

Jurifis Info



La Revue d'information Juridique du Cabinet d'Avocats JURIFIS CONSULT
Actualité Juridique, Economique, Fiscale et Sociale des Activités Economiques d'Afrique

1^{er} numéro – janvier/février 2009

SOMMAIRE

ACTUALITES

Le nouveau cadre juridique des marchés publics au Mali (P 2)

ETUDES

Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la CCJA dans le cadre du traité de l'OHADA (P6)

De l'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA (P16)

CHRONIQUES

De la suspension des poursuites individuelles dans la procédure de règlement préventif de l'OHADA : le sort de la caution
(Notes à propos de l'Ordonnance N° 135/08 du 06 mars 2008 portant suspension des poursuites individuelles, rendu par le Président du Tribunal de Commerce de Bamako) (P24)

Note sous l'arrêt de la Cour d'Appel d'Abidjan, Chambre Civile et Commerciale, rendu sous le numéro 383 en date du 1^{er} avril 2005, dans une affaire : Société D.L.H NORDISKK c/ Société HAIDAR BOIS EXOTIQUE dite H.B.E (P26)

INFORMATIONS PRATIQUES

La clause de mobilité et le contrat de travail (P31)

Quelques informations pratiques sur les assemblées générales d'actionnaires dans l'espace OHADA (P31)

Le droit de rétention en tant que sûreté : fiction ou réalité (P34)

LU POUR VOUS

La banque qui laisse fonctionner pendant plus de 3 mois un compte au solde débiteur sans réagir se trouve déchu du droit aux intérêts (P35)

Limite à l'indemnisation due en raison de la faute commise dans l'exercice du droit de rupture des pourparlers

Des expositions temporaires mais intermittentes ne constituent pas un accroissement d'activité permettant d'avoir recours à des CDD

L'externalisation des tâches constitue une suppression de poste justifiant un licenciement économique

Accomplit une activité par essence commerciale l'architecte qui effectue des prestations de services moyennant paiement d'honoraires

Dans ce premier numéro, la Revue Jurifis Info revient sur le nouveau cadre juridique des marchés publics au Mali. En tant qu'Etat membre de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), le Mali vient de suivre et d'adopter le Programme Régional des Marchés Publics (PRMP) mis en place par l'instance communautaire, visant à instaurer dans le domaine spécifique de la passation des Marchés Publics, des pratiques de bonne gouvernance économique qui doivent désormais permettre aux systèmes nationaux de passation des marchés publics, d'atteindre l'efficience dans un cadre ouvert, concurrentiel et transparent.

Le PRMP est un outil qui sert à l'harmonisation des systèmes nationaux de passation des marchés dans les Etats membres de l'UEMOA. Pour ce faire, en décembre 2005 l'UEMOA a adopté deux Directives qui devaient s'incorporer directement aux législations des Etats membres de l'espace UEMOA. Les Etats disposaient d'une période de deux années à compter du 1^{er} janvier 2006 pour s'y conformer.

Prenant à son compte ces nouvelles orientations, le Gouvernement de la République du Mali vient de transposer dans son droit interne, les prescriptions de ces Directives, du moins, quelques unes, pour se conformer à ce dispositif légal et bâtir par la même occasion un nouveau système de passation des Marchés Publics étendu à la délégation de services publics.

Le nouveau cadre juridique comporte une série de lois tendant à renforcer aussi bien le cadre juridique matériel qu'institutionnel.

Pour tout renseignement ou pour recevoir la Revue Jurifis Info par e-mail, écrivez à jurifisinfo@jurifis.com
Consultez La Revue en ligne : www.jurifis.com

Quartier Hamdallaye, ACI 2000, face Nouvelle Ambassade des USA - BP E 1326 Bamako/Mali
Tél : (+223)20.23.40.24/20.23.53.96/20.22.53.97 - Fax (+223) 20.22.40.22

En tant qu'Etat membre de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), le Mali vient de suivre et d'adopter le Programme Régional des Marchés Publics (PRMP) mis en place par l'instance communautaire, visant à instaurer dans le domaine spécifique de la passation des Marchés Publics, des pratiques de bonne gouvernance économique qui doivent désormais permettre aux systèmes nationaux de passation des marchés publics, d'atteindre l'efficience dans un cadre ouvert, concurrentiel et transparent.

Le PRMP est un outil qui sert à l'harmonisation des systèmes nationaux de passation des marchés dans les Etats membres de l'UEMOA. Pour ce faire, en décembre 2005 l'UEMOA a adopté deux Directives qui devaient s'incorporer directement aux législations des Etats membres de l'espace UEMOA. Les Etats disposaient d'une période de deux années à compter du 1^{er} janvier 2006 pour s'y conformer.

Il s'agit de :

- la Directive N°04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public et ;
- la Directive N° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA.

Ces deux directives s'inspirent elles mêmes des standards internationaux établis en matière de passation des Marchés Publics, notamment, la loi type CNUDCI de passation des marchés, l'Accord sur les Marchés Publics de l'OMC ainsi que celles, de la Banque mondiale et de la Banque Africaine de Développement.

Les dispositions contenues dans ces Directives comprennent notamment de nouvelles procédures de passation des marchés, un recours possible avant attribution devant une institution indépendante, la possibilité de disqualifier les offres anormalement basses. Elles prévoient l'attribution des contrats de délégation de services publics par appel à la concurrence.

Prenant à son compte ces nouvelles orientations, le Gouvernement de la République du Mali vient de transposer dans son droit interne, les prescriptions de ces Directives, du moins, quelques unes, pour se conformer à ce dispositif légal et bâtir par la même occasion un nouveau système de passation des Marchés Publics étendu à la délégation de services publics.

Le nouveau cadre juridique comporte une série de lois tendant à renforcer aussi bien le cadre juridique matériel qu'institutionnel.

I- Le Cadre Juridique Matériel

Le Code des Marchés Publics jusque là en vigueur au Mali est vieux de quatorze ans au moins¹. Il apparaît en pratique inadapté et à bien des égards moins à même de répondre aux besoins du moment et aux exigences et nouvelles orientations fixées par l'UEMOA dans cette matière. Les nombreuses lacunes et fraudes qui ont été constatées ont rendu utiles et nécessaires les réformes ainsi mise en œuvre.

Au niveau du Code des Marchés Publics, le nouveau décret portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des Marchés Publics et des délégations de Service Public apporte d'importantes innovations parmi lesquelles :

- l'élargissement du champ d'application du Code avec la prise en compte des contrats de délégation de service public ;
- le relèvement du seuil de passation des marchés de l'Etat ;
- l'obligation pour les services d'élaborer et de publier des plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics (article 28-2)
- la définition de la notion de «fractionnement» (article 28-3) ;
- l'abandon de l'adjudication comme mode de passation des marchés,
- l'interdiction de recourir, sauf exception, à des modes de passation des marchés autres que l'appel d'offres ouvert avec obligation pour l'autorité contractante de fournir le dossier d'appel d'offres à tous ceux qui en font la demande (articles 32-2 et 42-2) ;
- la limitation du recours à l'appel d'offres restreint et la restriction des conditions de passation des marchés par entente directe (article 49);
- le délai minimum de réception des offres est porté de 15 à 30 jours (article 57) ;
- l'extension de certains privilèges accordés aux nationaux aux autres soumissionnaires des pays membres de l'UEMOA tel que le droit de préférence nationale (article 67) ;
- l'obligation de publier les résultats de l'appel d'offres ou de communiquer à tout candidat les raisons de son élimination (article 70);
- les attributions des marchés seront publiées dans le journal officiel ;

¹ Jusque là les règles régissant les marchés étaient contenues dans les textes portant création, organisation et modalités de fonctionnement de la Direction Générale des Marchés Publics qui ont été pris en 1990 et le décret du 10 novembre 1995 portant Code des Marchés Publics. Ces textes principaux ont été complétés par divers autres actes éparés.

- la création d'un journal des marchés publics dans lequel les avis vont désormais être publiés pendant un mois ;
- la dérogation à l'interdiction de mettre dans un marché une clause de paiement par annuité est désormais donnée par arrêté du ministre chargé des finances et non plus par décret (article 99-5) ;
- la mise en place d'un mécanisme de passation des marchés avec l'institution d'un audit périodique de la passation et de l'exécution des marchés (article 109) ;
- la possibilité donnée aux soumissionnaires lésés de former un recours, au moment de l'attribution du marché, devant un organe indépendant (articles 111 et 112).

D'autres innovations d'ordre matériel doivent également être signalées. C'est ainsi qu'il convient de relever le relèvement du seuil de passation des marchés publics de l'Etat qui passe de :

- de 10 millions à 25 millions pour les marchés de travaux, de fournitures et de services courants ;
- à 15 millions pour les prestations intellectuelles ;
- pour les marchés des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), des sociétés d'Etat et des sociétés à participation financière majoritaire de l'Etat, le seuil est fixé à 100 millions pour les marchés de travaux et de fournitures et à 60 millions pour les marchés de prestation intellectuelle (article 9).

II- Le Cadre Institutionnel des Marchés Publics

La principale innovation réside dans la création d'une Autorité indépendante, mais au-delà, deux séries de lois sont à prendre en considération.

- La première, sous le n°08-022 du 23 juillet 2008 portant création de la Direction Générale des marchés publics, désormais élargie aux délégations de service public ;
- La seconde sous le n° 08-023 du 23 juillet 2008 crée l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et des Délégations des Services Public

Des Décrets d'application viennent préciser les modalités pratiques de mise en œuvre de ces lois en même temps qu'ils précisent et définissent les procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public.

1. La Direction Générale des Marchés Publics devient la Direction Générale des Marchés Publics et des Délégations de Service Public. Cette structure prend en charge outre les missions classiques qui lui étaient dévolues, celles :

- d'élaborer la réglementation des marchés publics et des délégations de service public et de veiller à son application ;
- d'assurer le suivi et le contrôle de la passation et de l'exécution des marchés publics et des délégations de service public.

La DGMPDSP compte trois sous directions dont :

- la sous direction législation et contrôle des services chargés entre autre de l'audit des procédures de travail ;
- la sous direction Etudes et suivi entre autre chargée de participer aux côtés des maîtres d'ouvrage à la réception des travaux commandes, des biens et des services.
- la sous direction Marchés et Conventions de délégation de service public assure le contrôle des procédures de passation et d'exécution des marchés de travaux, des fournitures et de service courant de montant (supérieur à F.CFA 250.000.000) et (supérieur à F.CFA 75.000.000 pour les prestations intellectuelles). Cette sous direction contrôle également des procédures d'octroi des conventions de délégation de service public autres que celles conclues par les collectivités locales.

La DGMPDSP dispose de représentations au niveau régional à travers des Directions Régionales et du District de Bamako.

Enfin, la DGMPDSP est dirigé par un directeur général nommé par décret pris du conseil des ministres. Le directeur général agit sous l'autorité du Ministre chargé des Finances.

2- Il est crée une nouvelle structure dite « Autorité de Régulation des Marchés Publics et des Délégations de Service Public »².

Cette structure dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière agit cependant sous l'autorité du Premier Ministre, du coup, se pose la question de l'indépendance de cette structure.

² Il est important de souligner que la création d'une Autorité Indépendante dédiée à la surveillance des pratiques du Marché Public est une exigence des Directives UEMOA. A cet égard, la plupart des Etats membres de la Communauté se sont d'ores et déjà conformés à cette Directive qui consacre ainsi, une séparation des pouvoirs de régulation et de contrôle des marchés.

C'est ainsi que le Burkina Faso a par une loi du 1er juillet 2008 créé pour sa législation nationale l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP). Le Niger a également prévu au plan institutionnel une Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP) avec ses organes constitutifs à savoir le Secrétariat Exécutif, le Conseil National de Régulation et le Comité de règlement des différends.

Le Sénégal, à travers son nouveau Code des Obligations de l'Administration a également créé l'Autorité de Régulation des marchés publics (ARMP) sous la forme d'autorité administrative indépendante, administrée par un Conseil de Régulation composé des membres de l'Administration, du secteur privé et de la société civile.

C'est ainsi également que la Côte d'Ivoire a entrepris la mise en place d'un Observatoire National des Marchés Publics (ONMP) qui répond à ce besoin. Parmi les missions de l'ONMP ivoirien figure la définition des politiques et des stratégies de formation en matière de marchés publics, mais aussi des orientations pour l'animation et l'alimentation d'un système d'information de ces marchés.

III- L'ARMPDSP est elle une autorité réellement indépendante ?

Le fait de placer l'ARMPDSP sous l'autorité du Premier Ministre³ constitue sans conteste une violation manifeste par le pouvoir exécutif de la loi. L'article 27 offre de manière claire et nette le caractère d'autorité indépendante doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière à l'ARMPDSP, insusceptible de recevoir des instructions ou des ordres émanant de quelque autorité fut ce t-il le Premier Ministre.

Cette indépendance si clairement affichée est nécessaire à assurer aux membres de l'ARMPDSP toute l'autorité est du coup fortement atténuée dans notre pays par les dispositions de l'article 2 du décret d'application de la loi qui la place « illégalement » sous « l'autorité du Premier Ministre ». Cette disposition, réductrice sans raison des pouvoirs de l'ARMPDSP viole la loi. En effet, le décret est une norme inférieure qui ne peut déroger à une prescription légale, qui ne souffre par ailleurs d'aucune ambiguïté. Il faut espérer que cette « anomalie », foncièrement contraire au « renouveau de l'action publique » sera vite corrigée par le gouvernement, ce qui confèrera à la loi sur l'ARMPDSP toute sa splendeur.

La mission de cette autorité est d'assurer la « régulation du système de passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public en vue d'en accroître la transparence et l'efficacité ».

Dans le cadre de l'exercice de cette mission dans le domaine de l'audit des marchés publics, l'ARMPDSP dispose du pouvoir « d'initier des enquêtes relatives à des irrégularités ou des violations de la réglementation, communautaire ou nationale, commun en matière de marchés publics et de délégation de service public » et de la possibilité de saisir et de dénoncer aux autorités compétentes tant nationales que communautaires des cas d'infractions.

L'ARMPDSP peut commanditer des audits techniques et/ou financière lui permettant d'évaluer le coût d'un marché public ou des services publics. Cette mission « post attribution » de marché permet également d'assurer une évaluation du marché passé ou conclu, sur des bases économiques et d'en tirer les conséquences éventuelles. L'audit technique et financier peut constituer un puissant obstacle à la poursuite déguisée du marché par le biais des avenants dont les montants dépassent souvent et de très loin les montants du marché initial, au-delà des budgets qui y sont prévus.

L'une des nouvelles vocations assignée à l'ARMPDSP concerne le règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation de marchés. Dans ce cadre, l'ARMPDSP reçoit les réclamations consécutives à des constatations d'irrégularité de faits d'infraction et y donne les suites adéquates.

Sur ce plan, la loi manque de précision en ce qu'elle n'indique pas si la saisine de l'ARMPDSP constitue ou non un préalable à toute autre saisine. Mieux, aucune précision n'est donnée en ce qui concerne la saisine concomitante du Tribunal Administratif en matière de contrôle de légalité.

L'absence de précision dans ce domaine est bien une source potentielle de confusion.

L'ARMPDSP bénéficie par ailleurs de larges pouvoirs d'enquête et peut, dans un tel cadre, prononcer des sanctions pouvant aller de la confiscation des garanties constituées dans le cadre de l'appel d'offre à l'exclusion de la sphère, de la concurrence pendant une période déterminée.

L'on peut regretter là aussi que la loi, en ce qui concerne la sanction prononcée à l'encontre d'un participant, ne donne aucune précision quant au délai. En même temps qu'elle fait simplement obligation à l'ARMPDSP de transmettre les informations relatives aux faits et irrégularités constatés et des les communiquer aux seules autorités administratives, aux fins éventuelles de poursuite disciplinaire. Or, dans bien des cas, il s'agit d'infractions graves dont la communication au Procureur de la République permet la saisine d'autorités judiciaires, l'ouverture d'une enquête et le prononcé de sanction professionnelles et / ou pénales. Une telle possibilité a au moins l'avantage de permettre par des actions simples, mais vigoureuses, d'assainir le milieu des affaires.

Les membres de l'ARMPDSP, au nombre de neuf sont ressortissants de l'administration publique, du secteur privé et de la société civile. Ils sont choisis en fonction de leur probité morale, leurs connaissances et leurs expériences en matière juridique, technique, économique ou financière. Les membres de l'ARMPDSP sont nommés pour cinq ans renouvelables une seule fois.

L'ARMPDSP est saisie dans les deux jours ouvrables à compter de la notification de la décision rendue par l'autorité contractante ou l'autorité hiérarchique préalablement saisie. En l'absence de notification de décision voire de décision, ce délai de saisine est de trois jours ouvrables.

Dans ces deux cas, la procédure de passation de marché ou la délégation de Service Public est suspendue jusqu'au prononcé de la décision de l'ARMPDSP qui doit intervenir dans les sept jours ouvrables à compter de la saisine. Au terme du délai de sept jours qui lui ait imparti, si l'ARMPDSP ne se prononce pas, la suspension de la procédure de passation des marchés publics et de la délégation de Service Public est immédiatement levée.

Le non respect par l'ARMPDSP du délai de sept jours comporte des conséquences fâcheuses pour les soumissionnaires qui ne manqueront pas de contester les procédures de passation de marchés publics et de la délégation de Service Public. Ces derniers n'auront plus d'autre recours que judiciaires sans aucune possibilité de mettre en cause l'ARMPDSP quant à son refus de donner une

³ Mais ce n'est pas une particularité du système malien on trouve la même soumission vis à vis de l'autorité du premier ministre dans le système sénégalais, nigérien et burkinabé pour ne citer que ceux là.

suite à sa saisine. Qui plus est, le législateur n'indique pas non plus si dans les délais de saisine du Tribunal Administratif dans le cadre d'un contentieux sont décomptés les délais écoulés lors de la saisine de l'ARMPDSP. Qu'en est-il de l'action en responsabilité éventuelle d'un soumissionnaire à l'encontre de l'ARMPDSP pour refus de donner une suite à une saisine régulière ?

Les décisions de l'ARMPDSP sont susceptibles de recours juridictionnel dans les trois jours suivant la publication de la décision, sans doute dans le journal des marchés.

L'indépendance de l'ARMPDSP a été mise en avant comme le signe d'une avancée politique et d'une transparence en matière de passation de marchés publics et de délégation de service public. Il revient dès lors aux membres de l'ARMPDSP de s'affirmer et d'affirmer la plénitude de leur autorité qui n'aura de limite que la loi et leur conscience. C'est bien pourquoi le choix des membres de l'ARMPDSP est déterminant et devra scrupuleusement se conformer aux prescriptions de la loi en cette matière. Ces membres qui seront issus du secteur privé et de la société civile ne seront pas à l'abri de conflit d'intérêt. Ils devront non seulement s'en prémunir mais en même temps se préserver contre les délits d'initiés.

Il est regrettable que la loi instituant l'ARMPDSP n'ait pas prévue des sanctions de nature pénale plus sévères en cas de commission par les membres de l'ARMPDSP d'infractions telles que la violation du secret professionnel, le conflit d'intérêt, le délit d'initié et toutes autres infractions similaires ou assimilées.

On peut déplorer l'utilisation de la notion de faute grave qui n'est pas un concept suffisamment clair et précis en la matière pour appréhender toutes les situations qui peuvent se présenter et qui peuvent entacher la transparence des procédures de passation de marchés publics et de délégation de service public.

L'ARMPDSP agit principalement à travers trois autres organes :

- le conseil de régulation qui est l'organe délibérant de l'ARMPDSP ;
- le comité de règlement des différends qui reçoit des dénonciations, des irrégularités lors de la passation des marchés publics ou des délégations de service public, statue sur les recours. Le Comité a le pouvoir d'ordonner toute mesure conservatoire ou suspensive de l'exécuteur de la procédure de passation. Les décisions du CRD sont immédiatement exécutées et ont force de loi. Elles sont définitives en l'absence de recours judiciaire exercé dans les délais légaux.
- Le secrétariat Exécutif, chargé d'assister l'ARMPDSP.

En bref, le décret N° 08-485 RM du 11/08/08 s'attache à définir et à rendre plus clair l'ensemble des procédures désormais applicables à la passation et à l'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans un contexte de transparence et d'éthique.

En définitive, l'adoption de ce dispositif sur les procédures de passation des marchés publics est une étape primordiale dans le processus d'assainissement du système, mais, elle ne saurait être une fin en soi.

Le souci de la performance impose à l'ARMPDSP de poursuivre la quête de la perfection en affirmant sa totale indépendance dans son fonctionnement pratique. Ce n'est qu'à cette seule condition que l'on pourra soutenir et affirmer que cette réforme aura réussi.

REFLEXIONS SUR LE POUVOIR D'EVOCATION DE LA COUR COMMUNE D'ARBITRAGE DANS LE CADRE DU TRAITE DE L'OHADA⁴.

Bakary DIALLO
Docteur en droit privé
Juriste Collaborateur Externe
Jurifis Consult

Lorsqu' une juridiction de cassation estime que la décision qui lui est déférée contient une erreur de droit, elle censure le raisonnement inexact ou insuffisant des juges du fond en prononçant un arrêt de cassation, c'est-à-dire qu'elle annule leur décision⁵. En principe, elle désigne alors une autre juridiction pour rejuger l'affaire.

Le législateur OHADA a bouleversé cette logique classique en invitant le juge supra- national à évoquer ses arrêts de cassation (article 14. alinéa 5 du traité). La CCJA a donc compétence juridictionnelle pour connaître des faits de l'espèce, en se comportant comme une juridiction de renvoi de ses propres arrêts de cassation⁶.

On peut définir le pouvoir d'évocation comme étant l'attribution que possède une juridiction, dans tous les cas où elle est saisie, d'examiner complètement le dossier d'une affaire, de le réformer, de corriger les erreurs de qualification des juges primitivement saisis, de relever toutes les circonstances légales qui accompagnent les faits⁷. L'évocation est l'acte caractéristique de l'abandon de souveraineté des juridictions nationales du fond⁸. Ce pouvoir demeure l'expression parfaite de l'impérialisme du juge supra- national à l'égard des juges nationaux.

Indubitablement le système préconisé par le législateur communautaire est novateur. D'un point de vue pratique, il a l'incontestable mérite d'accélérer le déroulement de la procédure et de faire échec aux manœuvres dilatoires des plaideurs de mauvaise foi. Néanmoins, cette technique n'est pas sans soulever quelques équivoques.

La première chose qui frappe dans l'institution de l'évocation⁹, c'est son caractère dérogatoire par rapport aux règles et principes qui commandent habituellement la procédure en matière de cassation. Elle aboutit en effet à dessaisir les juridictions nationales normalement compétentes pour se substituer à elles et diligenter à leur place. Comme l'observe Mr Guyenot, la juridiction qui évoque « se trouve dans la situation du maître ou du père de famille qui mécontent du travail de l'élève prend sa place, pour le refaire entièrement ou l'achever avec plus de savoir ou d'autorité. Il évoque pour terminer l'affaire et rendre lui-même la décision qui s'impose »¹⁰.

L'évocation apparaît donc comme un moyen efficace dont dispose la juridiction supra- nationale pour élargir sa saisine et accéder à une plénitude de juridiction sur l'affaire. Elle occupe la même situation que si elle avait été saisie directement et entièrement de l'affaire par voie de transmission de pièces¹¹. Ce qui lui permet de mettre un terme rapide et définitif au litige, en faisant prédominer l'intérêt d'une bonne administration de la justice sur le respect absolu du double degré de juridiction. L'opération se justifiant par le fait que l'affaire a dû lui parvenir en l'état d'être jugée.

Toutefois, l'évocation telle qu'elle est organisée par le législateur communautaire dans le traité OHADA et telle qu'elle est pratiquée par la juridiction supra- nationale dénature profondément l'institution. Celle-ci est, en effet, par nature facultative¹². Or l'article 14. du traité ne soumet le pouvoir d'évocation du juge supra- national à aucune condition ; il stipule simplement dans son dernier alinéa qu' « En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond ». La cassation d'un arrêt par la CCJA emporte donc mécaniquement

⁴ L'auteur tient à remercier très vivement le juge Laurent BENKEMOUN Premier vice-Président du Tribunal de grande instance de Paris pour ses précieuses observations.

⁵ La cassation se fonde sur une règle de droit que la Cour d'appel (généralement) a méconnue. Cette règle est donc mentionnée en premier lieu dans un paragraphe très bref, le visa, qui commence comme son nom l'indique par le mot « Vu ». Tout texte légal peut être visé (loi, règlement, traité), seul ou en combinaison avec d'autres textes.

⁶ Les Cours suprêmes anglophones sont depuis longtemps considérées comme des troisièmes degrés de juridiction. Voir dans ce sens, *la Cour judiciaire suprême, une enquête comparative*, RIDC, n° 1, 1978. Cette nature est de plus en plus reconnue aux juridictions suprêmes nationales francophones. C'est le cas par exemple de la Cour suprême ivoirienne (article 28 nouveau de la loi ivoirienne n° 97- 243 du 25 avril 1997) ou de la Cour suprême camerounaise en matière pénale (articles 510 et 527 du très récent Code camerounais de procédure pénale, loi n° 2005/ 007 du 27 juillet 2005 applicable à compter du 1^{er} août 2006).

⁷ Il convient cependant de distinguer l'évocation de notions voisines telle que la dévolution. L'effet dévolutif permet à un plaideur de soumettre son litige à la Cour, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Il impose au juge de vider le contentieux. Tandis que l'évocation est par nature facultative, mais elle permet à une cour de s'emparer automatiquement de l'ensemble du litige sans qu'il soit besoin d'un recours spécifique de la part du plaideur.

⁸ V. MEURISSE, *L'évocation en procédure civile*, Gaz. Pal. 1957, I. Doc.58.

⁹ L'institution est fort ancienne en droit français. Mais l'étude de ses avatars successifs est particulièrement révélatrice parce que l'évocation constitue l'un des lieux privilégiés où se manifestent le plus clairement les tendances fondamentales d'une procédure : CARLES, *L'évocation en matière civile (Articles 473 du code de Procédure)*, Thèse Caen 1934. F. DUMAS, *L'évolution de l'évocation en matière civile, thèse*. Université de Rennes .1968. LABORDERIE-BOULOU, *Le droit d'évocation (Article 473 du code de procédure civile)*, Thèse Bordeaux 1903. LELONG, *Etude des conditions de l'évocation en matière civile (Article 473 CPC)*, Thèse Caen 1909.

¹⁰ J. GUYENOT, *Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Numéro 3- 1964.p.561 et s.

¹¹ A propos du pouvoir d'évocation de la cour d'appel en droit français, cf. cass.civ.1^{er}, 2 mai 1989.Bull.civ I, n° 174.

¹² F. DUMAS, *L'évolution de l'évocation en matière civile, thèse*. Université de Rennes .1968.

l'évocation. Il ne s'agit dès lors pas d'une faculté pour le juge supra-national mais d'une obligation impérative. C'est là une conception fondamentalement nouvelle. Plusieurs conséquences s'attachent à ce caractère impératif de l'évocation.

On assiste à une mutation fondamentale du système juridique habituel. En tout état de cause, le système actuel fait apparaître une double ambiguïté : une ambiguïté sur la nature véritable du contrôle exercé par la CCJA sur le pourvoi qui lui est déféré et une ambiguïté résultant de l'étendue du pouvoir d'évocation.

I - L'ambiguïté de la nature du contrôle de la juridiction de cassation

Modifiant très sensiblement le mécanisme traditionnel du pourvoi en cassation, le législateur africain ne fait que perpétuer et amplifier l'équivoque qui a toujours entouré la nature de l'instance de cassation. Il existe, en effet, une ambiguïté qui résulte de l'extension du rôle de la juridiction de cassation. On peut même affirmer qu'au regard du principe de la distinction du *droit* et du *fait* que la reconnaissance au profit de la CCJA d'un pouvoir d'évocation impératif, donc d'un pouvoir juridictionnel positif venant s'adjoindre à un pouvoir juridictionnel négatif qu'elle possédait déjà¹³ peut créer d'énormes incertitudes.

A- Incertitudes sur le principe du rejet des moyens mélangés de fait et de droit

Rechercher quels sont les moyens susceptibles d'entraîner la cassation d'un arrêt, c'est en même temps déterminer quelle est l'étendue du contrôle qu'exerce la CCJA sur les décisions qui lui sont soumises¹⁴. La juridiction supra-nationale ne semble pas être perturbée dans son travail de Cour régulatrice par son pouvoir d'évocation. De sorte que le pourvoi en cassation, même dans le cadre du droit OHADA reste un recours extraordinaire.

A cet égard, aux fins de débusquer la part d'exactitude que contient la célèbre paraphrase qui stipule que : l'instance de cassation « *n'est pas un troisième degré de juridiction* », il nous faut inscrire la CCJA dans la logique classique d'une cour suprême francophone: en tant que juridiction de cassation, la CCJA n'est compétente à statuer que sur le *droit*. L'office du juge de cassation consiste avant tout à contrôler en instance suprême cette application dans le respect d'une interdiction de principe de « *connaître du fond du droit des affaires* »¹⁵, ainsi que de rechercher et d'apprécier les faits.

1- L'irrecevabilité du moyen nouveau mélangé de fait et de droit

« *Le moyen tiré de la non liquidité et de la non exigibilité de la créance, qui n'a été soutenu ni devant le Tribunal ni devant la Cour d'Appel. Constitue un moyen nouveau, mélangé de fait et de droit et doit être déclaré irrecevable...* ». C'est par cet attendu que la CCJA a consacré dans l'affaire SOCIETE EBURNEA C/ Cie d'Assurances les TISSERINS SATCA son attachement à la théorie de l'irrecevabilité du moyen nouveau¹⁶.

Pourtant, cette théorie est directement et conceptuellement issue de la maxime selon laquelle « *la Cour n'est pas un troisième degré de juridiction* ». Si l'instance au fond met, en effet, en présence deux parties aux thèses opposées ; l'instance en cassation oppose, elle, le demandeur à l'arrêt qu'il attaque. E. FAYE écrivait à propos de la Cour de cassation dans l'ouvrage classique qu'il a consacré à cette juridiction que : « *...ses justiciables ne sont pas en réalité les parties, dont l'intérêt n'est qu'accessoirement engagé devant elle, mais les arrêts envisagés uniquement dans leurs rapports avec la loi ...elle recherche si, en présence des éléments admis comme certains, la loi a été exactement appliquée..* »¹⁷. Les moyens invoqués, c'est-à-dire les erreurs commises par la cour dénoncées par le pourvoi, ne définissent pas l'objet de la demande mais identifient la règle de droit méconnue par le juge du fond. Or le fait n'est pas un élément de la légalité.

Le juge supra-national examine d'office, avant d'étudier le bien ou le mal fondé d'un moyen, s'il est recevable. Aussi, selon la CCJA tel qu'il ressort de l'arrêt du 04 Novembre 2004, lorsque le demandeur au pourvoi présente en cassation un moyen modifiant la cause juridique de la demande, celui-ci doit être frappé de l'exception d'irrecevabilité¹⁸. Il n'y avait pas lieu d'analyser les motifs pour lesquels le moyen proposé par le pourvoi de la société EBURNEA n'a pas été antérieurement soutenu en appel, mais de déterminer quel est l'élément de nouveauté que comporte le moyen jugé irrecevable.

¹³ Par le rejet des moyens nouveaux mélangés de fait et de droit dans l'arrêt du 04 Novembre 2004, la CCJA réaffirme ce pouvoir négatif.

¹⁴ J. HERON, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd par Th. Le BARS, 2002, p. 597 n° 780, pour qui « *la Cour de cassation n'est pas juge de l'arrêt, elle est le juge de l'affaire ou, plus simplement encore, elle est juge* »

¹⁵ En droit français cette interdiction est tirée de l'article 604 du NCPC français « *Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ».

¹⁶ CCJA, Arrêt n° 32 du 04 Novembre 2004, Affaire : SOCIETE EBURNEA C/ Cie d'Assurances les TISSERINS SATCA note B. Diallo Revue Penant n° 855 -2006

¹⁷ E. FAYE, *La cour de cassation*, 1^{ère} éd. 1903.

¹⁸ Dans un moyen qui lui était soumis la Cour suprême du Cameroun a pu refuser d'examiner un moyen mélangés de fait et de droit « *Sur la première branche du moyen pris de défaut de motif stricto sensu...que le demandeur tente en fait, par cette branche du moyen à inviter la Cour suprême, qui n'est pas un troisième degré de juridiction à un nouvel examen des éléments de fait et de preuve souverainement appréciés par les juges du fond ; que le moyen est irrecevable ; ...* ». CS arrêt n° 114/CC du 20 juin 1991. Aff BIAOC c/ NKOUEJIN YOTNDA et KACKKACK G. note MEVOUNGOU NSANA in Jurisdis Périodique n° 47 juillet- août – septembre 2001 pp.27- 28.

Le moyen développé par le pourvoi se référerait, en l'espèce, à une règle de droit dont l'application aurait exigé la mise en œuvre de faits qui ne résultent pas du débat tel qu'il s'est déroulé devant le Tribunal de première instance d'Abidjan ou auprès de la Cour d'appel d'Abidjan. Ce qui aurait nécessité de la part de la CCJA de suppléer d'office les moyens mélangés de faits.

En d'autres termes, la justification du moyen doit s'opérer sans qu'il soit besoin de mettre en œuvre des faits autres que ceux établis dans le débat au fond, parce qu'il se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce n'en postule pas d'autres. Toutefois, ayant la mission de *dire* le droit, le juge peut toujours suppléer d'office les moyens de pur droit. Le moyen de pur droit est « *nécessairement dans la cause* »¹⁹. Cette limitation traditionnelle de la compétence de la haute juridiction, outre qu'elle correspond à sa mission institutionnelle qui est de veiller à l'application uniforme de la règle de droit, répond à une nécessité : l'interprétation uniforme ne peut être assurée si le juge suprême se transforme lui-même en juge d'appel qui serait encombré par les recours²⁰.

En effet, le plus grand danger vient de justiciables, chez lesquels la seule possibilité d'une connaissance directe des faits entretient un fâcheux état d'esprit. Il pourrait exister des plaideurs dont toute l'activité devant les juges du fond, consisterait à préparer l'instance de cassation, puis, par une rédaction habile de leurs conclusions, provoquer l'immixtion mécanique du juge du droit au fond du litige. Il ne faudrait pas que, devant le juge d'appel, ils mettent leur ingéniosité à dresser les éléments d'un pourvoi en cassation. Il ne faudrait pas encourager cette tendance des plaideurs à considérer le pourvoi en cassation comme une voie de recours ...ordinaire et à en appeler systématiquement à l'arbitrage de la CCJA, sans prendre suffisamment conscience de la spécificité de son rôle.

L'instance de cassation OHADA ne peut et ne doit pas faire office d'un degré supplémentaire de juridiction à ce stade, parce qu'en principe l'appel doit suffire à éliminer les erreurs judiciaires les plus graves, mais aussi parce que la procédure de cassation ne serait guère compatible avec un tel office dans une communauté où la diversité des cultures et des mentalités juridiques est assumée²¹ et appelée à se développer²².

En bref, en retenant ce que le régime d'exercice du recours en cassation a de spécifique, on ne retiendra que les conditions d'admission des pourvois. Comme le précise Mr Lebreton, la cassation ne trouve sa place « *que quand l'ordre de juridiction est consommé, que les voies de droit sont épuisées et qu'en un mot les arrêts ont acquis le dernier sceau de l'autorité* »²³. La cassation qui est un recours à l'autorité souveraine, est par définition une procédure extraordinaire, ce qui explique tout à la fois son caractère subsidiaire et les conditions de forme et de fond très étroites auxquelles est soumise son ouverture.

Lorsqu'elle se borne à observer les cas d'ouverture à cassation ; la CCJA ne juge pas les litiges mais les décisions qui lui sont soumises, et à cette étape « *il ne (lui) serait ni juridique ni juste de reprocher au juge du fond d'avoir violé une loi que rien ne lui avait signalée, ni indiquée comme applicable* »²⁴. Selon, le doyen Perdriau « *Le véritable défendeur à un pourvoi, c'est le jugement attaqué lui-même, ce jugement étant susceptible de se défendre tout seul* »²⁵. Le même auteur écrit assez justement pour expliquer l'irrecevabilité d'un moyen « contraire » qu' « *il serait inadmissible que la Cour de cassation ait à juger autre chose que ce qui avait été demandé aux juges du fond, et il serait autant injuste qu'incompréhensible que ceux-ci soient censurés pour ne pas s'être prononcés en dehors du cadre où le litige avait été situé* »²⁶.

2- Une procédure attentatoire aux droits des plaideurs

En cas de cassation de la décision contestée, au lieu de renvoyer les parties et la cause devant une juridiction de renvoi comme cela est de coutume devant les juridictions suprêmes nationales classiques²⁷, la CCJA statue elle-même sur l'ensemble des moyens développés. Elle ne se contente plus de contrôler la qualification ou la dénaturation des faits²⁸, mais les analyse véritablement dans le but d'aboutir à l'application des Actes uniformes conformément aux faits réels en cause. D'ailleurs dans ses arrêts de cassation, elle utilise toujours l'expression « *sur l'évocation* » pour annoncer cette partie de la procédure. L'évocation est donc, un moyen de procédure qui permet à la CCJA de se muer essentiellement en juge du fond, lorsqu'elle veut dépasser le cadre de sa saisine limitée par le pourvoi en cassation.

Ce n'est précisément qu'en ce moment que l'on peut parler de la CCJA comme un troisième degré de juridiction (pas avant)²⁹. Par cette opération elle élargit sa saisine et s'érige en cour d'appel unique et souveraine. En effet, lorsque la juridiction qui a été saisie du recours en cassation procède au règlement du litige, parce qu'elle y est tenue (alinéa 5 de l'article 14 du traité), elle cesse de se comporter en juridiction de cassation. Son rôle de juridiction de cassation a pris fin avec la décision de censure de l'arrêt.

¹⁹ V. notes. Cass 2 e civ. 12 juin 1970, Bull. civ. II, n° 207 ; - Cass. com. , 26 oct. 1983, Bull. Civ. IV, n° 280.

²⁰ V. J. ISSA- SAYEGH, *La fonction juridictionnelle de la CCJA de l' OHADA*, Mélanges Roger Decottignies, Presses universitaires de Grenoble, 2002)

²¹ L'OHADA comprend outre des pays francophones un pays hispanophone et un pays lusophone.

²² Article 53 du Traité (tout Etat membre de l' UA peut adhérer à l'OHADA)

²³ G. LEBRETON, *L'origine des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIII e siècle ...*Revue du droit public , 1986, p.1604-1605.

²⁴ Cass. Req. 12 décembre 1871 : D. 1872, I, 316, rapport du Conseiller Rau.

²⁵ Cass. 2 e civ.2 mars 2000, JCP 2000 .II. 10285. note A. PERDRIAU. J C P. 2000. II. 10358. ; note A. PERDRIAU.

²⁶ A. PERDRIAU op, cit.

²⁷ Lié à l'interdiction de connaître du fond des affaires, le principe du renvoi a toujours été considéré en matière judiciaire comme une nécessité pour permettre à la Haute Juridiction d'assurer pleinement sa fonction normative. Lorsqu'un litige est porté devant elles, elles ne statuent que sur le droit et renvoient les parties devant une ou plusieurs juridictions de renvoi pour qu'elles modifient la décision objet du pourvoi : c'est la navette judiciaire.

²⁸ Ce qui relève d'un contrôle normal dans la procédure classique du pourvoi en cassation.

²⁹ La nuance est d'importance car sa nature de troisième degré de juridiction est alors incidente et non principale.

Entreprenant alors de trancher définitivement le litige, la juridiction supra- nationale se mue en juge du fond et, plus précisément, elle va se comporter en juridiction d'appel.

Ainsi, deux phases procédurales, dont l'arrêt rendra compte se seront succédées³⁰. Au terme de la première procédure, la juridiction de cassation, statuant comme telle, aura jugé l'arrêt attaqué, selon les normes applicables en matière de contrôle de cassation ; et, un au moins des moyens de cassation qu' on connaît mal fondé aura entraîné l' anéantissement de la décision. Evoquant l'arrêt, la deuxième phase va alors consister à rejuger le litige, afin de le régler comme il doit l'être (et comme il aurait été normalement réglé par un juge de renvoi). Substituée au juge de renvoi, la CCJA qui a été saisie du recours en cassation est en situation d'exercer une plénitude de juridiction sur l'affaire³¹. Cette évocation au cours d'une procédure de cassation déroge au principe d'après lequel elle « ne connaît pas du fond des affaires ». En effet, « connaître du fond » signifie exercer le pouvoir de juridiction.

Toutefois, classiquement la cassation d'un arrêt replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'arrêt censuré. De sorte que celles-ci ont la possibilité d'invoquer des moyens nouveaux et de produire de nouvelles pièces propres à mieux justifier leurs conclusions, or la technique d'évocation telle qu'elle est pratiquée par la CCJA leur prive de cette possibilité.

On rejoint ici l'idée d'un sacrifice des droits des plaideurs³². La cassation se fait régulièrement avec renvoi à une juridiction de même rang que celle, dont l'arrêt est censuré (ou même à cette juridiction). Selon FAYE : « Sur les points qu'elle atteint, la cassation replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement cassé »³³, devant la juridiction de renvoi la procédure reprend pour que l'affaire soit à nouveau jugée « en fait et en droit »³⁴. Les parties sont placées dans le même état qu'avant la décision cassée. Ainsi, si celle-ci avait été rendue en premier et dernier ressort en raison de la faible valeur du litige et qu'elle est annulée, les parties peuvent sur renvoi formuler des demandes nouvelles ; si le total des demandes dépasse le taux de ressort, la décision sur renvoi sera rendue en premier ressort seulement.

Lorsqu' il y a cassation, la juridiction de renvoi est saisie de l'ensemble du litige. Comme s'il n'y avait jamais eu de cassation. C'est ainsi que le professeur Guinchard a pu écrire que : « la cassation permet la reprise, devant de nouveaux juges de l'instance, qui s'était terminée par le prononcé de la décision annulée, afin que l'affaire soit à nouveau jugée au fond »³⁵.

La procédure n'est donc pas figée : la procédure antérieure à l'arrêt cassé se trouve maintenue ; elle reprend et se poursuit devant la juridiction de renvoi, avec la même liberté et selon les mêmes règles que celles qui s'imposaient aux parties devant la juridiction ayant rendu la décision cassée³⁶. De sorte que les parties restent libres d'invoquer des moyens nouveaux. Il ne saurait y avoir d'obstacle de principe au prononcé de mesures d'instruction. On ne saurait concevoir que la juridiction qui est tenue de vider le contentieux puisse le régler moins pleinement ou en moins bonne connaissance de cause que l'aurait fait le juge de renvoi.

Ainsi, lorsque le juge communautaire accueille l'exception de nouveauté dans la phase de l'examen du pourvoi, il se contente de déclarer le moyen de cassation irrecevable comme nouveau et mélangé de fait et de droit³⁷. Il s'abstient, dans ce cas de tout examen du fond, en sorte que ce motif de rejet ne préjuge en rien de la valeur juridique du moyen qui, éventuellement, pourra être repris ultérieurement devant la juridiction de renvoi.

Aussi la faculté d'invoquer de nouveaux moyens de fait et de droit à l'appui de leurs prétentions leur est reconnue³⁸, des prétentions nouvelles sont également recevables³⁹. C'est seulement à défaut de moyens nouveaux ou de prétentions nouvelles que les parties sont réputées s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elles avaient soumis à la première juridiction.

Or, l'évocation telle qu'elle est pratiquée par la CCJA prive les plaideurs de cette faculté d'émettre de nouvelles prétentions ou de développer convenablement de nouveaux moyens de pur droit ou mélangés de droit et de fait. On n'imagine mal en effet, la Cour Commune convoquant à nouveau les plaideurs après cassation leur offrir la possibilité de soulever des moyens mélangés de fait et de droit ou des moyens de fait qu'elle leur a précédemment refusé.

Mais, il ne serait pas anormal que, par exemple, dans une procédure produite devant le juge supra- national, dès lors que celui-ci prononce la cassation totale d'une décision que tous les moyens nouveaux ou anciens soient de nouveau pris en compte⁴⁰. En effet,

³⁰ Mais, cette façon de procéder pose quelques difficultés de lecture de ses arrêts, dans la mesure où, la CCJA est le plus souvent obligée de se répéter aussi bien dans l'exposé de ses motifs que dans son dispositif. On note surtout une redondance dans le style due à la longueur de ses arrêts de cassation qui s'ajoute à la complexité naturelle des décisions de justice.

³¹ En droit français, l'article 638 du Nouveau Code de procédure civile dit que l'affaire est à nouveau jugée, « en fait et en droit ». Et nul n'ignore que les juges du fond saisis sur renvoi usent parfois de la liberté qui leur est reconnue pour résister ouvertement à la solution de droit retenue par la Cour de cassation.

³² G. WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*. D. 1978. chr. p.36

³³ E. FAYE .op.cit n° 260

³⁴ Ibid

³⁵ S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 1999 n°63636- 6365

³⁶ Cass. 3^e civ. 8 avril 1987 : Bull. civ. III, p.49.

³⁷ CCJA 4 novembre 2004 op.cit.

³⁸ En droit français c'est l'article 632 qui précise que devant la juridiction de renvoi, « les parties peuvent invoquer de nouveaux moyens à l'appui de leurs prétentions ». Ce texte nouveau ne faisait que confirmer une jurisprudence qui était bien établie en la matière. Cass soc. 26 oct. 1960, Bull.civ.IV, n° 950. Cass. Com., 1^{er} déc. 1969, Bull.civ.IV, n° 354.

³⁹ Par exemple :art. 632. NCPC français.

la CCJA est considérée, à ce stade, comme une juridiction de renvoi, autant que le sont les juridictions de première d'instance et les Cours d'appel (respectivement premier et second degrés de juridiction). Ce serait d'autant plus juste qu'il pourrait exister des cas où certains faits auraient été négligés qui auraient pu conduire pourtant à modifier la décision de la juridiction de fond sur la base de dispositions juridiques non exploitées⁴¹. En somme, l'évocation n'est pas sans danger, en ce qu'elle fige définitivement le litige. Rien ne permet d'affirmer que le renvoi devant une juridiction nationale du fond n'aurait pas permis de dégager une autre solution, la juridiction de renvoi étant saisie de la totalité du litige, d'où la possibilité de se prévaloir de nouveaux éléments de fait ou même d'un texte nouveau. En bref, du point de vue des parties, elles ont davantage intérêt à soumettre l'affaire à une véritable juridiction du second degré (moyens nouveaux). Le pouvoir d'évocation dans le système actuel de l'OHADA parce qu'il est général et impératif dans toute décision de cassation du juge supra-national conduit véritablement à tronquer le débat judiciaire.

B- Incertitude quant au critère de distinction du fait et du droit

La doctrine tient la distinction du *fait* et du *droit* pour un critère de compétence tangible et praticable, aussi bien pour le juge du fond que pour la Cour régulatrice; l'un comme l'autre y trouveraient les repères communs de leurs missions respectives⁴². Néanmoins, si l'ambition de la distinction du *fait* et du *droit* est de permettre de fixer la nature du contrôle d'une Cour suprême, la pertinence de celle-ci dans le cadre de l'OHADA mérite discussion⁴³, dans la mesure où la CCJA n'est pas une Cour de cassation classique; l'article 14 al 5 du Traité OHADA a expressément étendu sa compétence à la connaissance des *faits*.

1- La distinction du droit et du fait, un critère inadapté à la CCJA

La distinction du *fait* et du *droit*, déjà peu claire aux yeux des juristes, paraît bien souvent inconcevable au justiciable⁴⁴. Ce principe présente, certes, un caractère tautologique et constitue plus ou moins le moteur de la politique d'auto-régulation du juge suprême communautaire, mais il ne s'agit là que d'une facette inapte à rendre complètement compte de la profonde originalité de la CCJA par rapport aux Cours suprêmes classiques. Même si, à notre avis, ce critère reste pertinent pour déterminer par exemple, les conditions générales nécessaires à la recevabilité et au bien fondé des moyens de cassation: le respect des cas d'ouverture à cassation; le respect des règles relatives à la présentation des moyens de cassation qui sont le reflet de cette distinction du *fait* et du *droit*.

En effet, les moyens formulés à l'appui du pourvoi sont nécessairement formulés en fonction de la décision rendue en dernier ressort (généralement la Cour d'appel), et non en vue de la réformation directe de l'arrêt. D'où le rejet par la CCJA des moyens nouveaux mélangés de fait et de droit⁴⁵. Mais, ce critère de la dichotomie du *droit* et du *fait* est impropre à déterminer toute l'étendue de la mission du juge suprême communautaire.

On entend souvent, et on lit même beaucoup, que la Juridiction de cassation ne « connaît pas du fait », en sorte que le dernier « juge du fait »⁴⁶ serait celui qui a rendu la décision qui lui est déférée⁴⁷. Pourtant, plusieurs auteurs ont déjà souligné que rien n'était moins vrai, ni moins réducteur, que cette définition de l'interdiction de connaître le fond des affaires. Car s'il revient à la Cour d'assurer le maintien de la loi en contrôlant si elle a été correctement appliquée au fait, « la nature des choses impose, par conséquent, que la Cour connaisse du fait; à défaut, elle ne pourrait remplir convenablement son office »⁴⁸. « Il n'est normalement ou le plus fréquemment ni possible, ni utile d'isoler l'interprétation d'une règle ou d'une norme, des faits ou des circonstances qui la rendent nécessaire »⁴⁹. Contrairement aux idées parfois diffusées, la Cour de régulation ne peut donc se passer, ni se dispenser, de connaître les faits⁵⁰.

Aussi, le principe qui veut que la juridiction suprême doive s'abstenir de connaître les faits de l'espèce, doit être nuancé, même dans le cas d'une juridiction de cassation classique⁵¹. En effet, si la constatation des faits et les actes de la cause doivent relever de l'appréciation souveraine des juges du fond, il faut convenir qu'une constatation de faits inexacts, conduit à une fausse application de

⁴⁰ En droit français, il est de jurisprudence constante que le droit d'évocation doit s'exercer dans le respect du principe de la contradiction. Il n'est pas possible à une cour d'évoquer sans que les parties aient conclu au fond ou aient été mises en demeure de le faire (V.Civ.2°, 16 janv.1992.IV.26982. Civ.2°, 8 juin 1979, Gaz .Pal . 1979.2.443, note VIATTE, Soc.17 fév.1993.JCP.1993.IV.991)

⁴¹ J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Paris.LGDJ.1977.p.139

⁴² Voir. G., MARTY, *La distinction du fait et du droit, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse, Toulouse, Fac.de dr. 1928-1929, Paris, Sirey, 1929; Th. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, LG D J., 1988.JOBARD- BACHELIER X., *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, 4^e éd. Th. Le BARS., *Le défaut de base légale*, thèse, Paris, LGDJ., 1997. J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, Economica, 1986.E. N°SIE, *La Cour commune de justice et d'arbitrage*, PENANT 1998, n° 828, p.308 et s.

A.P SANTOS, J. Y. TOE, OHADA, *Droit commercial général*, BRUYLANT, Bruxelles, 2002, n° 78. D. N° DOYE, *La nouvelle Cour de cassation de l'OHADA*, coll. droit communautaire africain, Dakar, 1998, p.8 et p. 102 à 103

⁴³ J. DABIN. Préface à l'ouvrage de F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966.

⁴⁴ R. MARTIN, *Le fait et le droit ou les parties et le juge*, JCP.1974, 2625.

⁴⁵ CCJA, Arrêt n° 32 du 04 Novembre 2004, Affaire : SOCIETE EBURNEA C/ Cie d'Assurances les TISSERINS SATCA op. cit.

⁴⁶ Encore récemment, E. ASSI ASSEPO, *La cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction?*, Revue internationale de droit comparé, n° 4, 2005, p. 943 -

⁴⁷ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fait*, thèse Toulouse, Fac. de. dr, 1928-1929.Paris Sirey.

⁴⁸ Ph. GERARD et M. GREGOIRE, *Introduction à la méthode de la Cour de cassation*, in Les Cours suprêmes. Rev. dr.U.L.B. vol. 20, 1999, pp. 105-106; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, 1966, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'université catholique de Louvain.

⁴⁹ J. HERON, *Droit judiciaire privé*, op.cit, 2^e éd; par Th. Le Bars, 2002, p.611, n° 795.

⁵⁰ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II., pour qui « la cour ne peut, efficacement, se passer de connaître les faits ».

⁵¹ Voir en ce sens l'ouvrage de F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de Cassation*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles 1966.

la loi, puisque celle-ci est appliquée à une situation qu'elle n'aurait pas dû régir, et même ajouter que cette fausse application est beaucoup plus choquante qu'une violation de la loi. Du point de vue du bon sens il y a même là une illégalité beaucoup plus grave que si, par exemple, on a omis de respecter telle ou telle règle de procédure. Il est donc normal que la CCJA sanctionne, sur la base de constatations erronées la qualification juridique qui a été donnée aux faits⁵².

En réalité toute construction fondée sur l'antinomie du *droit* et du *fait* est fragile, parce que cette antinomie elle-même reste équivoque. Par *fait*, on entend une masse brute d'événements existentiels s'offrant à être appréhendés par les concepts abstraits de la règle juridique. *Connaître du fait*, c'est, pour le juge, porter un jugement d'existence sur une situation vécue⁵³. L'expression « *constater le fait* » induit en erreur sur la fonction propre du « *juge du fait* ». Il ne s'agit pas de constatation mais de décision, et comme le jugement du *fait* est souvent exprimé dans les termes mêmes de sa qualification légale, la décision sur le *fait* emporte de manière presque automatique la solution en *droit*.

Il va sans dire que le critère fondé sur distinction traditionnelle du *fait* et du *droit* pour rendre compte de la nature du contrôle exercé par la juridiction supra-nationale sur pourvoi en cassation, ne nous convient pas. Il doit être écarté en raison des équivoques qu'il engendre nécessairement. En somme, on ne peut affirmer la « pureté conceptuelle » de la distinction du *fait* et du *droit* et en conclure que la Juridiction supra-nationale n'est pas un degré supplémentaire de juridiction. Ce critère est insuffisant pour rendre compte de la nature hybride de la Haute juridiction d'Abidjan. La mise en avant de ce critère ne nous paraît pas de bonne méthode.

2- Les dangers de l'immixtion du juge de cassation dans les faits

La CCJA est, tout d'abord, une juridiction qui, placée au sommet d'un ordre, est appelée à censurer les décisions de juridictions inférieures. Il s'agit plutôt ici de poser une question : « *juridiction de cassation qui statue au fond* », n'y a-t-il pas contradiction entre les termes ? Si une instance de cassation connaît le fond des affaires, reste-t-elle véritablement une juridiction suprême ? Mais aussi, parce qu'elle est une juridiction du fond, a-t-elle véritablement la maîtrise, la liberté, le pouvoir qu'implique le qualificatif de « suprême » ou de « cassation » ?

Mais surtout, comment le juge situé au sommet de la hiérarchie appliquera-t-il lui-même, à sa propre activité, les principes ou les règles qu'il prétend faire respecter par les juges inférieures dans les matières où elle n'a pas de compétence exclusives (les matières non harmonisées, les renvois au droit national auxquels procède le droit OHADA) ?

Par ailleurs, si la CCJA contrôle, en tant que juge de cassation l'exactitude matérielle des faits retenus (tels qu'ils ressortent du dossier présenté en appel)⁵⁴, s'interdira-t-elle de porter une appréciation sur ces faits dans sa phase d'évocation, s'en remettant à celle des juges du fond, sauf dénaturation ? Se bornera-t-elle à vérifier que les conséquences juridiques correctes ont été attribuées aux faits⁵⁵. Considèrera-t-elle que l'appréciation des faits reste de la souveraineté des juges du fond tandis que leur qualification sera contrôlée ?

Ces questions sont incontournables. Deux cas de figure peuvent se présenter : en tirant les conséquences des faits qu'il constate, le juge se livre à une qualification des faits ; en tirant les conséquences de fait des faits qu'il constate, le juge se livre à une appréciation des faits⁵⁶. La difficulté est de déterminer pour chaque espèce où commence la qualification juridique et où finit l'appréciation souveraine des faits. Or la CCJA ne donne pas d'indication claire dans ses arrêts, de sorte qu'elle peut décider que telle question relève de la qualification et telle autre de l'appréciation souveraine, déplaçant ainsi à loisir les limites de son contrôle. A notre avis, il aurait été logique de confier l'appréciation souveraine des faits au juge du fond.

A ses origines, l'instance de cassation a été instituée gardienne du *droit* et de son interprétation. Il n'est pas certain que ce contrôle purement conceptuel soit compatible avec l'immixtion profonde du juge régulateur dans les faits. Il est tout de même celui qui en raison de sa position, tient la plume de la définition de la norme unifiée par ses arrêts, et exerce sur les juges nationaux un pouvoir disciplinaire. Rien que par ce biais théorique, ses décisions pourraient être taxées de banalités, s'il se perdait dans les méandres des faits et des différents droits nationaux qui composent la communauté OHADA.

Ensuite, une question ne manque pas d'être posée. Quelle est, en définitive, au-delà des raisons techniques qui ont poussé à l'instauration d'un pouvoir d'évocation impératif et général, la motivation profonde du législateur africain⁵⁷.

Il semble bien que le pouvoir de décision du juge dans le fond soit la manifestation d'un mouvement contemporain. L'époque actuelle est caractérisée dans le domaine des sciences juridiques du passage de la rationalité juridique à la rationalité plus

⁵² D' où l'obligation imposée au juge du fond de motiver suffisamment sa décision en fait. En ce sens, l'article 5 de l'ordonnance n° 72/ 4 du 26 août 1972 portant organisation judiciaire au Cameroun dispose que « toute décision judiciaire doit être motivée en fait et en droit ».

⁵³ V. F. RIGAUX, op cit.

⁵⁴ R. MARTIN, *le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou de requalifier*, D.1994, chr. pp 308 et s.

Th. Le BARS, *La théorie du fait constant*, JCP. 1999, I, 178.

⁵⁵ A. PERDRIAU, *Les chambres civiles jugent-elles en fait ?*, JCP -1993.I.3683

⁵⁶ Voir à ce propos, la thèse de Mr Thomas JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, Paris II, 2002. ED, Presses universitaires d' AIX – MARSEILLES, 2004.

⁵⁷ Selon la doctrine, cette attribution au juge supra-national de l'ensemble du litige peut être soutenue d'abord par le principe d'une bonne administration de justice, ensuite par l'intérêt des plaideurs, et enfin par le souci d'une application uniforme du droit OHADA. Voir. J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES- OBLES, *Harmonisation du droit des affaires*, op.cit.

économique, mais aussi du passage de la norme dans toutes ses dimensions à celui de la décision. Pour parler simplement on dira qu'en effet la logique de décision implique, par opposition à la logique de la norme, à la fois rapidité et efficacité⁵⁸.

C'est précisément pour répondre à ces deux impératifs que les auteurs du traité ont institué le pouvoir total d'évocation pour le juge supra-national. En effet, l'accélération de la procédure de cassation auprès de la Cour Commune répond aussi bien à la rapidité qu'à l'efficacité du contrôle de celle-ci sur l'application et l'interprétation du droit harmonisé⁵⁹. Aussi la systématisation de la cassation sans renvoi permet une intervention plus efficace du juge supra-national qui n'a plus à redouter de réticences chez les juges du fait. Tout comme il est indéniable que la procédure d'évocation conduit à un raccourcissement de la durée des procès et au-delà à une diminution du coût de ces derniers. Il est non moins évident qu'au moins dans certaines circonstances, le renvoi devant une juridiction nationale peut apparaître comme inutile, puisqu'il n'y a plus rien à juger.

Ces arguments n'ont pas manqué d'être soulevés lors de la discussion du texte et ils demeurent à l'analyse pertinents. Mais, ils ne sauraient, toutefois, nous faire oublier qu'un tel mécanisme parce qu'il est impératif et général, présente de graves inconvénients, tant sur le terrain pratique que sur celui de l'analyse théorique. En effet, la tension permanente entre, d'une part, trancher un litige, régler un conflit d'intérêts privés – *opération juridictionnelle par excellence*- et, d'autre part, poser une règle, participer à la création du droit – *fonction jurisprudentielle*- est source d'équivocité à l'égard des plaideurs et d'ambivalence vis-à-vis des juridictions nationales.

II- L'ambiguïté quant à l'étendue du pouvoir d'évocation

Le principe du respect de l'application uniforme de toute règle dans un ordre juridique donné s'impose à tout juge du fond dans sa connaissance d'un litige. Comment dans ce cadre éviter que la CCJA elle-même dans le cadre de son pouvoir d'évocation ne viole le respect des jurisprudences nationales sur les matières non harmonisées ? Mais, surtout comment s'en assurer ?

A- L'interprétation du droit interne non harmonisé par la CCJA

Le contexte de l'ordre juridique OHADA est non seulement, propice aux conflits de compétence avec les juridictions nationales, mais, aussi favorable à des interprétations multiples et divergentes avec les juges suprêmes nationaux. Quelle peut être la méthode d'interprétation du droit national non harmonisé de la part de la CCJA ? Doit-il considérer le droit national non harmonisé comme une loi étrangère, c'est-à-dire comme un élément de fait⁶⁰ ?

1- L'attitude du juge supra-national face au droit national non harmonisé

On sait qu'avec le pouvoir d'évocation le juge supra-national possède désormais une arme redoutable d'efficacité. Il pourra faire prévaloir son point de vue plus rapidement. En clair, il peut briser plus facilement une éventuelle volonté de résistance des juges nationaux du fond face à une solution qu'il préconise. C'est à coup sûr la fin des jurisprudences marginales.

Mais, le droit uniforme des affaires reste un droit spécial, il s'insère avant tout dans le droit commun des Etats parties auquel le législateur communautaire renvoie de manière implicite ou explicite⁶¹ pour la définition de quelques concepts juridiques. Dans cette logique de renvois au droit national, les dispositions des droits internes appartiennent, aux éléments constitutifs d'une situation juridique qualifiée par un Acte uniforme. Dès lors, la violation du droit national entraîne une erreur de qualification et, partant, fausse application de la loi uniforme elle-même. Contrôlant l'interprétation de l'ensemble du droit applicable au litige, le juge supra-national doit donc rechercher quel est, en droit national, le contenu de ce droit.

Quelle doit être dans cette quête l'attitude du juge supra-national face à ce droit ? Doit-il considérer le droit national comme une question de fait ? Doit-il se faire sa propre opinion ? Doit-il s'en remettre à la jurisprudence locale dans la mesure où celle-ci est connue ? Doit-il procéder à un renvoi auprès de la juridiction nationale de cassation ? On le voit les difficultés et les questions ne manquent pas !

En toute manière, l'hypothèse du droit national non harmonisé considéré comme un fait qu'il appartiendrait aux parties de prouver, n'est en aucune sorte défendable de notre point de vue⁶². En effet, selon nous, l'adage *Jura novit curia* (la présomption que le juge connaît le droit) s'étend à la détermination du contenu du droit même non harmonisé par le juge supra-national. On ne saurait introduire une différence de traitement entre deux catégories de sources de droit dans un même litige. La disposition de ce droit est, comme le droit OHADA, un impératif juridique, que rien ne distingue du droit harmonisé.

Devant le juge supra-national comme devant le juge du fond, la situation est la même, la connaissance du droit et des faits normatifs par le juge est régi par l'adage *Jura novit curia*. C'est un véritable défi qu'il pose au juge⁶³. Lorsque l'on pose comme postulat que le

⁵⁸ G. BOLARD et P. DRAI, *Justice hâtive, justice rapide. Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès*. JCP. 1997, I. 4961

⁵⁹ Voir. J. ISSA- SAYEGH et J. LOHOUES- OBLES, *Harmonisation du droit des affaires*, Ed Juriscope 2002.

⁶⁰ Voir à ce propos, J. ISSA- SAYEGH, *La fonction juridictionnelle de la CCJA pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*, in ohada.com .Doctrines D-02-16.p.5

⁶¹ C'est ainsi que pour certains renvois explicites on peut citer pour exemple, sans être exhaustif: le régime de la solidarité (article 270 AUSC), les règles de la prescription (articles 18 et 274 à 282 AUDCG), le régime de l'incapacité juridique et l'émancipation, les interdictions et les incompatibilités (article 7 à 10 et 138, alinéa 2 AUDCG et 7 et 8 AUSC) etc.

⁶² V. H. MOTULSKY, *L'office du juge et la loi étrangère*, in Mélanges offerts à J. MAURY. Tome I. Droit international Privé. Dalloz & Sirey.1960.

⁶³ R. PERROT, *Les pouvoirs du juge dans le procès civil*, RDIC, 1973, pp.27 et .s.

juge *connaît* le droit, on lui assigne traditionnellement le devoir de *dire* le droit et d'appliquer le *droit* sans attendre ni suivre le cas échéant, les suggestions juridiques des plaideurs.

Néanmoins, non seulement, le juge supra- national ne connaît pas et ne saurait maîtriser tous les droits positifs nationaux et l'état de la jurisprudence (francophone, lusophone, hispanophone, anglophone), mais encore que va-t-il se passer si le juge communautaire ne parvient pas à s'informer sur le contenu exact du droit national non harmonisé ? Les principales difficultés peuvent surgir du contrôle de l'application et de l'interprétation des concepts utilisés par le juge national : il ne suffit pas, dans ce cas, de traduire les mots, il ne faut surtout pas transposer les concepts de droit d'un système juridique à un autre sans prendre en compte leur interprétation dans l'ordre juridique interne⁶⁴.

Tant que les divers Etats signataires conservent le même patrimoine juridique, le risque de divergence d'interprétation de ces concepts matériels, même s'il existe, est infime. Il est plus important lorsque le litige porte en partie sur la *common law*⁶⁵, hispanophone et lusophone. Quand on sait que le juge supra – national n'a qu'une compétence d'attribution, quand on sait que le juge suprême national retrouve sa pleine compétence sur toute matière non harmonisée, on s'aperçoit que les difficultés pratiques ne manqueront pas de surgir⁶⁶.

L'adaptation ou la coordination du système suppose que le contenu des droits soit établi assez clairement. D' où l'importance de l'interprétation uniforme des concepts juridiques sollicités par le législateur par le biais des renvois. Or, la multiplication des interprétations par les juges nationaux génère fatalement un concert dissonant de règles divergentes.

2-Le risque de divergence jurisprudentielle entre juge supra- national et juge suprême national

Il y a divergence de jurisprudence dès lors que coexistent dans un système juridictionnel donné une ou plusieurs interprétations opposées, à propos d'un texte sur lequel une cour suprême exerce sa mission de contrôle. On peut considérer la survenance des divergences à deux niveaux : au plan horizontal (entre juridictions de même niveau) et au plan vertical (entre juridictions de fond et Cour suprême).

Le risque d'une divergence verticale (entre la CCJA et les juges du fond nationaux) est à écarter en raison de la situation de la juridiction supra- nationale au sommet de la pyramide judiciaire qui peut imposer sa doctrine aux juridictions de fond. Ce d'autant plus, que son pouvoir d'évocation enlève toute possibilité de résistance à celles-ci.

En revanche, le risque d'une divergence horizontale (entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation) est réel en raison du partage de compétence entre matières harmonisées et matières non harmonisées. La divergence naît alors du fait que les juridictions suprêmes nationales et la juridiction supra- nationale sont amenées à interpréter les mêmes textes (les matières non harmonisées) de manière parallèle, tout en disposant du « dernier » mot interprétatif à l'égard des juridictions qui se trouvent placées sous leur contrôle⁶⁷.

L'autonomie décisionnelle des juges explique que des interprétations différentes puissent être apportées à des textes identiques à différents niveaux d'ordre juridictionnels. La situation de divergence est donc tout à fait normale à ce niveau. Mais ce faisant, on oublie très vite que la suprématie elle-même implique l'autonomie. Chaque juridiction suprême, dans son ordre, applique « souverainement » ses propres conceptions selon ses propres méthodes. Comment admettre alors, que procédant à la qualification juridique des faits de l'espèce par le biais d'un litige qui renvoie aux concepts nationaux que la CCJA puisse imposer « sa manière de voir » aux juridictions suprêmes nationales qui elles justement restent souveraines sur ces questions de droit qui échappent à la toute puissance du juge supra- national ?

L'état actuel de la jurisprudence ne nous permet pas de nous avancer sur la façon dont les juges comptent résoudre ces questions épineuses. Mais, on peut dire que le pouvoir d'évocation dont dispose le juge communautaire présente des risques de cloisonnement voire d'indifférence vis-à-vis des politiques jurisprudentielles des instances nationales de cassation. Pourtant, la contribution au bon fonctionnement de l'Etat de droit suggère la complémentarité ou appelle à l'harmonisation jurisprudentielle. Car, la situation actuelle est doublement préjudiciable d'abord pour la cohérence des décisions de justice dans l'ordre juridique OHADA ; ensuite parce que cette situation est tout à fait dommageable pour la sécurité juridique des particuliers. L'omnipotence de la Cour Commune est loin d'être assurée dans ces conditions. L'absence de hiérarchie juridictionnelle organique entre le juge supra- national et le juge suprême national en dehors du cadre législatif OHADA exclut tout mécanisme de renvoi, de sorte qu'il revient aux cours suprêmes nationales de se soumettre ou non aux interprétations proposées par la juridiction communautaire⁶⁸.

Si la divergence d'interprétation est connotée négativement par la doctrine, il s'en faut que le système juridique OHADA soit organisé de manière à empêcher que se forment et que subsistent des oppositions dans l'application du droit. Cette situation peut

⁶⁴ Dans ce cadre, nous préconisons que le code vert comprenant le droit uniforme soit complété par une annexe recensant toutes les législations commerciales nationales résiduelles, ainsi que les lois nationales de procédure en matière commerciale.

⁶⁵ Pour la partie anglophone du Cameroun

⁶⁶ Ces exemples ne sont pas sans analogie avec celui qui a été soulevé pour les litiges renfermant à la fois le droit harmonisé et le droit national non harmonisé.

⁶⁷ Pour la CCJA il s'agit d'un litige où se mélangent le droit harmonisé et le droit interne non harmonisé.

⁶⁸ En ce sens, voir E. KRINGS, *Compte rendu : le rôle des cours suprêmes au niveau national et international*, Rev. dr. inter. et dr. comp.1998 ;pp.88 et s.

décevoir ceux qui sont en attente d'une stricte « égalité matérielle » dans le traitement des situations individuelles. Elle est parfois incompréhensible pour des profanes prompts à voir de l'injustice et du désordre là où l'identité des solutions n'est pas assurée. Pour tous les cas d'interprétation du droit dans un ordre juridique donné, il doit exister une autorité supérieure qui juge le jugement lui-même, quel qu'il soit, et le pouvoir des juges plutôt qu'il ne décide la contestation. Il est hautement préférable que cette autorité soit unique à ce stade ultime⁶⁹.

Puisqu'il n'existe pas de relations institutionnellement organisées entre les juridictions suprêmes nationales et la juridiction supra-nationale, une démarche constructive ne peut être que volontaire et non directement imposée. Il n'y a pas de juridictions plus « suprêmes » que d'autres. La supériorité de la CCJA sur les instances nationales de cassation n'est vraie que dans le périmètre des questions relatives à l'application et à l'interprétation des Actes uniformes⁷⁰. En dehors du droit OHADA, celles-ci retrouvent leur pleine souveraineté et la CCJA devra se conformer à leur interprétation du droit.

B- Pour un encadrement du pouvoir d'évocation du juge supra- national

Il nous faut déplorer la généralité de la formule employée par l'article 14 du Traité OHADA⁷¹, dont les conséquences sont trop radicales puisqu'elle fait de l'évocation un impératif plutôt qu'une faculté. C'est pourquoi nous en suggérons une interprétation rationnelle correspondant au but que se propose d'atteindre les auteurs du traité.

1- L'évocation doit être une faculté pas un impératif pour le juge supra- national

L'évocation constitue une dérogation grave à des principes fondamentaux du droit judiciaire tels que le principe du double degré de juridiction et la distinction du *fait* et du *droit* dans la connaissance du litige soumis à la juridiction de cassation⁷². Une institution qui déroge ainsi aux règles normales de procédure n'a pu être consentie que parce qu'elle a une fonction importante et bien précise à remplir, fonction double en l'occurrence : assurer le plus efficacement possible l'application uniforme du harmonisé et accélérer le déroulement des procès. Dès lors, cette mesure exceptionnelle doit être aménagée en fonction du but qui lui est assigné.

Fondamentalement, l'évocation a toujours été une institution facultative. Elle ne doit jamais s'imposer au juge. C'est un pouvoir discrétionnaire dont peut user ou ne pas user un juge⁷³. En droit français, les articles 89 et 568 du NCPG siège de l'évocation au profit du juge d'appel ne font pas de cet exercice une obligation ; si bien que, la Cour d'appel peut en user à sa discrétion, si elle estime de bonne justice d'y procéder.⁷⁴ Cette faculté n'est d'ailleurs pas soumise au consentement des parties⁷⁵.

Pour éviter toutes les incohérences soulevées précédemment et les dangers encourus, le législateur communautaire aurait dû s'en remettre à la sagesse de la CCJA pour décider si dans le cas où elle casse un arrêt, il ne serait pas inutile, il ne serait même pas préjudiciable aux parties, de leur faire encore encourir les inconvénients d'un renvoi. L'opportunité de l'évocation doit donc être laissée entièrement à l'appréciation souveraine du juge supra- national. Lui seul doit décider si les conditions de l'évocation sont réunies, en particulier, si l'affaire est susceptible de recevoir une décision définitive. Puis, lorsqu'il constate la réunion de ces conditions, il doit être libre d'évoquer ou de renvoyer le fond du litige aux juges du fait.

Par ailleurs, l'évocation peut n'être que partielle. En cas d'affaire « mixte », par exemple, le juge peut estimer que l'évocation ne peut porter que sur la partie du litige portant sur le droit harmonisé ; il peut alors statuer par voie d'évocation sur les éléments du litige en état de l'être conformément à sa compétence d'attribution, et renvoyer les autres aux juridictions internes. Mais il va sans dire que l'évocation partielle ne peut intervenir que si la solution partielle donnée au litige peut être définitive, et cela suppose que les questions résolues par évocation sont indépendantes de celles restées en suspens⁷⁶.

La CCJA doit donc pouvoir refuser d'évoquer. Par exemple, lorsqu'elle estime que les juges internes seront mieux à même de rendre une décision satisfaisante sur le fond, en raison de sa méconnaissance de l'état de la jurisprudence locale sur des questions dont, elle n'a pas la totale maîtrise. La CCJA doit disposer de ce point de vue, d'un pouvoir discrétionnaire en ayant comme seul guide l'idée qu'elle se fait d'une bonne administration de la justice⁷⁷.

⁶⁹ S. GUNCHARD, *Le droit a-t-il encore un avenir à la cassation ? (Qui cassera les arrêts de la cour de cassation ?)* in l'avenir du droit, Mélanges offerts à F. TERRE, Paris 1999, pp.761 et s.

⁷⁰ J. ISSA-SAYEGH, *La fonction juridictionnelle de la CCJA de l'OHADA*, op.cit.,

⁷¹ La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure dans les Etats Parties l'interprétation et l'application communes du présent Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes. (...)

Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats Parties dans les mêmes contentieux. En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond.

⁷² Même si, selon nous ce principe doit être très fortement nuancé.

⁷³ Cf. R. PERROT, *L'effet dévolutif de l'appel et le droit d'évocation en droit français*, Rapport (dactyl.) Lille (23-24 mai 1958), spécialement, n° 4.

⁷⁴ V. Civ.3°, 23 avr.1974, Bull.civ.III, n°156-Cass.3°civ.,28 févr.1978, JCP G 1979,II,19042. Civ 3 er 1er mars 1983, Gaz.Pal.1983, pan.171, obs. Guinchard)

⁷⁵ Cass.1^{er} civ.2 déc.1975, Bull.civ.I, n° 354.

⁷⁶ Il n'appartiendra pas au plaideur d'exiger l'évocation de la CCJA ou le renvoi devant une juridiction interne. La CCJA pourrait aussi refuser d'évoquer, alors même que les parties lui demanderaient de statuer au fond.

⁷⁷ Elle pourra également choisir d'utiliser cette prérogative pour marquer sa fonction didactique à l'égard des juridictions internes.

2- Pour une autolimitation jurisprudentielle du pouvoir d'évocation par la CCJA

L'une des voies pour arriver à cette limitation du pouvoir d'évocation du juge supra-national en dehors de l'intervention du législateur, est une politique jurisprudentielle d'auto-limitation. Dans ce cadre, le juge supra-national n'accepterait d'évoquer les arrêts de cassation qu'il rend que pour autant que les faits de l'espèce sont suffisamment clairs pour ne pas nécessiter un empiètement dans l'interprétation du droit non harmonisé. Dans le cas où cette interprétation devrait l'amener à sortir de son domaine de compétence d'attribution, il rendrait alors une décision de cassation avec renvoi devant une autre juridiction où la même juridiction à l'origine de la décision attaquée, mais cette fois-ci cette juridiction de renvoi a compétence liée pour trancher définitivement le litige dans le sens souhaité par la CCJA. Cette proposition que nous avançons a au moins deux grands mérites.

En premier lieu, elle respecte pour ainsi dire la souveraineté jurisprudentielle des juridictions nationales dans les matières non harmonisées⁷⁸, tout en donnant des indications sur le sens qu'elle entend donner à la norme commune.

En second lieu, elle évite que sa décision elle-même ne puisse faire l'objet de contestation pour avoir mal appliqué le droit national non harmonisé⁷⁹, dans la mesure où les normes hors OHADA dans un litige donné doivent être interprétées conformément au droit positif au nom du principe de sécurité juridique. Ces normes ont le même caractère d'impérativité que le droit OHADA.

En réalité, cet encadrement se justifie aisément car il répond parfaitement à l'un des buts de l'institution : l'accélération de la procédure. En effet, l'exercice de l'évocation ne permet d'abrèger la durée du procès que si l'affaire est d'ores et déjà en état d'être jugée. Dans le cas contraire la juridiction supra-nationale ne la jugerait pas plus vite que ne l'eût fait la Cour d'appel.

Cette position peut être confortée par un argument textuel : l'article 14 du traité OHADA lui-même. Cet article limite la compétence de la juridiction supra-nationale aux questions relatives à l'interprétation et à l'application du Traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes (article 14 du Traité). Il n'y aura donc aucune incohérence, si à la suite d'une cassation la CCJA refuse l'évocation d'un arrêt où s'enchevêtrent des règles substantielles différentes relevant de compétences juridictionnelles multiples.

Pour remplir intégralement sa mission d'interprète exclusif du droit OHADA, la CCJA doit veiller à ne pas trop s'immiscer dans les faits ou à ne pas empiéter dans le domaine de compétence du juge suprême national sur les questions relevant de son appréciation souveraine. Pour élémentaire qu'elle soit, cette règle de prudence et de loyauté peut se révéler à l'usage, pleine d'embûches.

Pour être efficace, ses interprétations doivent procéder de méthodes d'élaboration aussi proches que possible de celles pratiquées, non dans un seul pays, mais dans l'ensemble des Etats-parties. Cette approche n'est pas possible sans un usage suffisamment réaliste du pouvoir d'évocation.

Il y a près de trente ans, une importante étude comparative, dirigée par MM BELLET et TUNC⁸⁰, avait conduit ce dernier à proposer un modèle de « *Cour suprême idéale* », proche des Cours de *common law*⁸¹. En effet, l'éminent professeur ne dissimulait pas son choix pour une Cour suprême « *hybride* »⁸² qui ne pourrait être saisie que sur un point de droit. Toutefois, lorsque qu'elle censure la décision qui lui est soumise, elle doit statuer sur le fond⁸³, mais à la condition que les faits de l'espèce soient suffisamment clairs. En effet, il précise que : « *quelque soit à son point de départ la conception que l'on se fait d'une cour suprême, on admettra certainement que sa place au sommet de la hiérarchie rend peu souhaitable qu'elle soit saisie d'un problème de fait* »⁸⁴.

⁷⁸ La juridiction de renvoi est tout de même mieux placée que la CCJA pour s'informer et appliquer le droit positif sur ces dites matières, songeons par exemple aux Etats du *Common law* qui viendraient à adhérer à l'OHADA-

⁷⁹ Elle échappe de cette manière à un risque de divergence horizontale avec les Cours suprêmes nationales.

⁸⁰ A. TUNC : *la Cour suprême : une enquête comparative : conclusion : la Cour suprême idéale.*, Revue internationale de droit comparé 1978., pp ; 433 et s.

⁸¹ Voir également du même auteur, *la Cour de cassation en crise*, Arch.philo. droit. t. 30, p.157

⁸² A. TUNC : *la Cour judiciaire suprême.* op.cit., p ; 434

⁸³ Il faut dire que cette description ressemble à s'y méprendre à la CCJA.

⁸⁴ Ibid

A une époque où le monde entrepreneurial occidental accélère sa mutation vers des standards de gestion et de compétitivité anglo-saxons, les milieux d'affaires africains, eux, n'aspirent qu'à une chose : La relance des activités économiques sur le continent. L'AUSC⁸⁵ de l'OHADA⁸⁶ qui rattrape ainsi plus d'un siècle de retard, semble être un début de solution à leurs préoccupations. Ce texte qui a pour vocation essentielle de faciliter l'activité des entreprises, de relancer l'économie et de garantir la sécurité juridique, se veut être complet, simple, flexible, moderne et adapté dans une certaine mesure aux réalités économiques et sociales africaines⁸⁷.

Si ce texte est à la hauteur de ses ambitions parce que même en s'inspirant largement du droit positif français, ses rédacteurs optent parfois pour des solutions avant-gardistes, les acteurs sociaux peuvent rester sur leur faim pour ce qui est de sa *philosophie* d'ensemble, autrement dit de la politique social qui en ressort.

Le texte est certes assez précis lorsqu'il adopte une conception moderne des sociétés en donnant à la société commerciale une nouvelle définition⁸⁸, en adaptant le régime des sociétés anonymes pour instituer la société anonyme d'une seule personne⁸⁹ et en restructurant les modes de gestion de la société commerciale ; il l'est encore plus lorsqu'il renforce les droits des associés en améliorant leur information⁹⁰ et en instituant à la surprise générale et à la grande joie des associés minoritaires, l'expertise de gestion⁹¹.

Ce pendant, il reste peu explicite sur plusieurs autres aspects non moins importants au titre desquels on peut citer *l'intérêt social* qui est l'objectif qu'on assigne aujourd'hui au gouvernement de la société et qui sert de « *boussole sociale* ».

C'est l'intérêt social qui met en exergue l'ensemble des mesures visant à assurer que les sociétés sont efficacement gérées, dirigées, et non dans le seul dessein de servir une technocratie dirigeante. L'enjeu ici est non seulement celui de la finalité des organes dirigeants, mais aussi celui de la recherche d'un équilibre des pouvoirs au sein de la société⁹². D'ailleurs, pour se convaincre de la place de cette notion dans la vie sociale, il suffit de se rendre compte du nombre important de mesures rattachées à la théorie de la « *corporate governance* »⁹³ dans la loi française n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques⁹⁴. Comme la *bonne foi* ou *l'intérêt de la famille*, l'intérêt social est un impératif de conduite, une règle déontologique et même morale qui impose de respecter un intérêt supérieur à son intérêt personnel.

Alors même que la politique générale à envisager dans l'entreprise est fonction de l'intérêt social, on peut constater que le législateur africain ne donne aucune définition de la notion.

Un concept à contenu variable- Il ne faut pourtant pas y voir une marque de désaffection ou un oubli, c'est juste qu'il s'agit là de ce qu'il convient d'appeler *un standard juridique, un concept à contenu variable* ou encore *un concept mou*⁹⁵.

C'est pour le législateur de l'AUSC tout comme son homologue français, la possibilité de donner au droit de l'OHADA un peu plus de flexibilité⁹⁶ en laissant au juge africain le soin d'en préciser les contours.

Mais cette flexibilité n'est-elle pas justement une source d'insécurité juridique et d'arbitraire pour les affaires sur le continent ?

* berenger@ohada.com

⁸⁵ Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique

⁸⁶ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

⁸⁷ Vr J. PAILLUSSEAU « *Le droit de l'OHADA – Un droit très important et original* » ; JCP éd E, N° 5, supp au JCP n° 44 du 28 oct 2004. 1 / Vr sur les objectifs du traité, KEBA BAYE « *L'histoire et les objectifs de l'OHADA* » ; Petites Affiches 13 oct 2004, n° 205. 4

⁸⁸ Vr pour cette nouvelle définition l'al 1^{er} art 4 de l'AUSC

⁸⁹ Vr les articles 5, 201 al 4, 309 al 2 et surtout 385 al 2 sur la société anonyme / Vr aussi Me IPANDA « *La société d'une seule personne dans l'espace OHADA* » ; www.juriscope.org

⁹⁰ Vr à ce propos A. FENEON « *Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA* » ; Rev. penant 2002. 153

⁹¹ Vr à ce propos notre article « *L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : Réflexion sur l'expertise de gestion* » ; www.juriscope.org ou www.ohada.com

⁹² Vr SCHAPIRA « *L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme* » ;

⁹³ La *corporate governance* est « *le système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées* ».

⁹⁴ Vr sur la *corporate governance*, Sir Adrian CADBURY (Intervention du 25 oct 1994), Séminaire sur la *corporate governance* ; Les Echos Conférences. 5 / D. HURSTEL avec la coll de T. BIEDIER « *Est-il urgent et indispensable de reformer le droit des sociétés au nom de la Corporate Governance ?* » ; Rev. Soc 1995. 635 / J-Ph. COLSON « *Le gouvernement d'entreprise et les nouvelles régulations économiques* » ; Petites Affiches 21 août 2001, n° 166. 4 / C. HOARAU « *Pour un gouvernement d'entreprise efficace* » ; Option Finance 29/07/2002, n° 700. 5 / A. GUENGANT « *Le gouvernement d'entreprise en France* » ; Option Finance 09/04/2001. 31 / D. NECHELIS « *Le gouvernement d'entreprise* » ; Dr. soc 01/11/2000, n° 11. 6 / Y. GUYON « *Faut-il introduire en France la théorie de la corporate governance ?* » ; Petites Affiches 1997, n° 55. 28 / P. CROIZAT « *Le corporate governance est-il adapté au modèle français* » ; D. aff 1996. 1019 / C. NEUVILLE « *Le gouvernement d'entreprise : pour quoi faire ?* » ; Petites Affiches 1997, n° 55. 24 / P. BISSARA « *Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise* » ; Rev. Soc 1998. 5

⁹⁵ Vr sur les difficultés posées par la définition de la notion d'intérêt social, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY., *Droit des sociétés*, éd Litec 13^e, 2000. 175

⁹⁶ Vr B. SAINTOURENS « *La flexibilité du droit des sociétés* » ; RTD Com 1987. 483

Nous ne le pensons pas. Le droit n'est pas une science exacte et on doit nécessairement admettre en son sein une part d'incertitude que lui confère son essence humaine⁹⁷.

La notion d'intérêt social apparaît très peu dans l'AUSC. On la retrouve par exemple à l'article 277 sur la SNC, lorsqu'il dispose que « dans les rapports entre associés et en l'absence de détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société (...) », à l'article 298 sur la SCS qui renvoie à l'article 277, à l'article 328 sur la SARL qui reprend les dispositions de l'article 277, à l'article 891 qui réprime l'abus de bien sociaux, de crédit, de pouvoirs et de voix dans les sociétés et enfin aux articles 130 et 131 sur les abus de majorité et de minorité. Cette brève référence à la notion d'intérêt social traduit certainement la méfiance des rédacteurs de l'AUSC vis à vis de ce *standard juridique* qui reste le moyen le plus souvent utilisé par le juge pour s'immiscer dans la vie sociale⁹⁸.

Faut-il pour autant se résigner de cette absence de définition de l'intérêt social et se prévaloir si besoin est, de la flexibilité de la notion ?

Nous ne le souhaitons pas. Cette absence de définition ne devrait pas occulter, ni empêcher de puiser dans la doctrine française⁹⁹ des éléments de réflexion qui reposent essentiellement sur deux approches antagonistes.

On reconnaît tous que « l'intérêt social (...) est le pôle vers lequel les dirigeants sociaux et tous les administrateurs doivent orienter leur conduite »¹⁰⁰. Mais la véritable difficulté est de savoir quel est ce pôle ? Certains estiment que c'est de l'intérêt de l'entreprise qu'il est question, pour d'autres il ne pourrait s'agir que de l'intérêt commun des associés.

Quelle serait l'approche du législateur africain ? (I)

Quel serait le rôle de cette institution dans la vie des sociétés africaines ? (II)

I- L'INTERET SOCIAL DANS L'AUSC : intérêt de l'entreprise ou intérêt commun des associés ?

Pourquoi choisir ? - Un choix s'impose forcément, tout d'abord parce que chaque conception de l'intérêt social guide une politique sociale différente : les résolutions de distribuer les bénéfices, d'investir, de filialiser, d'absorber une autre société ou de se faire absorber, sont prises différemment selon que l'on considère le seul intérêt des associés ou l'intérêt de l'entreprise.

Ensuite, le choix est important parce que chacune des conceptions conduit à un mode de gouvernement différent. Si les dirigeants sociaux ont le choix des moyens, l'exercice de leur pouvoir doit s'inscrire dans le cadre de l'objectif qui leur a été fixé ; ils doivent de ce fait maîtriser le contenu de l'intérêt social, ce qui les met à l'abri d'éventuels contrôles internes ou externes.

Enfin, le choix est nécessaire parce que le très jeune marché financier africain doit savoir si la société cherche à optimiser la valeur de ses actions ou poursuit des objectifs différents de ceux des actionnaires. L'information contribue à décider d'acquiescer, conserver ou céder les actions de la société. C'est ainsi par exemple que les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne¹⁰¹ doivent assurer la transparence de leur intérêt social.

A- L'intérêt social comme intérêt de l'entreprise

L'intérêt propre d'une entité peut s'entendre soit de l'intérêt de la personne morale, soit de celui de l'entreprise. Aussi, il n'est pas inutile dans le cadre de notre analyse de les différencier, tant les conséquences peuvent être pertinentes.

L'intérêt de la personne morale- c'est de l'intérêt propre de la société qu'il s'agit. « Il ne se confond pas avec l'intérêt des associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires ; la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés »¹⁰². La distinction réside alors dans le principe selon lequel « la société est une personne morale indépendante de la masse des personnes physiques qui la composent »¹⁰³.

L'intérêt de la personne morale prend sa source dans la conception institutionnelle de la société, qui doit poursuivre un intérêt qui lui est propre et disposer d'une organisation juridique et autonome par rapport aux associés. Pour que la personnalité morale soit reconnue à un groupement, il faut préalablement que deux conditions soient réunies. D'une part, il faut qu'il existe au sein de ce groupement, un intérêt distinct des intérêts individuels et, d'autre part que ce groupement qui souhaite avoir la personnalité morale, ait une organisation capable de dégager une volonté collective qui le représentera dans tous les rapports juridiques¹⁰⁴.

Le rapport du groupe de travail français CNPF-AFEP¹⁰⁵ contient une description parfaite de cette conception. L'intérêt social y est défini comme « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme agent économique

⁹⁷ C'est aussi le cas pour la notion de « juste motif » en matière de révocation de dirigeants sociaux, Vr à ce propos, notre article « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA » ; www.juriscopie.org ou www.ohada.com

⁹⁸ Vr par ailleurs, M. JEANTIN « Le rôle du juge en droit des sociétés » ; MéL PERROT, Dalloz 1996. 149

⁹⁹ Vr sur la notion, G. SOUSI « L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales » ; Th Lyon III 1974 / A. COURET « L'intérêt social » ; JCP éd E 1996. 4

¹⁰⁰ Vr le rapport du groupe de travail français CNPF-AFEP ; éd ETP, paris., juill 1995. 9

¹⁰¹ Vr sur l'appel public à l'épargne, les articles 81 à 96 de l'AUSC

¹⁰² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY., *Droit des sociétés*; préc

¹⁰³ J-M. VERDIER in M-C. MONSALLIER « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme » ; LGDJ 1998, n° 762. 318

¹⁰⁴ Vr dans ce sens, L. MICHOU in MONSALLIER « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme » ; préc. 31

¹⁰⁵ Vr le rapport du groupe de travail français CNPF-AFEP ; préc

autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise ».

Il en ressort qu'il n'est pas possible de concevoir un intérêt propre à la personne morale sans faire appel au concept d'entreprise : la société est une technique juridique d'organisation de l'entreprise et son intérêt s'identifie à celui de l'entreprise.

L'intérêt de l'entreprise- Il s'agit là toujours de reconnaître un intérêt propre à la personne morale avec cette fois une approche plus économique. Selon l' « Ecole de Rennes » avec pour tenants C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, « *l'entreprise et la société sont deux choses fondamentalement distinctes. La première est une organisation économique et humaine, la seconde une notion purement juridique et qui n'est que juridique* »¹⁰⁶. Ces auteurs estiment que l'entreprise doit être entendue comme un ensemble de moyen en capital et en travail destiné à assurer la production de biens et de services. Il s'agit de l'intérêt d'un organisme économique, point de rencontre de multiples intérêts.

Pour le Pr J. PAILLUSSEAU, « *la société est une structure d'accueil de l'entreprise : ou bien la société a été spécialement constituée pour recevoir une entreprise individuelle qui existe et qui fonctionne, et elle est la structure d'accueil, l'organisation juridique de cette entreprise ; ou bien la société est créée pour exercer une activité économique, et une entreprise naît et se développe, la société est l'organisation juridique de cette entreprise* »¹⁰⁷. La société est pour l'entreprise, une structure d'accueil et une organisation juridique.

L'organisation de l'entreprise peut être contractuelle et réalisée par la volonté des associés. Mais plus souvent, elle est institutionnelle et réalisée de façon impérative par le législateur.

Pour le cas qui nous concerne, l'organisation de l'entreprise résulte de l'AUSC dont les rédacteurs entendent protéger les différents intérêts catégoriels (associés, créanciers, salariés) au sein de l'entreprise. Cette protection par l'AUSC des intérêts catégoriels suppose que la société soit indépendante et autonome de chacun de ces intérêts particuliers.

La société n'étant qu'un instrument privilégié de l'organisation des entreprises¹⁰⁸, l'intérêt social serait « *l'intérêt propre d'une entité autonome et indépendante. En effet, la protection de l'intérêt de l'entreprise (ou des intérêts dont la société est la cause et le support) est le meilleur garant de la protection de l'ensemble des intérêts catégoriels. Il est évident que si l'entreprise est la cause de l'existence de tous ces intérêts, sa prospérité est aussi le dénominateur commun de leur protection. C'est dans la perspective de son expansion et de sa rentabilité que des associés lui ont apporté des fonds, que des tiers lui ont accordé du crédit, que des dirigeants la conduisent, que des salariés et des cadres y travaillent, que des partenaires l'admettent dans une centrale d'achats, (...)* »¹⁰⁹.

Il en découle que l'intérêt de l'entreprise ne protège pas seulement les intérêts catégoriels mais également la société elle-même par sa pérennité, sa stabilité, son fonctionnement ; ce qui semble logique puisque la protection des intérêts catégoriels nécessite la protection de la source de ces différents intérêts.

S'il est souhaitable de considérer l'intérêt social au sens de l'AUSC, comme l'intérêt de l'entreprise, compte tenu de la plus grande protection pour la société qu'offre cette approche, on peut néanmoins reprocher à cette conception de justifier la mainmise sur la société d'une classe de dirigeants s'abritant « *derrière la bannière de l'intérêt social, entendu comme l'intérêt supérieur dans l'entreprise* »¹¹⁰. L'intérêt social de l'entreprise pourrait « *être le moyen d'une confiscation du pouvoir au profit d'une petite oligarchie de dirigeants* »¹¹¹.

B- L'intérêt social comme intérêt commun des associés

Ce courant doctrinal fait reposer l'intérêt social sur l'intérêt commun des associés. Son promoteur, le Pr D. SCHMIDT puise dans les articles 1832 et 1833 du Code civil français les éléments de sa réflexion assez imprégnée d'une pensée libérale.

L'article 1832 énonce que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Pour le Pr SCHMIDT, ce texte assigne au contrat de société un but précis qui est le partage entre les associés du bénéfice réalisé par la société. Aussi, estime-t-il, le gouvernement de la société doit avoir pour objectif le partage du bénéfice.

Le second élément de réflexion est tirée de l'article 1833 qui dispose que « *toute société doit être (...) constituée dans l'intérêt commun des associés* », ce qui permet à l'auteur de conclure que « *la société (...) n'est pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls vocation à partager entre eux le bénéfice social* »¹¹². De ce point de vue, la société ne serait qu'un contrat de partage, où les dirigeants auraient pour mission de créer des bénéfices à répartir entre associés.

¹⁰⁶ J. PAILLUSSEAU « *Les fondements du droit moderne des sociétés* » ; J.C.P éd G 1984, I. n° 3148

¹⁰⁷ J. PAILLUSSEAU « *La modernisation du droit des sociétés commerciales* » ; D 1996, Chr. 289 /

Vr aussi dans le même sens, J. PAILLUSSEAU « *L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir* » ; Petites affiches 19 juin 1996, n° 74. 23

¹⁰⁸ Vr C. CHAMPAUD « *Le pouvoir de concentration des sociétés anonymes* » ; S 1962 / J. PAILLUSSEAU « *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise* » ; S 1967

¹⁰⁹ J. PAILLUSSEAU « *L'efficacité de l'entreprise et la légitimité du pouvoir* » ; Petites Affiches 19 juin 1996, n° 74. 23

¹¹⁰ A. PIROVANO « *La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise?* » ; D 1997, Chr. 190

¹¹¹ J.-J. DAIGRE « *le gouvernement d'entreprise: feu de paille ou mouvement de fond* » ; Droit & Patrimoine, juill - août 1996. 21

¹¹² D. SCHMIDT « *De l'intérêt social* » ; JCP éd E 1995, n° 38. 488

Il peut être tentant de mener le même raisonnement dans le cadre de l'AUSC, surtout que ce texte prévoit à l'article 4 que « *La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter (...). La société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés* ». Les rédacteurs du texte reprennent ainsi à leur compte les dispositions des articles 1832 et 1833 du Code civil français.

Doit-on alors penser que l'AUSC opte pour un intérêt social traduisant un intérêt commun des associés ?

Une réponse affirmative ne s'impose point, car l'une des vocations de l'AUSC est d'assurer la pérennité des entreprises en Afrique. On sait que les *actionnaires-investisseurs*¹¹³ préfèrent généralement maximiser leurs profits à court terme plutôt que d'assurer la pérennité de l'entreprise dans laquelle ils investissent. L'intérêt social pour eux relève exclusivement de la seule recherche de profit¹¹⁴. A contrario, pour les *actionnaires-entrepreneurs*, l'intérêt social repose aussi et surtout sur la croissance de la société à long terme.

Mieux, l'intérêt commun des associés suppose une égalité de traitement entre les associés, se traduisant par une prise en compte des atteintes légitimes des *actionnaires-investisseurs* qui représente généralement la minorité dans le capital social.

Les *actionnaires-investisseurs* le plus souvent minoritaires, s'opposent alors en pratique aux *actionnaires-entrepreneurs* traditionnellement majoritaires, car ils estiment que le pouvoir doit être exercé pour le profit de tous « *puisque une société ne peut être créée et gouvernée dans l'intérêt de certains associés seulement* »¹¹⁵.

On peut même aller jusqu'à penser avec Cl. Ducouloux-Favard que « *La notion d'intérêt commun est propre aux sociétés de personnes et non aux sociétés de capitaux* »¹¹⁶, dans la mesure où les associés de sociétés de personnes seraient titulaires d'une part d'intérêt.

Si on se réfère au raisonnement du Pr D. SCHMIDT, l'intérêt social risque de constituer un frein au fonctionnement des sociétés dans l'espace OHADA. Le risque est de rendre difficile les mises en réserve des bénéfices, mais également de fragiliser la répartition du pouvoir social. Dans toutes les hypothèses où un conflit entre associés¹¹⁷ menacerait la survie de la société, l'intérêt commun des associés aboutirait à accepter la disparition de celle-ci, quelle que soit son importance économique et sociale et sans même tenir compte de sa viabilité. Avouons que cela serait dommage qu'un droit qui a pour objectif de relancer l'activité économique sur le continent, la desserve au contraire.

L'intérêt social entendu comme l'intérêt commun des associés pêcherait par sa non prise en compte de la pérennité de l'entreprise, de l'emploi, au profit des seuls intérêts capitalistes à court terme des associés¹¹⁸. Il semblerait alors qu'il faille concevoir dans le cadre de l'AUSC, l'intérêt social comme l'intérêt de l'entreprise¹¹⁹. Cette approche offre plus de flexibilité puisqu'elle permet une réelle protection de la société en assurant son fonctionnement et sa pérennité, non pas uniquement l'intérêt des associés.

II- L'INTERET SOCIAL DANS L'AUSC : un moyen efficace de protection de la société

Protéger la société c'est favoriser l'activité de l'entreprise. Si comme le fait remarquer à juste titre Frank K. A JOHNSON¹²⁰, « *un régime de gouvernement d'entreprise doit protéger les droits des actionnaires et faciliter leur exercice* », il ne faut pas perdre de vue que c'est ce même régime qui doit aussi protéger l'entreprise et qu'on lui assigne comme objectif ; l'intérêt social.

Pour parvenir à une telle protection, l'intérêt social contribue au meilleur fonctionnement de la société et à sa pérennité non seulement lorsque la survie de celle-ci sera menacée par des conflits d'intérêts (A), mais aussi et surtout en facilitant la gestion sociale et en jouant un rôle prépondérant dans la répartition du pouvoir social (B).

A- L'intérêt social comme élément de règlements des conflits d'intérêts dans la société

Généralement, le mauvais fonctionnement de la société prend sa source dans les conflits d'intérêts entre associés. Or ces derniers disposent d'un pouvoir de décision qu'ils doivent utiliser conformément à l'intérêt social.

Ce n'est plus un secret pour personne, la société fonctionne selon le principe majoritaire et l'AUSC s'en accommode lorsqu'il précise à l'article 454 que « *les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte (...)* ». Ce qui ne sous-entend pas que les minoritaires sont complètement démunis, ils disposent de droit notamment lorsque la majorité commet des abus, il ne faut pas tout simplement qu'ils en abusent à leur tour.

¹¹³ Vr sur la notion, D. SCHMIDT « *Rapport de synthèse* » ; JCP éd E 1996 / 4. 25

¹¹⁴ C'est par exemple le cas depuis quelques années en France avec l'actionnariat des fonds de pension américains. Même si de plus en plus au nom de la *corporate governance*, ces fonds veulent participer au pouvoir et à la gestion sociale, leur objectif reste la rentabilité immédiate de leurs investissements.

¹¹⁵ D. SCHMIDT « *De l'intérêt commun des associés* » ; JCP éd E 1994, I, n° 404. 535

¹¹⁶ Vr Cl. Ducouloux-favard « *Actionnariat et pouvoir* » ; D 1995, Chr. 178

¹¹⁷ Ce sont les hypothèses d'abus de minorité où selon la thèse de D. SCHMIDT, les minoritaires au nom de l'intérêt commun des associés, auraient le droit de s'opposer à la réalisation d'une opération nécessaire à la survie de l'entreprise si cette survie ne sert pas leurs intérêts.

¹¹⁸ Vr dans le même sens, J-P. BERTEL, B. FIELD, C. NEUVILLE, I. VEZINET, P. BEZARD « *L'intérêt social* » ; Droit & Patrimoine avril 1997. 44

¹¹⁹ Même s'il semble judicieux de nuancer cette approche comme nous le verrons en fin d'analyse.

¹²⁰ Frank K. A JOHNSON « *Les principes de gouvernement d'entreprise (L'OCDE)* » ohadata D-06-18 ; www.ohada.com

L'abus de majorité- Alors qu'en droit français l'*abus de droit* est une création purement jurisprudentielle, dans l'optique de sanctionner tout comportement abusif lié à l'exercice du droit de vote des majoritaires¹²¹, l'AUSC a le mérite de préciser les contours de cette notion en posant de façon explicite à l'alinéa 2 de l'article 130 qu' « *il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leurs seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société* ». Les rédacteurs du texte font là une transposition de la théorie civiliste du doyen RIPERT sur l'abus de droit¹²².

L'abus de majorité tire généralement son origine dans les conflits d'intérêts entre associés, lors de la répartition ou de la mise en réserve des bénéfices. Les minoritaires souhaitent très souvent percevoir immédiatement les dividendes de leur placement, alors que les majoritaires ambitionnent de mettre en réserve le bénéfice social afin d'assurer le développement et la pérennité de la société¹²³.

Pour résoudre ce conflit d'intérêts, l'article 130 impose de tenir compte de l'intérêt de la société. Mais la double exigence d'une contrariété à l'intérêt social et d'une rupture d'égalité entre associés rend néanmoins peu aisé la caractérisation de l'abus de majorité. Mais il ne fait aucun doute qu'il s'agit bien là de la volonté du législateur de l'OHADA de protéger le fonctionnement de la société et garantir sa pérennité par l'intérêt social sous le couvert de l'abus de majorité.

L'abus de minorité¹²⁴- Les conflits d'intérêts apparaissent aussi lorsque les minoritaires en exerçant leur vote, s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors même qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société. « *Il y a abus de minorité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime* »¹²⁵.

Certaines décisions sociales, comme celles entraînant la modification des statuts, ne peuvent être prises qu'à une majorité qualifiée : Les $\frac{3}{4}$ du capital social dans la SARL¹²⁶ et les $\frac{2}{3}$ des voix exprimées dans la S.A.¹²⁷. Il est alors probable que les minoritaires disposent d'un pouvoir de blocage qui peut nuire au bon fonctionnement de la société. Là encore les rédacteurs de l'AUSC ont fait montre d'ingéniosité, contrairement à leurs homologues français qui n'ont pas prévu dans la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, la possibilité d'un abus de minorité qui ne verra le jour que plus tard avec la jurisprudence.

Les minoritaires peuvent généralement commettre deux types d'abus. L'abus peut se traduire par une décision sociale obtenue par surprise ou par une action en justice abusive, on parle d'*abus positif*. Mais l'abus qui risque d'être le plus fréquent consiste à bloquer toute modification des statuts en refusant par exemple de voter une décision d'augmentation du capital ou de prorogation de la société, on parle d'*abus négatif*. Cette seconde hypothèse mérite qu'on s'y attarde.

La frontière entre l'opposition légitime à une décision sociale dérivant du droit qu'offre l'AUSC de *voter contre* et l'opposition illégitime, constitutive d'abus de minorité n'est pas aisée à tracer. Dans les deux cas, le minoritaire vote contre parce que cela sert ses intérêts propres et non l'intérêt social. Le critère de la légitimité ou de l'illégitimité de ce vote devrait donc être recherché en dehors de l'intérêt personnel du minoritaire. Il ressort de l'article 131 que l'abus de minorité requiert deux conditions cumulatives : des décisions nécessitées par l'intérêt de la société et une absence de justification d'un intérêt légitime pour le minoritaire.

L'abus de minorité serait caractérisé par une attitude contraire à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés. A travers la société, c'est l'activité de l'entreprise que souhaite préserver l'AUSC, en faisant abstraction du seul intérêt des associés.

L'AUSC utilise l'intérêt social dans le cadre de l'abus de minorité et les décisions nécessitées par l'intérêt de la société permettent d'assurer le développement de l'entreprise.

L'abus de biens ou du crédit de la société¹²⁸- *Une autre hypothèse dans laquelle le législateur africain utilise l'intérêt social pour protéger les intérêts des acteurs sociaux c'est l'abus de biens de sociaux. Ce délit sera certainement d'ici quelques années, l'infraction la plus commise et la plus sanctionnée dans les sociétés africaines*¹²⁹.

L'administration des sociétés expose les dirigeants sociaux à certaines tentations auxquelles la pratique démontre qu'il n'est pas rare qu'ils succombent. Les rédacteurs de l'AUSC n'ont pas hésité à faire une place à la justice pénale dans le contrôle de la délinquance des affaires.

¹²¹ Vr en ce sens G. KENGNE « *Le rôle du juge en matière d'abus du droit de vote* » ; Petites Affiches 12 juin 2000, n° 116. 10 / MARIN « *Mission du juge dans la prévention des abus* » ; RJ com, n° spéc, nov 1991. 110 / De Bermond de Vaulx « *Abus et abandon de majorité* » ; Dr soc 1993, Chr. 3

¹²² Vr RIPERT « *Abus ou relativité du droit* » ; Revue critique de législation et de jurisprudence 1929. 33

¹²³ Vr C. Bailly-Masson « *L'intérêt social : une notion fondamentale* » ; Petites Affiches 9 nov 2000, n° 224. 8

¹²⁴ Vr P. MERLE « *La notion d'abus de minorité et sa sanction* » ; Petites Affiches 24 mars 1993, n° 36. 13 / A. COURET « *Le harcèlement des majoritaires* » ; Bull. Joly 1996. 112

¹²⁵ Vr art 131

¹²⁶ Vr art 358

¹²⁷ Vr art 554

¹²⁸ Vr A. DEKEUWER « *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux* » ; JCP éd E 1995, I. n° 500 / B. BOULOC « *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux* » ; Rev. Jur. Com 1995. 301 / M. PRALUS « *Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux* » ; JCP 1997, I. n° 4001 / P. GOUTAY et F. DANOS « *De l'abus de la notion d'intérêt social* » ; D. aff 1997, n° 28. 877

¹²⁹ Vr sur un plan sociologique, A. BEN MAMATA TOURE « *La fonction normative de l'ordre public au péril de la responsabilité sociale du chef d'entreprise Malien* » ; à paraître sur www.rirs.org

Aux termes de l'article 891, « *encourent une sanction pénale le gérant de la SARL, les administrateurs, le président directeur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement* ».

L'élément matériel de ce délit consiste en un usage contraire à l'intérêt social. L'*usage* ici doit s'entendre comme une appropriation, une dissipation, un simple acte d'administration ou même une omission.

Cet usage doit bien entendu être contraire à l'*intérêt social*. Il s'agit sans doute de l'intérêt de l'entreprise personne morale. Si par exemple, une société est exclusivement composée de membres de la famille du prévenu, l'intérêt de la société ne correspond ou ne coïncide pas toujours avec l'intérêt de cette famille, car l'abus de biens sociaux lèse non seulement les salariés¹³⁰ de l'entreprise, mais aussi les tiers qui contractent avec la société¹³¹.

On peut alors supposer que seront concernés tous les actes qui portent atteinte au patrimoine social. C'est le cas des rémunérations excessives versées par la société, des commissions injustifiées et exorbitantes ou encore de la prise en charge par la société de dettes personnelles des dirigeants.

L'intérêt de la société est donc le critère de la mise en œuvre du délit de biens sociaux. Pour qu'une hypothèse d'abus de biens sociaux puisse garantir un bon fonctionnement de la société, le juge africain devrait adopter une conception large de la notion d'intérêt social, seule capable de prendre en compte les intérêts des associés, le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle. L'intérêt social ici doit être identifié à celui de l'entreprise dans toutes ses composantes. L'AUSC donne au délit d'abus de biens sociaux une grande souplesse d'utilisation qui va dans le sens d'une protection efficace de la société.

B- L'intérêt social comme élément de contrôle de la gestion sociale

Aux termes de l'article 159 de l'AUSC, les associés qui s'estiment peu éclairés sur la gestion sociale, en dépit de l'ensemble des informations qu'ils auraient reçus, peuvent demander au Tribunal une expertise de gestion¹³² afin que la lumière soit faite sur les opérations de gestion qu'ils croient obscures¹³³.

Cette procédure qui se veut être une source d'information et un moyen de contrôle de la gestion sociale pour les actionnaires minoritaires s'inscrit avant tout dans « *un vaste chantier* » entamé par le législateur africain pour une meilleure protection de la société.

Aux termes de l'article 159, « *Un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que soit, demander au président de la juridiction compétente du siège social la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion* ».

Si l'institution de l'expertise de gestion est l'une des innovations majeures de l'AUSC, on peut regretter que les rédacteurs du texte soient restés muets sur les critères d'admission d'une telle procédure et sur le contenu à donner à la notion d'opération de gestion. On pourrait néanmoins imaginer que le critère formel de la nomination de l'expert est concrètement la présence d'indices graves d'irrégularité dans la gestion sociale.

L'irrégularité dans la gestion- Comme en matière d'abus de majorité ou de minorité où le législateur africain se réfère volontiers à l'intérêt de la société, on pourrait très bien imaginer la prise en compte de cette notion à l'arrière plan de la motivation du juge pour décider d'une expertise de gestion¹³⁴.

En fait, une irrégularité qui affecte la vie juridique, économique ou comptable de la société, porte généralement atteinte à l'intérêt social. L'irrégularité dans la gestion, critère de l'expertise de gestion, représenterait une atteinte à l'intérêt social, dès lors que l'irrégularité est significative au regard des éléments fondamentaux du pacte social, c'est-à-dire au regard des apports, de la répartition du résultat ou de l'entreprise commune. L'intérêt social recouvrerait immanquablement la vision économique des irrégularités sociales.

Si l'expertise de gestion est ouverte surtout à la minorité, car s'est très souvent elle qui est mal informée sur la gestion et qui a intérêt à la critiquer, rien n'interdirait a priori à un majoritaire et même un membre de l'équipe dirigeante, de se renseigner sur la

¹³⁰ Même si on peut regretter que l'AUSC à l'instar des autres législations modernes ne fasse aucune place aux salariés dans le fonctionnement et la gestion de la société.

¹³¹ Vr par rapport à la jurisprudence française, Cass Crim 26 mai 1994 ; Rev soc 1994. 771 note Bouloc

¹³² Vr sur l'expertise de gestion en droit français, R. Contin et H. Hovasse « *L'expertise de minorité dans les sociétés par action* » ; D.S., 1971, chron. 75 / Y. CHARTIER « *L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966* » J.C.P 1972, éd. G, I. 2507 / G. AMEED- MANESME « *L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966* » ; Th Clermont 1976 / P. Le CANNU « *Elément de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion* » ; Bull Joly 1988. 553 / PASQUALINI. F « *Brèves remarques sur l'expertise de gestion* » ; J.C.P éd E 1999.1283 / PASQUALINI. F et V. PASQUALINI « *Encore et toujours l'expertise de gestion* » ; J.C.P éd E 2000. 499 / Y. GUYON « *L'expertise de gestion* » ; J.- Cl, Soc, Fasc, 134-D. 8 / Y. GUYON « *Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion* » ; J.C.P.1985 éd E, I. 14593 / CADIET. L « *Brèves observations sur l'expertise en droit des sociétés* » ; Mélanges Michel JEANTIN. D.1999.151 / A. CERATI-GAUTIER « *La nouvelle expertise de gestion assure t-elle une meilleure information aux actionnaires minoritaires ?* » ; Petites affiches 5 avril 2002, n° 69. 4 / P. LE CANNU « *L'expertise de gestion à la suite de la loi N.R.E : de la chicane au dialogue* » ; [http:// www.droit21.com](http://www.droit21.com)

¹³³ Vr sur l'expertise de l'article 159, notre étude « *L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : Réflexion sur l'expertise de gestion* » ; préc

¹³⁴ D. VIDAL « *L'atteinte à l'intérêt social ; critère du domaine de l'expertise de gestion* » ; Dr. Soc 1997-1998, n°4, avril 1998. 13

nature, la portée et les conséquences de certaines opérations de gestion, sauf si sa qualité de mandataire social lui permettait d'obtenir une information suffisante.

Le juge africain devra alors prendre en compte l'intérêt de l'entreprise au moins comme un critère général implicite, mieux comme un critère explicite de l'expertise de gestion. Ce qui ne signifie pas qu'on devrait exiger du minoritaire qu'il établisse une atteinte à l'intérêt social pour que la procédure soit admise, car là se trouve justement le but même de la procédure engagée.

« *L'expertise de gestion n'est pas une sanction de la gestion ; en revanche, elle sanctionne une information insuffisante* »¹³⁵. Elle a en effet une finalité informative, puisqu'elle permettra à l'ensemble des actionnaires de savoir si les opérations de gestion entachées d'irrégularités graves sont ou non conformes à l'intérêt social. L'institution contribue ainsi à la protection de la société puisqu'elle renforce la protection de l'intérêt social¹³⁶.

L'opération de gestion critiquable- Au-delà du critère d'irrégularité grave dans la gestion sociale derrière lequel apparaît à l'arrière plan la notion d'intérêt social, il faudrait aussi prendre en compte la notion d'opération de gestion qui constitue à la fois le fondement et l'objet de la procédure et qui devrait se comprendre en faisant de la protection de l'intérêt social la finalité de la demande.

« *La mission de l'expert est entendue de façon stricte et est circonscrite rigoureusement dans le cadre de la ou les opérations de gestion en cause (...)* »¹³⁷. Mais comme son homologue français, le législateur africain ne donne aucune définition de l'opération de gestion, sans doute parce qu'il ne faut pas enfermer une notion aussi fluide dans une définition devant rendre son utilisation difficile dans la pratique, mais aussi certainement parce qu'il s'agit d'une notion de fait.

L'impossibilité relative qu'il y a à définir la notion d'opération de gestion en se fondant sur les approches matérielle et organique, commanderait d'orienter la réflexion dans un autre sens. La notion d'opération de gestion est délicate à cerner et ne saurait être définie par un seul critère qu'il s'agisse de son objet, de son auteur ou encore de son but. La notion se présenterait alors comme le fait remarquer un auteur¹³⁸ en une sorte de « *notion sans critère* » qui ne saurait être distinguée des autres grâce à l'utilisation d'un seul et même critère.

A notre sens, pour cerner cette notion, on devrait se poser la question de savoir quel est le sens qu'il convient de lui donner pour obtenir un résultat satisfaisant, s'inscrivant dans une perspective de transparence sociétaire tel que voulue par les rédacteurs de l'AUSC.

En définissant l'« *opération de gestion* » comme « *l'acte qui, ne ressortissant ni au contrôle, ni au fonctionnement social, permet l'accomplissement de l'activité sociale et dont le contenu, variable selon que sont visés uniquement les pouvoirs des dirigeants sociaux ou que s'y ajoutent, de manière résiduelle, ceux de l'assemblée* », M. MARTEAU PETIT considère la notion comme « *un concept de nature à rassembler tous les actes relatifs à la vie des affaires* »¹³⁹. Malgré son imprécision, cette définition traduit à notre sens, mieux la réalité de la notion dans le cadre de l'expertise de gestion.

L'accent doit être mis sur la finalité non pas de l'opération en cause mais de la procédure expertale envisagée¹⁴⁰, tout ceci devant s'inscrire dans la recherche d'une meilleure protection des intérêts de la société et des acteurs sociaux. Une approche extensive semblerait mieux traduire la finalité assignée à l'institution par le législateur africain, car seul doit prévaloir ici la protection de l'intérêt social¹⁴¹.

En définitive- De cette analyse, on retiendra que l'intérêt social dans l'AUSC doit se comprendre comme un intérêt qui est supérieur à celui des associés et qui ne devrait nullement pas être confondu avec l'intérêt de la majorité ou de la minorité qui parfois en est même contraire.

Il nous semble qu'il faille dans le cadre de l'AUSC prendre en compte l'intérêt de l'entreprise. Une telle vision a le mérite de faciliter l'atteinte de l'objectif des rédacteurs de ce texte¹⁴², à savoir : Favoriser et accompagner l'essor économique sur le continent qui passe par la transparence, l'équilibre, l'efficacité, le renforcement de la protection de la société et de ses partenaires, le réajustement des pouvoirs dans l'entreprise et l'élargissement des droits d'information et d'intervention des actionnaires, dont seul l'intérêt social peut garantir.

Concevoir l'intérêt social comme l'intérêt de l'entreprise semble plus pragmatique car la société est alors appréhendée non pas comme une simple fiction mais plutôt comme un agent économique. Ceci ne revient pas à dire que les intérêts des associés ne sont

¹³⁵ Vr P. Le CANNU « *Elément de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion* » ; préc

¹³⁶ Vr par rapport à la doctrine française, D. VIDAL « *L'atteinte à l'intérêt social ; critère du domaine de l'expertise de gestion* » ; préc / G. GAFFAUX-CALLEBAUX « *La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes* » ; R.T.D Com 2004. 35

¹³⁷ Vr Cotonou 17 août 2000, n° 256/2000 affaire Société Continentale des Pétroles d'Investissements, M. Séfou FAGBOHOUN, SONACOP, M. Cyr KOTY c/ Etat béninois

¹³⁸ Vr MARTEAU PETIT ; Th préc

¹³⁹ Vr MARTEAU PETIT ; Th préc. 412, 531 et s

¹⁴⁰ C'était le cas dans une affaire où le juge africain a considéré que les transferts de fonds relatifs aux opérations de rachat des actions d'une société par une autre, ainsi que les mouvements de fonds entre deux sociétés, étaient des opérations de gestion (Voir Cotonou 17 août 2000, n° 256/2000 affaire Société Continentale des Pétroles d'Investissements, M. Séfou FAGBOHOUN, SONACOP, M. Cyr KOTY c/ Etat béninois).

¹⁴¹ Vr sur la notion d'opération de gestion, notre article « *La notion d'opération de gestion au sens de l'article 159 de l'AUSC : Réflexion à la lumière du droit français* » ; www.ohada.com

¹⁴² Vr J. PAILLUSSEAU « *L'Acte Uniforme sur le droit des sociétés* » ; Petites Affiches 13 oct 2004, n° 205. 19

pas pris en compte par l'intérêt social. Il suffirait dès lors de tempérer cette approche en reconnaissant que, même si l'aspect institutionnel de la société oblige à mettre l'accent sur la personne morale et à faire la part belle à l'intérêt de l'entreprise, l'aspect contractuel de la société recommande la prise en compte du fait que se sont les associés qui ont créé l'entreprise et qu'il serait naturel que la politique sociale qui sera menée ne perde pas de vue cette légitimité originelle.

« *L'intérêt social doit donc être une harmonieuse synthèse temporelle de l'intérêt des associés et de celui de l'entreprise, au sens œcuménique que donne à cette dernière les partisans de la doctrine de l'entreprise* »¹⁴³. Cette approche qu'avait d'ailleurs déjà eu le Pr CHAPUT¹⁴⁴ a le mérite de trouver un juste milieu entre l'individualisme libéral et la prise en compte de l'intérêt général.

M. FLEURIOT écrivait qu' « *au total l'intérêt social est plus qu'un concept, c'est une référence qui ne suppose pas d'identité de vue, c'est le point cardinal qui marie le fait majoritaire avec l'intérêt de tous les actionnaires et fait en sorte que chacun ait sa part dans l'intérêt social* »¹⁴⁵. Reste alors à savoir qui doit veiller au respect strict de ce juste milieu, de ce compromis, de cet équilibre.

Qui doit déterminer l'intérêt social ? - S'il est impératif de déterminer le contenu à donner à l'intérêt social, la question peut se poser de savoir qui de l'assemblée générale ou de la direction décide du *cap* dans le silence de l'AUSC.

Les partisans de la *société-contrat*, faisant valoir l'intérêt commun des associés estiment que cette détermination ne peut relever que des associés, par le biais de l'assemblée générale qui reste l'organe souverain. Le Pr SHCMIDT dira d'ailleurs à ce propos que « *les dirigeants sociaux disposent des moyens, mais l'exercice de leur pouvoir s'inscrit dans le cadre délimité de l'objectif qui leur est fixé (...), c'est l'assemblée générale qui décide* »¹⁴⁶.

Pour ceux qui optent pour la *société-institution*, la diversité et la multiplicité des intérêts catégoriels à prendre en compte pour déterminer l'intérêt de l'entreprise, donnent aux dirigeants, mieux placés, la compétence de déterminer l'intérêt social et d'avoir cette vision d'ensemble. « *S'agissant d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise, les dirigeants vont apprécier tous les intérêts catégoriels au sein et autour de l'entreprise, ce qui leur permet de dégager l'intérêt social ; cette tâche ne relève que d'eux car ni les actionnaires, ni les administrateurs non dirigeants ne disposent des moyens et de l'information nécessaire à cette fin* »¹⁴⁷.

Mais comme le soutient brillamment le Pr J-P BERTEL¹⁴⁸, il nous semble qu'il n'appartient pas plus aux associés qu'aux dirigeants de déterminer l'intérêt social. Ces derniers n'ont qu'une obligation, c'est de le respecter, car il s'impose à eux comme un standard¹⁴⁹. Ils ont néanmoins la possibilité de s'interroger pour savoir si les résolutions prises s'y conforment, c'est là qu'entre jeu l'expertise de gestion de l'article 159.

La détermination de l'intérêt social doit échapper à ceux qui auront à le respecter, on ne peut être juge et partie. En l'absence d'une définition de l'intérêt social par l'AUSC, seul le juge africain aura le pouvoir, en appréciant son respect et sa conformité, d'en donner les véritables indices et contours. Toujours est-il que la CCJA¹⁵⁰ et le législateur africain devront y veiller, car « *l'intérêt social est sans conteste le fondement de l'intervention du juge dans la vie sociétaire* »¹⁵¹.

¹⁴³ Vr sur une approche mixte de l'intérêt social, J-P. BERTEL « *Liberté contractuelle et sociétés* » ; RTD Com 1996. 626, n° 52

¹⁴⁴ Vr Y. CHAPUT *Droit des sociétés* ; PUF, Thémis Coll. Droit fondamental, 1993 pour qui, « *dès lors qu'on parle d'intérêt (social), celui-ci risque d'éclater s'il n'assure pas un compromis efficace entre les véritables égoïstes ou altruistes en cause ; ceux des associés individuellement considérés, des cocontractants, des concurrents, comme des pouvoirs publics qui poursuivent cet impalpable intérêt général, fondement de bien des interventions législatives* ».

¹⁴⁵ Vr la citation de M. FLEURIOT in B. de BIGAULT du GRANRUT « *Corporate Governance et Démocratie* » ; Petites Affiches 7 mai 1997, n° 55. 16

¹⁴⁶ Vr D. SCHMIDT « *De l'intérêt social* » ; préc / Vr par ailleurs J. MESTRE « *La société est bien encore un contrat...* » ; MéL MOULY, Litec 1998. 131

¹⁴⁷ Vr D. SCHMIDT, op cit – Qui, tout en donnant le primat à l'intérêt des actionnaires et en estimant que c'est à l'assemblée générale de décider de l'intérêt social à poursuivre, souligne qu'il revient aux dirigeants d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise. L'auteur donne ainsi un argument de taille aux défenseurs de l'intérêt de l'entreprise qui estiment que l'intérêt social a avant tout pour vocation d'assurer la pérennité de l'entreprise.

¹⁴⁸ Vr J-P. BERTEL, op cit

¹⁴⁹ Vr St-RIALS « *Le juge administratif français et la technique du standard* » ; LGDJ, 1981 / STATI « *Le standard juridique* » ; Th Paris 1927

¹⁵⁰ Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui assure l'interprétation et l'application du traité OHADA, des règlements pris pour son application, des actes uniformes et juge en cassation les recours contre les décisions prises par les juridictions nationales en premier ressort et en appel. Parce qu'elle statue sur le fond (art 14), elle est une juridiction originale. Ses arrêts ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.

¹⁵¹ Vr J. MESTRE, S. FAYE et BLANCHARD *Lamy Sociétés commerciales*, n° 1262

DE LA SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES DANS LA PROCEDURE DE REGLEMENT PREVENTIF DE L'OHADA :

Le sort de la caution

(Notes à propos de l'Ordonnance N° 135/08 du 06 mars 2008 portant suspension des poursuites individuelles, rendu par le Président du Tribunal de Commerce de Bamako)

Mamadou I KONATE
Avocat Associé
Jurifis Consult

Bérenger Y. MEUKE
Avocat Collaborateur principal
Jurifis Consult

Le règlement préventif, tel qu'il est prévu à l'**article 2** de l'Acte Uniforme de l'OHADA, relatif aux Procédures Collectives, est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité d'une entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.

Cette procédure qui a été largement influencée par le droit français des entreprises en difficulté pourrait être rapprochée de la procédure de sauvegarde du droit français issue de la dernière réforme de 2005, en ce qu'elles tendent aux mêmes fins.

Le législateur de l'OHADA a, donc dans cette perspective, donné au Président de la juridiction concernée, un pouvoir lui permettant d'éviter la cessation des paiements du débiteur et de favoriser l'apurement de son passif.

Ce pouvoir consiste en la possibilité pour le Président de la juridiction concernée, d'ordonner la suspension des poursuites individuelles dès l'ouverture du règlement préventif tel qu'il ressort de l'**article 8** de l'Acte Uniforme précité.

Une telle décision s'accompagne nécessairement de conséquences directes sur la situation de l'entreprise qui a demandé le bénéfice de la procédure (le débiteur principal), des créanciers et des cautions.

Sur la situation de l'entreprise en difficulté et des créanciers, cette décision suspend durant toute la procédure, l'ensemble des poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances spécifiquement désignées par le débiteur principal et nées antérieurement à la décision prononçant cette suspension.

Si la situation du débiteur principal et des créanciers ne semble pas poser de difficultés, demeure le sort de la caution.

La caution peut-elle, en sa qualité, bénéficier des effets de la suspension des poursuites individuelles ordonnée en faveur du débiteur ?

Au regard des dispositions de l'**article 5** de l'Acte Uniforme précité, il est dit que seul le débiteur principal peut solliciter de la juridiction compétente, l'ouverture à son profit d'un règlement préventif.

Il en découle que la suspension des poursuites ordonnée, ne bénéficie qu'au débiteur principal, la caution ne pouvant nullement s'en prévaloir.

Par conséquent, rien n'empêche que la caution soit immédiatement poursuivie pour l'ensemble de la créance, nonobstant la suspension des poursuites individuelles.

Curieusement, une ordonnance portant suspension des poursuites individuelles rendue en date du 6 mars 2008 par le Président du Tribunal de Commerce de Bamako indique que : la « suspension concerne aussi bien les voies d'exécution, les mesures conservatoires que l'exécution, la mise en œuvre et la réalisation de toutes les garanties consenties au profit ... (du débiteur principal) »

Dans une telle situation, dès avant la formation du concordat préventif, aucune garantie apportée par la caution ne peut être réalisée pour assurer le remboursement des crédits octroyés au débiteur principal.

En l'espèce, une banque avait octroyé des crédits à une société pour lui permettre de faire face à ses activités. L'ensemble de ces crédits avait été garanti par l'un des dirigeants de la société qui s'était porté caution et avait donné en hypothèque plusieurs de ses biens immobiliers.

Traversant une situation financière difficile et craignant une cessation des paiements, cette société a demandé au Président du Tribunal de Commerce de Bamako, le bénéfice d'une suspension des poursuites individuelles devant permettre la mise en place d'un concordat préventif.

Le Président de la juridiction concerné a fait droit à cette demande.

Cependant, il a étendu par la même occasion sa décision suspendant les poursuites individuelles à l'exécution, la mise en œuvre et la réalisation de toutes les garanties consenties au profit de la société en difficulté.

En décidant ainsi, le Président de la juridiction concernée protège la caution en lui permettant de bénéficier (hors tout support juridique) de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles.

Il nous semble important de rappeler que, s'il est impératif d'éviter la cessation des paiements du débiteur principal et de permettre l'apurement de son passif, toutes décisions qui viendraient à remettre en cause le fondement des garanties et la protection qu'offre les sûretés, ne pourraient être que source d'insécurité juridique dans un contexte africain déjà largement décrié par les investisseurs et les opérateurs économiques.

Le Président de la juridiction concernée a cru pouvoir, au nom de la sauvegarde et du renflouement de l'entreprise en difficulté, faire échapper la caution de ses obligations, mais c'était sans compter avec la procédure de l'appel nullité.

En effet, même si d'après les dispositions de **l'article 22** de l'Acte Uniforme précité, la décision de suspension des poursuites individuelles, prise par le Président du Tribunal de Commerce de Bamako n'est susceptible d'aucune voie de recours, une jurisprudence française constante et bien établie permet de faire un appel nullité pour suppléer le caractère limitatif des voies de recours prévues par la loi¹⁵².

En interdisant ainsi l'exécution, la mise en œuvre et la réalisation de toutes les garanties consenties au profit du débiteur principal, le Président du Tribunal de Commerce de Bamako a largement outrepassé ses attributions telles qu'elles ressortent des **articles 5, 6, 7, 8 et 9** de l'Acte Uniforme de l'OHADA, relatif aux Procédures Collectives.

Les dispositions de **l'article 22** n'excluaient donc pas le jeu de l'appel nullité selon le droit processuel en cas d'excès de pouvoir du Président de la juridiction compétente.

D'ailleurs, il y a lieu de préciser que les dispositions de **l'alinéa 3 de l'article 18** de l'Acte Uniforme précité excluent expressément la caution du débiteur, du bénéfice du concordat préventif en ces termes, « *les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif* ».

Le législateur de l'OHADA n'a jamais voulu faire bénéficier à la caution les mesures destinées au renflouement du débiteur principal.

Il faut alors comprendre que dans l'hypothèse d'une procédure d'exécution forcée, la caution n'a pas la possibilité d'évoquer les avantages consentis au débiteur principal par les créanciers dans le cadre du concordat préventif.

La suspension des poursuites individuelles dans le règlement préventif de l'OHADA devrait donc être sans effet sur la situation de la caution personnelle du débiteur principal, sauf à ce que, comme en l'espèce, le Président de la juridiction compétente étende la décision de suspension des poursuites à la réalisation de toutes les garanties consenties au profit du débiteur principal.

Banquiers et autres organismes prêteurs, prenez garde lors de l'octroi de crédit aux entreprises, car désormais, il vous sera impossible de réaliser votre garantie en cas de règlement préventif même avec une caution personnelle du dirigeant social. En revanche, un appel nullité serait toujours envisageable.

Dans de telles conditions, on est néanmoins en droit de se poser la question de savoir si les sûretés protègent encore les intérêts des créanciers.

¹⁵² Vt Cass. Com 12 mai 1992 ; Dalloz 1992, Jur. P 345 note G. BOLARD / Cass. Com, 2 mai 2001 ; Bull n° 83, N° 98-11-329 / Cass. Com, 27 mai 2003, n° 891 FS-P
Vr aussi P. CAGNOLI, « Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté » ; LGDJ 2002, n° 501 et suivants.

Note sous l'arrêt de la Cour d'Appel d'Abidjan, Chambre Civile et Commerciale, rendu sous le numéro 383 en date du 1^{er} avril 2005, dans une affaire : Société D.L.H NORDISKK c/ Société HAIDAR BOIS EXOTIQUE dite H.B.E.

Bakary DIALLO
Docteur en Droit,
Juriste Collaborateur Externe
Jurifis Consult

L'arrêt rendu par la Chambre Civile et Commerciale de la Cour d'Appel d'Abidjan le 1^{er} avril 2005 a le mérite de replacer la procédure de règlement préventif dans son contexte réel, ce qui est conforme au texte et à l'esprit même de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif.

La société D.H.L. NORDISK, créancière de la société H.B.E de la somme en principal de F.CFA 137.144.211 poursuivait cette dernière sur la base d'un échéancier convenu entre les parties et non honoré.

A cette suite, le créancier fit servir au débiteur un commandement de payer infructueux. Contre toute attente, la société H.B.E saisit le juge d'une requête au fin d'ouverture de règlement préventif et obtint en sa faveur, une ordonnance de suspension des poursuites individuelles. En même temps qu'il lui délivra cette ordonnance, le juge saisit, désigna un expert judiciaire, chargé de lui dresser un rapport.

Dix mois après sa désignation, l'expert n'avait daigné accomplir aucune diligence et le débiteur lui-même n'avait déposé aucune offre de concordat telle que prescrit par la loi.

Contre toutes ces défaillances, et estimant que l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles, rendue en faveur de son débiteur était désormais caduque, le créancier saisit le tribunal de TOUMODI aux fins d'obtenir son annulation.

Le tribunal, contrairement à la demande qui lui a été présentée, a ordonné le maintien de la procédure d'admission au règlement préventif de la société H.B.E et a accordé un nouveau délai de deux mois à l'expert afin qu'il rende son rapport.

Le créancier qui n'entendait pas de cette oreille là, a interjeté appel contre ce jugement. Visiblement, on assistait selon lui, à un détournement de procédure dans la mesure où le débiteur utilisait l'ordonnance de suspension comme un moyen d'échapper à ces créanciers selon le créancier, la carence de l'expert ne pouvait justifier l'octroi d'un délai supplémentaire de deux mois accordé par le tribunal alors même que le délai maximum prévu par l'article 13 de l'Acte uniforme était arrivé à échéance 5 mois auparavant.

La question posée au plan du droit tenait à celle-ci : le tribunal saisi d'une demande d'ouverture de règlement préventif peut-il, à l'expiration du délai légal fixé pour le dépôt du concordat préventif, accorder un délai supplémentaire, lequel va au-delà du délai maximum légal ?

La Cour d'Abidjan, à l'instar de l'appelante, décide que les dispositions des articles 8 et 13 de l'Acte uniforme l'Acte uniforme portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif ne permettent pas une telle possibilité. Elle a donc prononcé l'annulation de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles.

Ce faisant, le juge d'appel réalise une parfaite application des dispositions de l'AUPCAP, tant dans l'appréciation de la mise en œuvre de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles que de son utilisation à des fins purement dilatoires.

I. L'Objet de l'ordonnance suspension provisoire des poursuites individuelles

Aux termes de l'article 8 de l'AUPCAP, le chef d'entreprise a seul, la faculté de saisir le juge d'une demande tendant à obtenir la suspension des poursuites individuelles à son encontre. Cette demande doit être motivée par des difficultés susceptibles de le conduire à l'état de cessation des paiements **(A)**. Il revient ensuite au juge saisi, après qu'il ait ordonné la suspension provisoire des poursuites individuelles, de désigner un expert qui doit lui présenter un rapport dans un délai ne pouvant excéder deux mois **(B)**.

A. Les difficultés invoquées par le débiteur doivent être réelles

Au delà de l'appellation de la procédure de règlement préventif, le législateur africain a, entre autres, modifié un certain nombre de règles applicables à cette procédure, qu'il a souhaité moins dirigiste.

Le règlement préventif est une procédure destinée aux entreprises en difficulté, qui souhaitent éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité, en présentant un plan d'apurement du passif au moyen d'un concours préventif.

La prévention dans un tel contexte, vise à favoriser la prise de conscience des difficultés de l'entreprise par ceux qui ont le pouvoir de direction dans cette entreprise, et la capacité d'agir : il s'agit en quelque sorte de mobiliser les décideurs.

L'article 5 de l'AUPCAP permet ainsi aux dirigeants de l'entreprise en difficulté de présenter au Président de la Juridiction compétente en matière commerciale, une requête tendant à la désignation d'un Expert avec un projet de plan d'apurement de ses dettes.

La requête du chef d'entreprise doit exposer la situation économique et financière de l'entreprise et présenter les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif. L'article 2 de l'AUPCAP envisage « une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise ». La formule utilisée est en elle-même, assez parlante.

Vu sous cet angle, le règlement préventif ne peut être utilisé comme un moyen dilatoire. Le demandeur qui en fait la demande d'ouverture au juge ne doit pas être en état de cessation des paiements. Si tel était le cas, il y a plutôt lieu d'ouvrir immédiatement le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. En l'absence d'état de cessation des paiements, les difficultés doivent seulement être de nature à l'y conduire.

L'impossibilité dans laquelle se trouvait la société H.B.E de rembourser une dette aussi importante de montant de F.CFA 137.144.211 FCFA pouvait simplement n'être qu'une difficulté ponctuelle qui, non résolue, pouvait conduire à l'état de cessation des paiements. Cette difficulté prévisible, peut être passagère, mais elle pourrait bien être qu'une partie visible des difficultés réelles du débiteur, de nature à compromettre la poursuite de l'exploitation.

Les difficultés doivent certes être sérieuses, mais ce sont des difficultés, qui traitées à temps, permettent de restaurer la confiance et sauver l'entreprise et l'exploitation.

Tout l'intérêt de la procédure du règlement préventif réside dans le fait qu'il se déroule suivant un cadre législatif et judiciaire organisé, au sein duquel la confiance et la liberté contractuelle doivent prévaloir. Mais c'est une tâche bien délicate que de s'efforcer de concilier des objectifs antinomiques du créancier et du débiteur en opposition.

Le mérite du législateur est d'avoir déplacé le « curseur » vers la prévention, en misant sur la capacité et le génie d'anticipation du chef d'entreprise. Il a voulu créer un cadre propre à restaurer la confiance entre débiteurs et Créanciers. Chacun doit avoir un intérêt à l'élaboration d'un plan de règlement crédible, sur la base d'accord clair, sécurisé et sécurisant. Cette confiance est renforcée par l'intervention et la supervision du tribunal qui désigne l'expert chargé pour ce faire.

B. La décision de suspension des poursuites individuelles ne doit pas être automatique

Dès le dépôt de la procédure de concordat préventif, le Président du Tribunal peut rendre une décision de suspension des poursuites s'appliquant à tous les créanciers nommément visés par la requête.

Cette décision de suspension des poursuites individuelles est avant tout une phase préparatoire nécessaire au règlement préventif. Elle requiert en principe célérité, toute chose qui ne peut s'accommoder du formalisme préalable à un jugement. Le législateur de l'OHADA a voulu que ce soit le président de la juridiction compétente qui statue par voie d'ordonnance et non le tribunal par voie de jugement, la rédaction de l'article 8 [AUPCAP](#) ne laisse sur ce plan, aucun doute.

Si bien que les modalités de saisine de la juridiction compétente ont été simplifiées au maximum, puisque le président de la juridiction est saisi par la voie d'une simple requête du débiteur, exposant sa situation économique et financière et présentant les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif.

La requête en règlement préventif présentée par le débiteur, devra nécessairement indiquer les créances pour lesquelles le débiteur demande la suspension des poursuites individuelles.

La décision de suspension des poursuites individuelles elle-même n'est en principe, susceptible d'aucune voie de recours (article 22). Elle est rendue au provisoire : il faut attendre la décision d'homologation pour exercer, le cas échéant, des voies de recours.

L'article 9, alinéa 1 de l'Acte Uniforme Portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif dispose que « la décision prévue à l'article 8 ci-dessus suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à la décision ».

La suspension des poursuites individuelles concerne donc aussi bien les créanciers chirographaires que ceux munis de privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales, à l'exception des créanciers de salaires (CA Abidjan, n° 272, 26-2-2002 : ASH International Disposal c/ Mademoiselle Damey Sany Solange¹⁵³ ; CA Abidjan, civ. & com., n° 89, 16-1-2001 : Sté WORLD CITY c/ Grodji Djokouchi Jean)¹⁵⁴.

La suspension de poursuites individuelles ne vise que les seules actions tendant au paiement des créances nées antérieurement à l'ordonnance du président du tribunal (CA Abidjan, n°1030, 22-7-2003 : K.B c/ LA SOCIETE EQUIP-AGRO CI)¹⁵⁵. Toutes les autres actions peuvent être poursuivies : actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées, actions cambiaires dirigées contre les signataires d'effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles (CA Abidjan Ch. civ. et com., n°633, 11-6-2004 : Sté DAFNE et un autre c/ SGBCI CI)¹⁵⁶.

¹⁵³ www.ohada.com, Ohadata J-02-156

¹⁵⁴ www.ohada.com, Ohadata J-02-80

¹⁵⁵ Le Juris Ohada n° 1/2005, janvier-mars 2005, p. 35, www.ohada.com, Ohadata J-05-193 ; voir sous art. 18 et 72 ci-après).

¹⁵⁶ www.ohada.com, Ohadata J-05-261

Par ailleurs, non seulement, les voies d'exécution qui ont produit leurs effets avant la décision ou l'ordonnance de suspension provisoire des poursuites ne peuvent plus être remises en cause, mais également, les créanciers dont le titre serait postérieur à l'ordonnance pourront exercer librement toutes les voies d'exécution.

La créance doit donc nécessairement être antérieure à l'ordonnance de suspension. Mais la notion de créance antérieure, elle même, est au centre d'une vive controverse doctrinale et jurisprudentielle¹⁵⁷. Il demeure toutefois acquis que pour situer la date de naissance de la créance ou de son origine, on peut se référer au fait générateur de la créance (le fait ou l'acte juridique) qui en est la source.

En l'espèce l'antériorité de la créance de la société D.H.L. NORDISK sur la débitrice ne fait l'ombre d'aucun doute.

Mais une fois la demande de suspension émise par le débiteur, l'article 8 de l'Acte uniforme précité ne fait aucune obligation au Président d'accorder l'ordonnance. Il ne doit prendre cette décision de suspension que si la proposition de concordat lui paraît sérieuse c'est-à-dire, à même de permettre raisonnablement le redressement de l'entreprise et le paiement des créanciers.

Sur ce plan, les juges pèchent quelque peu. Or, il est essentiel que le juge garde rigoureusement cette faculté d'appréciation de la réalité et du sérieux des offres concordataires. Il doit, de façon permanente, avoir présent à l'esprit les objectifs principaux poursuivis par les procédures collectives, à savoir : le redressement de l'entreprise et le paiement des créanciers.

II. La portée de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles

La décision d'ordonnance de suspension des poursuites individuelles s'accompagne de la désignation d'un expert dont la mission est de présenter un rapport objectif de la situation de l'entreprise (A) ; il n'en demeure pas moins que l'on peut s'interroger sur la pertinence de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles comme instrument de traitement des entreprises en difficulté (B)

A- La désignation et la mission de l'expert

Le président du tribunal dispose d'une très grande marge de liberté quant à la désignation de l'expert dans la mesure où la nature de l'expertise elle même est incertaine. Cette expertise constitue le plus souvent un audit/diagnostic de l'exploitation, dont le but est de déterminer les chances de redressement de l'entreprise et le succès.

L'Expert procède à l'examen de la situation de débiteur et recherche un accord éventuel avec les créanciers ; ceux-ci peuvent accepter des délais ou remises, mais en cas de désaccord, ils ne peuvent imposer un délai de paiement supérieur à deux ans. Si les conditions légales sont requises, le Tribunal homologue le concordat préventif qui devient alors obligatoire pour tous les créanciers et opposable.

La mission de l'expert est de permettre un plan de sauvetage de l'entreprise en difficulté en dehors de toute décision de justice, de manière rapide et confidentielle. Le but recherché est de favoriser un accord entre l'entreprise en difficulté et ses principaux créanciers.

L'expert doit présenter un rapport sur la situation économique et financière réelle de l'entreprise compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif (et cela dans les conditions et avec les effets figurant aux articles 8, 12 et 13).

Il doit également offrir une « photographie » de la « santé financière » tangible de l'entreprise qui présente la demande au bénéficiaire du règlement préventif. À cet effet, il peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les commissaires aux comptes, les comptables, les représentants du personnel, les administrations publiques, les établissements bancaires ou financiers ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur (article 12 de l' Acte uniforme).

L'expert est normalement informé de sa mission par lettre recommandée ou par tout autre moyen laissant trace écrite du Président de la juridiction compétente ou du débiteur, dans le délai de huit jours suivant la décision de suspension des poursuites individuelles (art.8, al.3).

Dans le cas de l'espèce, une fois qu'il a bénéficié de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles, le débiteur s'est gardé de signifier la décision à l'expert dans les huit jours. Il a fallu que ce soit le créancier lui même qui informe l'expert de sa désignation par le tribunal, deux mois après le prononcé de l'ordonnance.

À cette première négligence du débiteur s'est ajoutée la carence de l'expert, qui est resté dix mois sans approcher le créancier. Or la principale mission de l'expert est de prêter ses bons offices pour parvenir à la conclusion d'un accord sur les modalités de redressement de l'entreprise et l'apurement de son passif.

Dans l'esprit du législateur, les choses sont claires, le rapport contenant le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers, doit être déposé au greffe du tribunal compétent dans les deux mois de sa saisine, au plus tard, sauf autorisation motivée du Président de proroger ce délai d'un mois.

¹⁵⁷ Françoise Pérochon et Régine Bonhomme, Entreprises en difficulté, Instrument de Crédit et de paiement, 4e éd L.G.D.J., pages 161 et suivantes.

On est tenté de dire que ce délai légal est impératif dans la mesure où le législateur envisage même la mise en œuvre de la responsabilité de l'expert auprès du débiteur ou du créancier qui aurait été lésé (article 13).

Ces manquements du débiteur et de l'expert en l'espèce, sont pour le moins préjudiciables au créancier qui voit la procédure de recouvrement de sa créance fortement paralysée.

Le dévoiement de la procédure est clairement établi. Le comportement du chef d'entreprise est tout simplement contraire à l'esprit de l'Acte uniforme.

B. Un recadrage nécessaire

Le règlement préventif n'est pas une négociation bilatérale entre le débiteur et son créancier: il se déroule certes sous l'autorité du tribunal et avec l'aide d'un expert dont le rôle est crucial. Il se déroule dans un cadre contractuel. À ce titre, il mérite d'être encouragé. Il doit cependant être mieux défini et distingué de la partie la plus contraignante de la procédure collective. À cet effet, la possibilité d'ordonner, au cours de la procédure, la suspension provisoire des poursuites doit être mieux encadrée.

L'ordonnance de suspension des poursuites individuelles ne doit pas en réalité, être automatique. Si son utilité est invoquée en tant qu'« arme » de dissuasion destinée à forcer les créanciers réticents à un accord, elle pourrait cependant être à l'origine d'un détournement de procédure mal contrôlée, et nuire à la clarté de la procédure collective elle-même.

Il est donc indispensable, de n'en faire qu'un usage à dose « homéopathique ». La possibilité de prononcer la suspension des poursuites ne nous paraît pas être l'instrument le mieux adapté pour favoriser l'aboutissement de la procédure de règlement préventif.

En vérité, la réalité des choses est accessible à l'intelligence du dirigeant, qui sait parfaitement si son entreprise est solide ou au contraire fragile. Même si une conjoncture difficile peut expliquer cette « détresse » financière.

L'ordonnance de suspension des poursuites individuelles peut être une arme à double tranchant : à l'état de menace, elle est un moyen de pression sur les créanciers qui envisagent avec réticence la signature d'un concordat ; mais si cette menace est mise à exécution, elle fait l'objet d'une publicité et nuit à la réputation de l'entreprise.

Lorsque la proposition de concordat n'est pas sérieuse, le juge devra envisager l'ouverture d'une procédure collective de redressement, voire, de liquidation des biens.

Pour être crédible et emporter la conviction du tribunal et des créanciers, la proposition de concordat ne doit pas consister en des perspectives, même bien évaluées, mais, en des mesures concrètes et des propositions réelles portant sur le règlement des charges de personnel, des engagements des fournisseurs, des remises et des délais susceptibles d'être accordés par les créanciers en vue de redémarrer l'activité et apurer le passif. Tel n'est pas le cas d'un projet de concordat consistant en des propositions simplement théoriques (TGI Ouagadougou, n° 100 bis, 24-1-2001 : Liquidation des biens des Établissements Korgo Issaka et frères)¹⁵⁸.

À notre sens, la quasi systématisation de la suspension provisoire des poursuites et la faculté qui est accordée au dirigeant de l'entreprise d'être le seul à pouvoir faire cette demande ne nous paraît pas être une bonne méthode et ne paraît pas être l'instrument le mieux indiqué pour favoriser l'aboutissement du règlement préventif.

En effet, lorsqu'une entreprise éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou lorsque ses besoins ne peuvent plus être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise, il n'est pas toujours exclu que celle-ci trouve son origine dans des carences de gestion imputables au dirigeant de l'entreprise ou/et dans un déclin progressif mais inexorable du créneau de marché exploité.

En sorte, il n'est pas rare que celui-ci utilise cette procédure comme un moyen dilatoire, qui pourrait aller jusqu'à lui permettre d'organiser son insolvabilité.

La nécessité de faire parfois pression sur des créanciers récalcitrants pourrait être mieux satisfaite par la désignation préalable de l'expert avant le prononcé de la suspension des poursuites individuelles.

Dans notre perspective, c'est l'expert qui, après avoir examiné la situation du débiteur, se chargera par la suite, selon les circonstances et selon son appréciation objective, de solliciter ou non du président du tribunal l'ordonnance de suspension des poursuites.

Il convient donc de s'interroger sur l'opportunité de maintenir sous sa forme actuelle, la procédure de suspension provisoire des poursuites individuelles qui constitue une « intrusion » réelle de la logique judiciaire dans une démarche d'essence contractuelle fondée sur la confiance mutuelle entre le débiteur et ses créanciers et sur l'échange des consentements.

¹⁵⁸ ohada.com, Ohadata J-02- 59, obs. J. ISSA- SAYEGH.

Il est au demeurant paradoxal de laisser à la seule initiative du débiteur la possibilité de solliciter et d'obtenir la suspension brutale d'une procédure de recouvrement de créance entamée contre lui, par le seul effet d'une requête (même motivée) adressée au Président, sans que le créancier poursuivant soit au préalable informé du bien fondé de cette démarche et d'attendre de lui, qu'il contribue efficacement et dans un climat de confiance, au traitement des difficultés de son débiteur (parfois de parfaite mauvaise foi).

Du reste, il est malaisé d'apprécier l'étendue des difficultés de l'entreprise sur la seule foi des déclarations du débiteur. Ces difficultés peuvent parfaitement masquer un état de cessation des paiements, dans ce cas, la possibilité qui lui est offerte de repousser l'ouverture de la procédure de liquidation des biens est réelle.

L'octroi de délais de paiement pour soulager la trésorerie de l'entreprise suppose la connaissance d'une information correcte sur l'entreprise permettant de mesurer et d'analyser les causes de ses difficultés. Cette information peut être donnée avec plus d'objectivité par l'expert qui est plus à même de ce fait de convaincre les créanciers que la suspension des poursuites est une mesure incontournable.

Mais la suspension des poursuites peut être justifiée par la situation de l'entreprise qui présente des perspectives sérieuses de surmonter ses difficultés.

D'ailleurs, jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, la jurisprudence française considérait que la responsabilité du créancier pouvait être ultérieurement recherchée pour avoir soutenu abusivement une entreprise débitrice, en accordant, en connaissance de cause, des délais de paiement à un débiteur dont la situation *était irrémédiablement compromise*¹⁵⁹.

Au demeurant, le débiteur a toujours la possibilité de saisir le juge sur la base de l'article 1244-1 du code civil aux fins d'obtenir au cas par cas des délais de paiements sans passer par cette voie de suspension.

Par ailleurs, la lecture des articles relatifs au règlement préventif soulève de nombreuses questions qui restent non encore résolues. Le débiteur est-il tenu, par exemple, lorsqu'il sollicite l'ordonnance de suspension des poursuites, de déclarer toute l'étendue de ses dettes ? A-t-il la liberté de choisir les dettes qui lui semblent les plus importantes pour la survie de son entreprise ? quel sera le sort des autres créances ?

Si le débiteur indique une partie de sa dette vis-à-vis d'un seul créancier, doit-on considérer que seul ce créancier est tenu par la suspension des poursuites ?

Ce sont toutes ces questions et tant d'autres qui nourrissent le débat juridique autour de la mise en pratique de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles.

L'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif est une remarquable évolution sur le droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA. Cependant, à bien des égards, il pose des difficultés importantes d'interprétation et de mise en application telles que celles concernant les dispositions des articles 8 et 13.

En toutes manières, cet arrêt rendu par la chambre civile et commerciale de la Cour d'appel d'Abidjan ne peut souffrir d'aucune contestation. Il fait une bonne application de l'esprit et de la lettre des articles 8 et 13 de l' [AUPCAP](#).

¹⁵⁹ Pour une application à une caisse de sécurité sociale, V, cass.com, 10 décembre 2003: JCP 2004, 252, note D. LEGEAIS.

LA CLAUSE DE MOBILITE ET LE CONTRAT DE TRAVAIL

Moussa SINAYOKO
Avocat Collaborateur
Jurifis consult

Le contrat individuel de travail est la convention en vertu de laquelle une personne s'engage à mettre son activité professionnelle moyennant rémunération sous la direction et l'autorité d'une autre personne appelée employeur.

Assez souvent, l'employeur, plus averti que le salarié arrive à proposer à ce dernier une clause de mobilité dans son contrat de travail, ce qui constitue en pratique un motif fréquent de litige.

Cette clause permet à l'employeur de déplacer géographiquement un salarié. Elle est quasi systématiquement prévue dans les contrats de travail en raison de la conjoncture économique actuelle qui amène les employeurs à prévoir, le déploiement territorial des entreprises, donc de leurs salariés.

Si la mutation n'est pas un principe évident pour un salarié, elle appartient à une culture de mobilité que l'employeur ne peut plus ignorer. Il doit respecter néanmoins un cadre juridique protecteur des intérêts du salarié.

Le salarié qui a signé une clause de mobilité lors de son engagement est obligé de suivre l'entreprise où qu'elle aille.

En refusant la mutation géographique, celui-ci risque un licenciement pour faute grave. Sauf à démontrer un éventuel abus de l'employeur. L'application d'une clause de mobilité est valable si elle intervient exclusivement dans l'intérêt de l'entreprise, et non comme un moyen déguisé pour l'employeur de licencier un salarié.

Lorsque le contrat ne prévoit pas de clause de mobilité, le principe est simple mais déroutant.

Ce n'est pas parce que le contrat ne contient pas de clause de mobilité que le salarié est en droit de refuser automatiquement un déplacement.

En l'absence d'une telle clause, il faut se reporter au contrat, le lieu de travail est-il précisé à titre indicatif ?

En principe, la mention du lieu de travail a simple valeur d'information, sauf dispositions contraires explicites, du type « ce lieu constitue une condition essentielle et déterminante du contrat pour l'employé ».

Actuellement, les juges décident que le lieu de travail est un simple élément du contrat qui peut-être modifié sans même l'accord du salarié.

Avant toute considération juridique, le salarié doit se poser une question : tient-il d'abord à son emploi ou à son lieu de travail ?

On peut avoir de bonnes raisons de refuser une mutation. Mais, sans raison parfaitement valable, c'est s'exposer à un licenciement. Autant bien y réfléchir avant.

QUELQUES INFORMATIONS PRATIQUES SUR LES ASSEMBLEES GENERALES D'ACTIONNAIRES DANS L'ESPACE OHADA

Bérenger Y. MEUKE
Docteur en droit des affaires
Avocat Collaborateur Principal
Jurifis Consult

L'assemblée générale annuelle est le moment privilégié pour l'actionnaire de s'informer sur la situation de la société et de s'exprimer sur la gestion sociale.

Son objet principal est l'approbation des états financiers de synthèse de l'exercice qui sont présentés par le conseil d'administration ou l'administrateur général.

Les actionnaires peuvent intervenir pour poser des questions aux dirigeants sociaux.

Un certain nombre de résolutions sont soumises au vote des actionnaires lors de ces réunions, notamment sur l'affectation des résultats, la nomination des membres du conseil d'administration et des commissaires aux comptes, ou encore l'approbation des contrats conclus entre la société et ses dirigeants.

En assemblée générale extraordinaire, les actionnaires sont appelés à voter des résolutions particulières relatives aux modifications des statuts de la société et des autorisations d'émission de titres de capital ou donnant accès au capital.

Comment s'informer ?

Comment participer à l'assemblée générale ?

Comment s'exprimer ?

Comment prendre contact avec les sociétés ?

I- COMMENT S'INFORMER ?

L'actionnaire doit savoir comment s'informer, participer et s'exprimer lors d'une assemblée générale d'actionnaires.

Les actionnaires disposent de deux droits fondamentaux :

- celui de se faire communiquer des documents sur la société dont ils sont actionnaires,
- celui de poser des questions aux dirigeants sur la gestion et plus généralement la vie sociale,

Le droit de communication s'exerce :

- à l'occasion de la réunion des assemblées générales ; c'est le droit de communication « préalable »,
- en dehors de toute réunion ; c'est le droit de communication « permanent ».

Les documents que les sociétés sont tenues de mettre à la disposition de leurs actionnaires sont définis de manière limitative par l'article de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et diffèrent selon qu'il s'agit du droit de communication préalable ou permanent.

Par ailleurs, les sociétés ne sont pas tenues de transmettre certains documents, qui peuvent seulement être consultés sur place.

De manière générale, les documents suivants sont accessibles aux actionnaires :

- l'inventaire, des états financiers de synthèse et de la liste des administrateurs lorsqu'un conseil d'administration a été constitué,
- les rapports du commissaire aux comptes et du conseil d'administration ou de l'administrateur général,
- l'exposé des motifs, des résolutions proposées, ainsi que les renseignements concernant les candidats au conseil d'administration ou au poste d'administrateur général,
- la liste des actionnaires,
- le montant global certifié par le commissaire aux comptes des rémunérations versées aux dix ou cinq dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés selon que l'effectif de la société excède ou non deux cents salariés.

Ces informations peuvent être fournies séparément ou dans un document d'ensemble qui est, le plus souvent, le rapport annuel. Selon qu'il s'agit du droit de communication préalable ou permanent, ces informations sont disponibles pour l'exercice écoulé ou pour les trois derniers exercices.

Ces informations peuvent être obtenues :

- **sous forme d'envoi de la part de la société** ; en justifiant de sa qualité d'actionnaire. Dans le cadre du droit d'information préalable, la demande peut être présentée entre la date de convocation à l'assemblée générale et le quinzième jour qui précède la tenue de la réunion. Sauf en ce qui concerne l'inventaire, le droit pour l'actionnaire de prendre connaissance emporte celui de prendre copie à ses frais.
- **en consultation au siège social ou à la direction** ; le droit de consultation peut être exercé soit par l'actionnaire, soit par le mandataire désigné par lui pour le représenter à l'assemblée générale, et ce à compter de la date de convocation et au moins pendant les quinze jours qui précèdent la tenue de l'assemblée.

Les informations diffusées par les sociétés

- Le rapport annuel

Il est l'outil de communication privilégié des sociétés : outre les états financiers de synthèse, il présente l'entreprise, la situe éventuellement par rapport au secteur dans lequel elle exerce son activité, et comporte en général des indications sur les projets de l'entreprise et sa stratégie à moyen et long termes. Souvent enrichi de tableaux, graphiques et organigrammes, il est un outil précieux d'information. Ce n'est pourtant pas un support de communication uniforme et sa forme comme son contenu peuvent varier selon les sociétés.

- Le rapport d'activité semestriel

L'Acte Uniforme de l'OHADA fait obligation aux sociétés dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un ou plusieurs Etats parties de publier un rapport d'activité semestriel qui commente les données relatives au chiffre d'affaires et au résultat du premier semestre. Ce rapport doit décrire également l'activité de la société au cours de cette période, l'évolution prévisible de cette activité jusqu'à la clôture de l'exercice ainsi que les événements importants survenus au cours du semestre écoulé.

Les questions écrites

Préalablement à la tenue d'une assemblée générale, tout actionnaire peut poser des questions écrites au président du conseil d'administration, au président directeur général ou à l'administrateur général qui est tenu de lui répondre au cours de l'assemblée.

II- COMMENT PARTICIPER A L'ASSEMBLEE GENERALE ?

Le régime de participation aux assemblées générales prévoit que le droit de participer à une assemblée générale est ouvert aux personnes qui ont acquis des actions de la société concernée ou en sont propriétaire.

La convocation des assemblées est faite par avis de convocation inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. L'avis de convocation doit parvenir ou être porté à la connaissance des actionnaires quinze jours au moins avant la date de l'assemblée sur première convocation et six jours au moins pour les convocations suivantes.

Cet avis de convocation indique outre les informations relatives à la société et à la nature de l'assemblée, où doivent être déposées les actions au porteur ou le certificat de dépôt de ces actions, pour ouvrir droit de participer à l'assemblée, ainsi que la date à laquelle ce dépôt doit être fait.

L'assemblée générale ordinaire ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant droit de vote. Si ce n'est pas le cas, une deuxième assemblée doit être réunie, pour laquelle aucun quorum n'est exigé. L'assemblée générale ordinaire statue à la majorité des voix exprimées.

Quant aux assemblées générales extraordinaires, les quorums exigés sont la moitié des droits de vote sur première convocation et le quart lors de la seconde.

L'assemblée générale extraordinaire statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées.

III- COMMENT S'EXPRIMER ?

Les actionnaires peuvent intervenir lors des assemblées générales. S'ils détiennent eux-mêmes un nombre suffisant de titres ou se groupent pour atteindre ce nombre, ils peuvent requérir l'inscription, à l'ordre du jour, d'un projet de résolutions.

La fraction du capital social nécessaire pour déposer un projet de résolution est de :

- 5% du capital social, si le capital de la société est inférieur à un milliard (1. 000 000 000) de francs CFA ;
- 3% du capital social, si le capital de la société est compris entre un milliard (1. 000 000 000) de francs CFA et deux milliards (2. 000 000 000) de francs CFA ;
- 0,5% du capital social, si celui-ci est supérieur à deux milliards (2. 000 000 000) de francs CFA

Le projet de résolution, pour être inscrit à l'ordre du jour et soumis au vote de l'assemblée, doit être envoyé à la société par lettre au porteur contre récépissé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par télex ou par télécopie, dix jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale.

La demande doit être accompagnée du texte des projets de résolution qui peuvent le cas échéant être assortis d'un bref exposé des motifs.

Les actionnaires peuvent voter par procuration. A défaut d'assister personnellement à l'assemblée générale, l'actionnaire peut donner une procuration à un autre actionnaire ou à tout mandataire de son choix.

La procuration doit comporter les nom, prénom, domicile, nombre d'actions et droit de vote du mandant. Elle comporte en outre l'indication de la nature de l'assemblée pour laquelle la procuration est donnée, ainsi que la signature du mandant précédé de la mention « *bon pour pouvoir* » et la date du mandat.

La procuration donnée ainsi n'est valable que pour une assemblée. Elle vaut cependant lorsqu'une seconde assemblée ordinaire est convoquée avec le même ordre du jour.

La procuration peut aussi être donnée pour deux assemblées l'une ordinaire, l'autre extraordinaire tenues le même jour ou dans un délai de sept jours.

IV- COMMENT PRENDRE CONTACT AVEC LES SOCIETES ?

Le service des relations actionnariales des sociétés

Dans les grandes sociétés, il existe parfois un service chargé des relations avec les actionnaires. La mission de ces services est la préparation du rapport annuel et des divers documents destinés aux actionnaires (lettres aux actionnaires, convocations aux assemblées, organisation des assemblées générales et des réunions d'actionnaires, la gestion administrative des titres, etc.)

Ce service répond aussi aux questions que les actionnaires individuels peuvent se poser, tant sur l'évolution des cours de bourse que sur des problèmes pratiques tels que le versement des dividendes, les dates d'assemblées générales et les modalités pour y assister ou pour voter par procuration.

Les autres services

Lorsqu'il n'existe pas de service chargé des relations avec les actionnaires, la diffusion des documents d'information et la gestion administrative des titres sont généralement confiées à la direction financière, à la direction de la communication ou encore à la direction générale.

LE DROIT DE RETENTION EN TANT QUE SURETE : FICTION OU REALITE

Moussa SINAYOKO
Avocat Collaborateur
Jurifis consult

Les sûretés, on le sait, ajoutent aux créances une facette miroitante, la sécurité.

En pratique, les juristes ont lentement dessiné les sûretés appelées garanties pour réduire les risques d'un défaut de paiement, en donnant au créancier, sur les biens du débiteur ou d'un tiers, une action prioritaire (sûreté réelle) ou supplémentaire (sûreté personnelle).

Les sûretés réelles mobilières au nombre desquelles le droit de rétention sont, de loin les sûretés les plus nombreuses et les plus usitées dans la pratique.

L'acte uniforme de l'OHADA relatif aux sûretés a définitivement conféré à cette dernière sûreté son caractère de sûreté légale.

Historiquement, les sûretés avec dépossession sont apparues les premières. Faciles à réaliser, la dépossession du débiteur, suivie de la remise du bien au créancier remplissait deux fonctions essentielles : d'une part, permettre au créancier d'être assuré que son débiteur ne dissiperait pas le meuble ; d'autre part, la dépossession servant de mesure de publicité auprès des créanciers du débiteur qui ne pourront ignorer que le bien ne fait plus partie du patrimoine de leur obligé, donc leur gage général, puisqu'il en était sorti.

Sous l'empire de la loi de l'OHADA, deux types de sûretés illustrent parfaitement cette garantie : le gage et le droit de rétention.

Le droit de rétention qui retient notre attention dans le cadre de la présente note permet à un créancier, qui détient légitimement un bien de son débiteur, de le retenir jusqu'à complet paiement de ce qui lui est dû (article 41AUS).

Ainsi, un prestataire (garagiste) sur une chose (véhicule ou moteur) peut retenir celle-ci tant que le débiteur du coût de son intervention n'en aura pas acquitté le montant intégral.

Le droit de rétention est un vestige de justice privée dans la mesure où le créancier se passe de l'accord du débiteur ou d'une décision de justice pour utiliser ce droit.

La nature juridique du droit de rétention donne lieu à débat : c'est en cela que l'on pourra légitimement s'interroger : le droit de rétention est-il une sûreté fictive ou une « sûreté réelle » ?

Dans le cas où le créancier exerce son droit de rétention sur un bien appartenant à son débiteur, celui-ci ne peut faire lâcher prise au créancier que s'il lui offre une sûreté réelle et non personnelle telle qu'une caution ou une garantie à première demande.

Dans tous les cas, la loi exige que le créancier exerce son droit de rétention avant de saisir la chose détenue mais en présence de saisies pratiquées avant que le créancier n'ait exercé ce droit, il ne peut plus l'utiliser.

Dés lors, il en résulte que si le droit de rétention ne peut s'exercer sur un bien déjà saisi, il ne peut laisser la place à une saisie ou plutôt à une opposition de la part du créancier.

Pour vaincre la résistance d'un débiteur, le créancier rétenteur de son bien qui ne reçoit pas paiement de sa créance, peut après signification faite à celui-ci et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage.

Sur cette base, le créancier rétenteur convertit son droit de rétention en droit de gage en passant à la réalisation de sa sûreté.

Le créancier rétenteur ne peut exercer ses droits de suite et de préférence qu'en suivant la procédure prévue pour la réalisation du gage.

Il apparaît dès lors que la loi fait du droit de rétention une sûreté active et achevée de portée générale même s'il apparaît très clairement que cette « sûreté réelle » en apparence ne se réalise que par combinaison des dispositions applicables à la réalisation du gage, cette autre « sûreté réelle ».

1) La banque qui laisse fonctionner pendant plus de 3 mois un compte au solde débiteur sans réagir se trouve déchu du droit aux intérêts

Cass / Civ 22 janvier 2009 – Rejet, Numéro: 05-20176

En l'espèce, une banque accorde un prêt d'un montant de 23.000 euros remboursable en 57 échéances à une cliente. Les mensualités n'étant pas remboursées, la banque assigne la cliente au paiement du prêt impayé ainsi que du solde débiteur de son compte bancaire. Le juge de première instance fait droit à cette demande - alors que la défenderesse ne s'était pas présentée à l'instance - mais rejette celle tendant au paiement des intérêts contractuels sur ce solde, en raison de la faute commise par la banque, en ce qu'elle avait laissé fonctionner le compte débiteur sans réagir.

La Cour de cassation saisie une première fois de l'affaire en 2004 casse partiellement le jugement qui prononçait la déchéance du droit aux intérêts. Elle avait estimé que la méconnaissance des exigences prévues par les [articles L311-2](#), L311-8 et L311-10 du Code de la consommation, même d'ordre public, ne pouvait être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger, soit en l'espèce la défenderesse.

L'affaire est donc renvoyée devant le TI de Grenoble, lequel refuse de se conformer à la décision de la Cour. Il relève d'office la faute commise par la banque qui avait maintenu un découvert pendant plus de 3 mois sans présentation d'une offre de crédit ou adressé une mise en demeure, contrairement à ce que prévoit le Code de la consommation.

Par un arrêt du 22 janvier 2009, la Cour de cassation prend le contre-pied de sa jurisprudence de 2004 en jugeant cette fois-ci que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation peut être relevée d'office par le juge.

Dès lors que le juge a constaté que le compte bancaire de la cliente avait fonctionné en position débitrice plus de 3 mois sans qu'une offre de crédit conforme aux dispositions des articles L311-1 et suivants du Code de la consommation lui ait été proposée, il pouvait retenir que les dispositions de l'article L311-2 du même Code n'ont pas été respectées.

La banque se trouve donc, en pareil cas, déchu de son droit aux intérêts contractuels, même si la cliente n'a pas relevé ce manquement à l'audience.

2) Limite à l'indemnisation due en raison de la faute commise dans l'exercice du droit de rupture des pourparlers

Cass / Civ 7 janvier 2009 – Cassation partielle, Numéro : 07-20783

Par un arrêt du 7 janvier 2009, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence, selon laquelle la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne peut être la cause d'un préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat.

En l'espèce, elle estime contrairement aux juges du fond que la société qui refuse l'offre de cession du bail commercial du partenaire avec lequel elle était en pourparlers, ne commet pas nécessairement une faute. Si cette dernière est prouvée, l'indemnisation due pour la rupture abusive n'a pas à être équivalente au préjudice subi par le partenaire du fait de la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat (soit en l'espèce près de 400.000 euros).

Dès lors, et conformément à sa jurisprudence de 2003, en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par la société qui participait aux pourparlers ne peut inclure que les frais occasionnés par la négociation (ex : frais de déplacement) et les études préalables auxquelles elle a fait procéder pour parfaire l'accord.

3) Des expositions temporaires mais intermittentes ne constituent pas un accroissement d'activité permettant d'avoir recours à des CDD

Cass / Soc 10 décembre 2008 – Rejet, Numéro de Pourvoi : 06-46349

Une société qui recrute des salariés pour les besoins de manifestations intervenant régulièrement, à la même fréquence chaque année, sur les mêmes périodes annuelles, sur un même site et suivant un mode d'organisation identique, ne peut avoir recours à des contrats à durée déterminée. En effet, pour la Cour de cassation, comme pour les juges du fond, bien que chacune des expositions ou manifestation aient été temporaires, celles-ci constituaient pour l'employeur une activité permanente, même si elle était intermittente, entrant dans le cadre des missions qui lui étaient confiées.

4) L'externalisation des tâches constitue une suppression de poste justifiant un licenciement économique

Cass / Soc 17 décembre 2008 – Cassation Partielle, Numéro de Pourvoi : 07-43974

L'externalisation des tâches par recours à une entreprise extérieure constitue une suppression de poste.

A défaut d'emplois relevant de la même catégorie que celui qu'occupe le salarié, l'employeur doit lui proposer les postes disponibles de catégorie inférieure.

Constitue un licenciement pour motif économique, le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. La Cour de cassation admet par cet arrêt, que l'externalisation des tâches du salarié, par recours à une entreprise extérieure en raison de difficultés économiques, constitue une suppression de poste permettant à l'employeur de procéder au licenciement économique du salarié.

5) Accomplit une activité par essence commerciale l'architecte qui effectue des prestations de services moyennant paiement d'honoraires

Cass : Com 16 décembre 2008 – Cassation, Numéro de Pourvoi : 07-18050

Toute relation commerciale établie, qu'elle porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service, comme celle liant un architecte à une société commerciale, entre dans le champ d'application de l'article L442-6-1, 5° du Code de commerce. Le demandeur est donc admis dans son action en paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive des relations commerciales, à l'encontre de la société partenaire, devant la juridiction commerciale.