'autre part. Or, l'article 33.1 de l'AUPSRVE susvisé précise que constituent des titres exécutoires « *les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute* ». Cette interprétation stricte des dispositions combinées des articles 14 et 33 de l'AUPSRVE par

la Cour d'Appel a manqué de déboucher sur une sorte de déni de justice, voire une impasse, les deux décisions étant désormais irrévocables, mais inexécutables.

En somme, s'il est vrai que la décision de la Haute Juridiction permettra au créancier de rentrer dans ses droits, il est également vrai que le problème reste entier à notre sens, la décision de la Cour ne pouvant pas se substituer à l'ordonnance d'injonction de payer initiale. En réalité, le créancier ici est obligé de mettre à exécution, simultanément, deux décisions de justice, alors que le législateur a pris le soin d'indiquer qu'en définitive, une seule décision sera rendue, se substituant à l'ordonnance d'injonction de payer dont opposition. Nous pensons dès lors qu'il est important de demeurer dans la lettre et l'esprit de l'article 14 et de dire qu'il revient aux juges statuant sur l'opposition d'assortir leurs décisions de condamnation chiffrée, s'il y a lieu, quand bien même le litige n'aura pas été examiné au fond, le montant de l'ordonnance attaquée étant consolidé soit par le débouté, soit par l'irrecevabilité de l'opposition. Il ne pourrait d'ailleurs en être autrement, l'indication de l'article 14 nous paraissant péremptoire. On peut affirmer que rendues suivant ce canevas, les décisions sur opposition pourront être mises à exécution, seules, sans gymnastique aucune.

# AMELIORATION DU CLIMAT DES AFFAIRES AU MALI :

## Que propose le nouveau Code des Investissements ?



**Bérenger MEUKE**  
Dr en Droit des Affaires  
Avocat

L'investissement est devenu le facteur par excellence de la croissance économique et du développement des pays en voie de développement.

Or, selon la CNUCED, le total des investissements étrangers en Afrique en 2011 serait en recul pour la troisième année consécutive alors que dans le même temps l'Afrique subsaharienne aurait enregistré une augmentation des investissements étrangers en 2011 de 25 %.

Cette reprise qui est à imputer en partie à l'Afrique de l'Ouest, traduit de ce que les fondamentaux pour attirer les investisseurs ont évolué pour prendre désormais en compte non seulement le redressement des politiques économiques mais aussi et surtout l'environnement législatif, réglementaire et même social

Même si la crise que connaît actuellement le Mali ne sera pas sans conséquences sur les investissements pour l'année 2012 et celles à venir, l'Etat du Mali veut rassurer les investisseurs privés, promouvoir le secteur privé, le tout pour accroître les investissements.

En vigueur depuis 1991 (Loi N° 91-048/AN-RM du 26 février 1991), les textes relatifs à l'investissement au Mali ont montré à plusieurs reprises des carences significatives et lacunes importantes dans leurs applications.

Le constat est qu'évoluant dans un contexte de crise économique, la performance du secteur privé malien a été de manière générale insuffisante et celle de l'industrie particulièrement insatisfaisante, peu compétitive, sous capitalisée et soumise à bien des égards à un processus à long terme de désinvestissement.

Il était alors venu le moment de relire entièrement le Code des investissements du Mali qui, même s'il restait largement désuète avait tout de même fait l'objet de modifications en 2005 (Loi N° 05-050 du 19 août 2005).

L'Etat du Mali, vient donc d'adopter un tout nouveau Code des Investissements institué par la Loi N°2012-016 du 27 février 2012 et le Décret N°2012-475/P-RM du 20 août 2012.

Le Gouvernement malien a voulu mettre en place une stratégie économique à l'investissement suffisamment alléchante.

Cette stratégie économique devrait constituer un outil capable d'orienter les investisseurs vers les secteurs prioritaires, en conformité avec le programme de développement du Mali.

### Mais alors, que propose ce nouveau Code aux investisseurs ?

#### I- OBJECTIFS



La loi instituant le nouveau Code et qui comporte 36 articles, a plusieurs objectifs découlant de la philosophie qui la soutend et qui repose sur une politique nouvelle et incitative à l'investissement en même temps qu'elle concrétise une politique orientative et sélective des investissements.

Parmi les objectifs à atteindre par le Gouvernement du Mali, on peut citer :

L'amélioration des incitations à l'investissement, grâce à une meilleure mobilisation de l'épargne nationale et à l'attraction des capitaux étrangers,

La prise en compte du volet social, par la création d'emplois et la formation des cadres pour avoir une main d'œuvre qualifiée,

La valorisation et la promotion des matières premières locales, par l'exportation

Le transfert des technologies avancées  
La création d'infrastructures industrielles et agro-sylvo-pastorales,  
La promotion et l'utilisation des technologies locales, y compris la recherche-développement,

La création d'entreprise nouvelle,

La reprise pour réhabilitation d'entreprise par de nouveaux investisseurs.

## II- CHAMP D'APPLICATION

Le nouveau Code des Investissements du Mali s'applique aux entreprises justifiant un taux de valeur ajoutée directe minimum, laquelle est l'élément fondamental pour l'appréciation des projets.

Par ailleurs, le législateur a expressément exclu du champ d'application du nouveau Code, les activités de négoce définies comme des activités de revente en l'état des produits achetés à l'extérieur de l'entreprise. Il en est de même des activités bancaires et financiers et des activités de télécommunication.

Les entreprises qui entrent dans le champ d'application du nouveau Code sont classés suivant quatre régimes :

le Régime A : entreprises dont l'investissement est égal ou supérieur à Francs CFA 12.500.000 et inférieur ou égal à Francs CFA 250.000.000 HT et hors besoin en fonds de roulement,

le Régime B : entreprises dont l'investissement est supérieur à Francs CFA 250.000.000 et inférieur à Francs CFA

1 Milliard HT et hors besoin en fonds de roulement,

le Régime C : entreprises dont l'investissement est égal ou supérieur à Francs CFA 1 Milliard HT et hors besoin en fonds de roulement,

le Régime D : entreprises dont l'investissement est strictement supérieur à Francs CFA 12.500.000 HT et hors besoin en fonds de roulement, la production destinée à l'exportation étant égale ou supérieure à 80%.

## III- GARANTIES, DROITS ET LIBERTES DE L'ENTREPRISE



Le nouveau Code des investissements apporte en terme de droits et de liberté, plusieurs garanties parmi lesquelles on peut citer :

l'égalité de traitement entre les personnes physiques et les personnes morales s'agissant des conditions d'éligibilité. Les investisseurs étrangers recevront le même traitement que celui des investisseurs de nationalité malienne et pourront détenir jusqu'à 100% du capital social de la société qu'ils envisagent de créer, sous réserve des dispositions applicables aux secteurs d'activités faisant l'objet de régle-

mentation spécifique, la protection des droits de propriété. L'investisseur est désormais garanti contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition de son entreprise, sauf pour cause d'utilité publique et dans ce cas, il bénéficiera d'une indemnisation,

la liberté d'accès aux matières premières brutes ou sémi-transformées, produite sur toute l'étendue du territoire malien,

l'accès des investisseurs étrangers à la propriété foncière,

la liberté pour les entreprises d'acquérir les biens, droits et concessions de toute nature, nécessaires à leurs activités (biens fonciers, immobiliers, commerciaux ou forestiers), de jouir des droits et biens acquis au Mali, de faire partie de toute organisation professionnelle de leur choix, de choisir leurs modes de gestion (technique, industrielle, commerciale, juridique, sociale et financière), de choisir leurs fournisseurs et partenaires, de participer aux appels d'offres de marchés publics, de choisir librement sa politique de gestion des ressources humaines,

la liberté de transférer librement à l'étranger et sans autorisation préalable tous paiements afférents aux opérations courantes. Les transactions en capital et opérations financières (cessions d'actions, de parts sociales, de fonds de commerce ou d'actifs, de parts de boni de liquidation, d'indemnités d'expropriation) étant libres mais soumises à déclaration auprès du Ministère chargé des Finances,

la liberté de recrutement et de licenciement des salariés expatriés.

**IV- REGIME FISCAL ET DOUANIER PRIVILEGES**

**IV-1) AVANTAGES DU REGIME « A »**

Dans le cadre de ce régime, les entreprises qui sont au régime réel d'imposition bénéficient automatiquement d'avantages en cas de création d'activité nouvelle, d'extension d'activité de restructuration ou de mise à niveau.

**En cas de création d'activité nouvelle ces entreprises bénéficient des avantages suivants :**

Exonération, pendant la durée de la réalisation (phase d'investissement) du programme agréé fixée à trois (3) ans, des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé.

Les pièces de rechange sont admises en franchise des droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10% de la valeur d'acquisition des biens d'équipement.

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à trois (3) ans, de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) facturée par les fournisseurs locaux de biens, services et travaux nécessaires à la réalisation du programme agréé.

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à trois (3) ans, de la retenue IBIC (Impôt sur les Bénéfices Industriels et Commerciaux) et de la retenue TVA (Taxe sur la Valeur Ajoutée) sur toutes prestations d'assistance technique et de consultance.

Réduction du taux de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC - IS) à 25%

sur sept (7) ans non renouvelables.

Exonération de l'impôt minimum forfaitaire pour tout exercice déficitaire pendant les cinq (5) premières années d'exploitation.

**En cas d'extension d'activité ou de restructuration et de mise à niveau, ces entreprises bénéficient des avantages suivants :**

Exonération, pendant la durée de la réalisation (phase d'investissement) des entreprises agréées fixée à deux (2) ans, des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé.

Les pièces de rechange sont admises en franchise des droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10% de la valeur d'acquisition des biens d'équipement.

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à deux (2) ans, de la taxe sur la valeur ajoutée facturée par les fournisseurs locaux de biens, services et travaux nécessaires à la réalisation du programme agréé;

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à deux (2) ans, de la retenue IBIC et de la retenue TVA sur toutes prestations d'assistance technique et de consultance.

**IV-2) AVANTAGES DU REGIME « B »**

Dans le cadre de ce régime, les entreprises bénéficient également et automatiquement d'avantages en cas de création d'activité nouvelle, d'extension d'activité de restructuration ou de mise à niveau.

**En cas de création d'activité nouvelle ces entreprises bénéficient des avantages suivants :**

Exonération, pendant la durée de la réalisation (phase d'investissement) des entreprises agréées fixée à trois (3) ans, des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé.

Les pièces de rechange sont admises en franchise des droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10% de la valeur d'acquisition des biens d'équipement.

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à trois (3) ans, de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) facturée par les fournisseurs locaux de biens, services et travaux nécessaires à la réalisation du programme agréé.

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à trois (3) ans, de la retenue IBIC et de la retenue TVA sur toutes prestations d'assistance technique et de consultance .

Réduction du taux de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC - IS) à 25% sur dix (10) ans non renouvelables.

Exonération de l'impôt minimum forfaitaire pour tout exercice déficitaire pendant les huit (8) premières années d'exploitation.

**En cas d'extension d'activité ou de restructuration et de mise à niveau, ces entreprises bénéficient des avantages suivants :**

Exonération, pendant la durée de la réalisation (phase d'investissement) des entreprises agréées fixée à deux (2) ans, des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé.

Les pièces de rechange sont admises en franchise des droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10% de la valeur d'acquisition des biens d'équipement.

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à deux (2) ans, de la taxe sur la valeur ajoutée facturée par les fournisseurs locaux de biens, services et travaux nécessaires à la réalisation du programme agréé.

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à deux (2) ans, de la retenue IBIC et de la retenue TVA sur toutes prestations d'assistance technique et de consultation.

#### **IV-3) AVANTAGES DU REGIME « C »**

Dans le cadre de ce régime, les entreprises bénéficient également et automatiquement d'avantages en cas de création d'activité nouvelle, d'extension d'activité de restructuration ou de mise à niveau.

**En cas de création d'activité nouvelle ces entreprises bénéficient des avantages suivants :**



Exonération, pendant la durée de la réalisation (phase d'investissement) des entreprises agréées fixée à trois (3) ans, des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé.

Les pièces de rechange sont admises en franchise des droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10% de la valeur d'acquisition des biens d'équipement. Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à trois (3) ans, de la taxe sur la valeur ajoutée facturée par les fournisseurs locaux de biens, services et travaux nécessaires à la réalisation du programme agréé.

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à trois (3) ans, de la retenue IBIC et de la retenue TVA sur toutes prestations d'assistance technique et de consultation.

Réduction du taux de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC - IS) à 25% sur quinze (15) ans non renouvelables.

Exonération de l'impôt minimum forfaitaire pour tout exercice déficitaire pendant les dix (10) premières années d'exploitation.

**En cas d'extension d'activité ou de restructuration et de mise à niveau, ces entreprises bénéficient des avantages suivants :**

Exonération, pendant la durée de la réalisation (phase d'investissement) des entreprises agréées fixée à deux (2) ans, des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et

leurs pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé.

Les pièces de rechange sont admises en franchise des droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10% de la valeur d'acquisition des biens d'équipement.

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à deux (2) ans, de la taxe sur la valeur ajoutée facturée par les fournisseurs locaux de biens, services et travaux nécessaires à la réalisation du programme agréé.

Exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à deux (2) ans, de la retenue IBIC et de la retenue TVA sur toutes prestations d'assistance technique et de consultation.

#### **IV-4) AVANTAGES DU REGIME « D »**

La production de entreprises agréées à ce régime est destinée à être écoulée à l'étranger ou celles réalisant des prestations de services au Mali en vue de leur utilisation à l'étranger.

Cependant, si elles le désirent, ces entreprises peuvent écouler sur le marché local jusqu'à 20% de leur production qui sont passibles des droits et taxes auxquels sont assujettis les produits similaires importés.

Dans le cadre de ce régime, les entreprises bénéficient d'avantages au titre de la fiscalité de porte et de la fiscalité intérieure.

**Au titre de la fiscalité de porte,** ces entreprises sont exonérées totalement, pendant une durée de trente (30) ans, de tous droits et taxes sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange. Les pièces de rechange étant admises en franchise des

droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10% de la valeur d'acquisition des biens d'équipement.

**Au titre de la fiscalité intérieure,** ces entreprises sont exonérées totalement pendant une durée de trente (30) ans, de tous impôts, droits et taxes liés à l'activité de production et de commercialisation, à l'exception de :

- la TVA sur les ventes effectuées sur le marché national;
- la taxe sur les véhicules automobiles (vignettes) ;
- l'impôt sur les traitements et salaires (ITS) y compris ceux du personnel expatrié;
- la contribution forfaitaire à la charge des employeurs (CFE) ;
- la taxe - logement (TL);
- la taxe - emploi jeune (TEJ) ;
- la taxe de formation professionnelle (TFP) ;
- les cotisations sociales.

#### **IV-5) AVANTAGES DES ZONES ECONOMIQUES SPECIALES**

Même si le nouveau Code tout comme son prédécesseur instaure un régime fiscal et douanier privilégié, l'on peut tout de même retenir entre autre comme nouveauté, les avantages désormais accordés dans le cadre de la solidarité nationale aux **ZONES ECONOMIQUES SPECIALES** que sont les localités du Mali les plus défavorisées sur le plan géographique, climatique et économique.

Toute entreprise qui s'installe dans une zone économique spéciale du Mali ne peut bénéficier des avantages suivants que si le siège fiscal y est établi et que les activités y soient essentiellement exercées.

A ce titre, elle bénéficie, pendant dix (10) ans des avantages au titre de la fiscalité de porte et de la fiscalité intérieure.

**Au titre de la fiscalité de porte,** ces entreprises sont exonérées : des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé,

de la taxe sur la valeur ajoutée exigible à l'entrée sur les matériels y compris le matériel de transport, machines, outillages et pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé.

**Au titre de la fiscalité intérieure,** ces entreprises sont exonérées :

de la taxe sur la valeur ajoutée facturée par les fournisseurs locaux de biens, services et travaux nécessaires à la réalisation du programme agréé,

pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à trois (3) ans, de la retenue IBIC et de la retenue TVA sur toutes prestations d'assistance technique et de consultance, des impôts, droits et taxes énumérés ci-après:

- impôts sur les bénéfiques industriels et commerciaux et impôts sur les sociétés ;
- contribution des patentes professionnelles;
- impôt sur les traitements et salaires (ITS) ;
- contribution forfaitaire à la charge des employeurs (CFE) ;
- taxe Logement (TL) ;
- taxe Emploi jeune (TEJ) ;
- taxe de formation professionnelle (TFP) ;
- taxe sur les Activités Financières (TAF) due sur les intérêts servis aux prêts accordés par les institutions bancaires et financières dans le cadre du financement d'une activité économique exercée dans une zone économique spéciale indépendamment du statut juridique du promoteur.

#### **IV-6) AUTRES AVANTAGES**

**Pour les entreprises valorisant les matières premières locales,** en plus des avantages prévus aux Régimes A,B et C, le nouveau Code prévoit s'agissant des entreprises utilisant au moins 60% des matières premières locales, la réduction du taux de l'impôt sur les bénéfiques industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC - IS) à 25% sur trois (3) ans supplémentaires.

**Pour les entreprises utilisant l'invention ou l'innovation technologique,** en plus des avantages prévus aux Régimes A,B et C, le nouveau Code prévoit la réduction du taux de l'impôt sur les bénéfiques industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC - IS) à 25% sur deux (2) ans supplémentaires.

**Pour les entreprises implantées dans les zones industrielles,** le texte prévoit la réduction du taux de l'impôt sur les bénéfiques industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC - IS) à 25% sur un (1) an supplémentaire.

**Pour les entreprises exportant plus de 50% et moins de 80% de leur production,** le nouveau Code prévoit la réduction du taux de l'impôt sur les bénéfiques industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC - IS) à 25% sur deux (2) ans supplémentaires.

#### **V- PROCEDURES D'OCTROI DE L'AGREMENT**

Le Décret N° 2012-475/ P-RM du 20 août 2012 fixant les modalités d'application de la Loi N° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des Investissements détermine la procédure d'agrément aux divers régimes prévus par la loi.

## **Procédure d'agrément aux Régimes A, B, C ou aux Zones Economiques Spéciales :**

Les dossiers de demande d'agrément au Code des Investissements sont déposés au Guichet unique de création d'entreprises, auprès de l'Agence pour la Promotion des Investissements au Mali (API-MALI),

Les promoteurs dont les dossiers de demande d'agrément au Code des Investissements sont jugés conformes reçoivent un récépissé au moment du dépôt auprès du Guichet Unique,

Le dossier de demande d'agrément est instruit par le Guichet Unique et transmis au Comité d'agrément pour avis sous huitaine,

Le Comité d'agrément délibère à la majorité absolue,

L'agrément est accordé par arrêté du Ministre chargé de la Promotion des Investissements dans un délai de vingt (20) jours ouvrables à compter de la date de réception du dossier,

Si au terme de ce délai, aucune réponse n'est donnée, l'agrément est réputé accordé. Dans ce cas, le récépissé de dépôt de la demande fait foi et tient lieu d'agrément. L'autorité compétente est alors tenue de délivrer l'agrément.

Le refus d'octroi de l'agrément ne peut être prononcé que pour non conformité du projet d'investissement avec une des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur.

L'arrêté d'agrément énumère les avantages accordés au promoteur, les activités pour lesquelles l'entreprise est agréée et fixe les obligations qui incombent au promoteur.

## **Procédure d'agrément au régime des entreprises tournées essentiellement vers l'exportation :**

Après instruction, le dossier d'agrément au Régime D est examiné par une commission dont le Secrétariat est assuré par le Guichet unique de création d'entreprises,

Le délai d'agrément au Régime D est

fixé à vingt (20) jours ouvrables à partir de la date de dépôt du dossier,

L'agrément de l'entreprise au Régime D est accordé par Arrêté du Ministre chargé de la Promotion des Investissements,

L'arrêté d'agrément énumère les avantages accordés au promoteur, les activités pour lesquelles l'entreprise est agréée et fixe les obligations qui incombent au promoteur,

L'arrêté d'agrément et la liste du matériel exonéré tiennent lieu de lettre d'exonération. Ils sont joints à la demande de mise en œuvre des avantages accordés auprès des Directeurs des Douanes et des Impôts,

Si au terme du délai de vingt jours, aucune réponse n'est donnée, l'agrément est réputé accordé. Dans ce cas, le récépissé de dépôt de la demande fait foi et tient lieu d'agrément. L'autorité compétente est alors tenue de délivrer l'agrément,

L'entreprise tournée essentiellement vers l'exportation est enregistrée auprès de l'Agence pour la Promotion des Investissements au Mali (API-MALI).

## **VI- LE RETRAIT DE L'AGREMENT**

Le manquement par l'investisseur à tout ou partie des obligations qui lui incombent, peut entraîner le retrait de l'agrément. Ce retrait peut être précédé d'un délai de grâce, de quatre Vingt dix (90) jours au maximum, au cours duquel l'investisseur est invité à régulariser sa situation.

Le retrait de l'agrément, une fois prononcé, rend immédiatement exigible le paiement des droits de douanes, des impôts, taxes et pénalités auxquels l'investisseur avait été soustrait, du fait de l'agrément, sans préjudice d'éventuelles poursuites judiciaires et sanctions encourues.

L'autorité chargée d'octroyer l'agrément prévu au présent Code met l'entreprise en demeure de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à

la situation créée par sa défaillance.

A défaut d'effet suffisant dans un délai de quatre vingt dix (90) jours à compter de la date d'envoi de la mise en demeure, l'autorité compétente décide, après avoir fait procéder à une enquête dont les résultats sont communiqués à l'entreprise du retrait total ou partiel de l'agrément.

La décision de retrait est prise par arrêté de l'autorité chargée d'octroyer l'agrément qui fixe la date de prise d'effet du retrait.

**En définitive** - Les avantages accordés par le nouveau Code des Investissements incluent également des mesures incitatives en matière de développement de l'emploi, en faveur du développement de certaines régions du pays, en faveur de certains secteurs comme ceux valorisant les matières locales et ceux reposant sur l'utilisation d'invention ou d'innovations technologiques.

Le texte apporte des éléments nouveaux relatifs aux garanties des investissements au titre desquels l'on peut noter les dispositions relatives aux règlements des différends avec la phase préalable de règlement amiable et le recours à l'arbitrage (compromis, arbitrage CIRDI, arbitrage OHADA, convention portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements).

Le nouveau Code établit également le principe de liberté de gestion et de libre circulation des capitaux pour les investisseurs étrangers, le respect de la propriété privée et la protection des investisseurs contre les mesures d'expropriation.

Ce nouveau Code devrait favoriser les investissements dans des domaines jugés prioritaires par le Gouvernement du Mali en vue de lui permettre d'atteindre ses objectifs en terme de développement.

# JURIFIS INFO SE LAISSE CONTER

Joseph Issa SAYEGH,

Agrégé des Facultés de Droit Professeur aux Universités de Nice et d'Abidjan

Chers Maîtres, chers amis, Je suis heureux de vous savoir attelés avec persévérance, malgré le poids de vos activités professionnelles, à la rédaction de votre revue JURIFIS dont la richesse d'informations et d'analyses doctrinales et pratiques sur le droit Ohada, les autres droits uniformes et les systèmes juridiques nationaux africains qui vous touchent est fort appréciée, à commencer par le site Ohada.com et ses milliers d'utilisateurs.

Mon expérience me persuade que la formule numérique que vous avez choisie pour diffuser votre revue assure sa vitalité, sa pérennité et sa disponibilité partout et pour tous, surtout si on la compare avec celles qui sont nées dans d'autres pays africains qui ont le même objet que vous et tentent péniblement de survivre dans la formule traditionnelle du support papier sans être assurées de continuité, faute de subsides.

Je me demande si la formule numérique que vous avez choisie ne permettrait pas de fédérer toutes les autres revues qui, sans se concurrencer, pourraient au contraire, en convergeant vers la vôtre, abonder avec constance et substance, un fonds appréciable d'informations, d'analyses et de conseils et toucher le plus grand public de professionnels du droit et de la justice. Je me permets de vous suggérer d'y penser et d'en lancer l'idée, votre hardiesse et votre obstination vous y autorisent.

En vous renouvelant mes remerciements et mes encouragements, je vous adresse mon plus amical salut.

**Professeur Joseph ISSA SAYEGH**



**Me Aimée Christophe LABILE,**  
Avocat (Conakry/Guinée)

Je commence d'abord par vous dire grand merci d'avoir pensé à ma modeste personne pour pouvoir donner un jugement de valeur à la Revue JURIFIS INFO.

Je dois vous dire que j'ai connu la Revue en 2010 à la marge de la rentrée solennelle du Barreau du Mali. A cette occasion, Maître Mamadou I KONATE que j'ai connu à Fès au Maroc au

Congrès annuel de l'Union Internationale des Avocats en 2005, m'a fait l'honneur de me remettre une copie de la Revue version bouquin. Depuis cette date, je reçois régulièrement la version électronique de la Revue.

Ceux qui ont pensé, conçu et réalisé cet outil, sont non seulement à féliciter et à remercier mais surtout à encourager pour leur ingéniosité.

En ce qui concerne le contenu de la Revue, je le trouve excellent. Le choix des thèmes traités judiciaires et précis.

Je voudrais cependant, si cela vous agréé bien entendu, que vous ajoutiez une rubrique intitulée "JURISPRUDENCE" dans laquelle seront publiées et commentées les décisions des juri-

dictions des pays de l'espace OHADA et celles de la CCJA. Il serait aussi loisible d'insérer une autre rubrique intitulée "POINTS DE VUE DES ACTEURS" dans laquelle la parole sera donnée aux acteurs de la vie judiciaire (Magistrats, Avocats, Huissiers de justice, Notaires ...) de donner leur vision sur des questions précises et concises.

Ceci dit, le support et la forme sont fort appréciables. Il ne reste plus qu'à souhaiter longue vie à la Revue JURIFIS INFO ainsi qu'à tous ceux qui l'anime pour le bien de nous, ses nombreux lecteurs.

**Maître KONE Aimé Christophe**  
**Labilé**

*Membre du Conseil de l'Ordre  
Président de l'Association des Jeunes  
Avocats de Guinée*



– [www.jurifis.com](http://www.jurifis.com) –