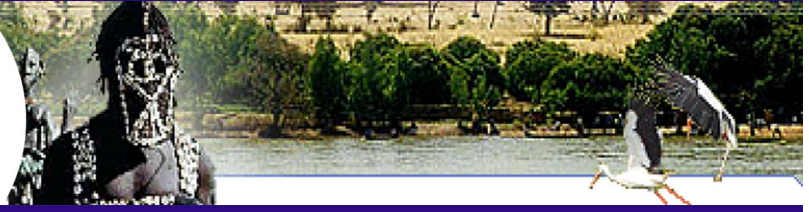


Jurifis Info



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

8^e numéro – Edition spéciale / Décembre 2010

SOMMAIRE

ACTUALITES

- **Election présidentielle en Côte-d'Ivoire : « Une réflexion et des opinions libres au sujet de la crise ivoirienne »**

Me Mamadou KONATE
(P 2)

- **L'irrecevabilité des moyens nouveaux mélangés de fait et de droit devant la CCJA – Note sous Arrêt CCJA n° 042/2005 du 07/07/2005, (E. KONAN-BALLY KOUAKOU c/ H. NASSAR ALI GADDAR)**

Me Bakary DIALLO
(P 18)

ETUDES

- **Brèves observations sur l'exécution des sentences arbitrales rendues contre un Etat partie au Traité de l'OHADA**

Me Bérenger MEUKE & Me Mamadou KONATE
(P 6)

INFORMATIONS PRATIQUES

- **Réussir la reprise du fonds de commerce dans l'espace OHADA**

Me Bérenger MEUKE
(P 22)

- **La promesse de porte fort en droit malien : « Une obligation pourrait en dissimuler une autre »**

Me Bérenger MEUKE
(P 27)

CHRONIQUES

- **La cessation des paiements du débiteur en OHADA – Note sous Cour d'Appel de Ouagadougou Arrêt n° 52 du 16/04/2004 Ch civ et com, (BATEC-SARL et Ent DAR-ES-SALAM c/ SOSACO)**

Me Bakary DIALLO
(P 12)

LU POUR VOUS

- **La responsabilité du tiers-saisi**

M. Louis SENE
Conseiller à la Cour de Cassation Française
(P 28)

Dans cette huitième parution en édition spéciale, La Revue Jurifis Info revient sur les aspects juridiques de la crise issue de la récente élection présidentielle en Côte-d'Ivoire. Pour Me Mamadou KONATE, « se pose la question de la légitimité du processus de certification du résultat et partant, celle de la légalité du verdict proclamé par le Conseil constitutionnel ».

Les Associés de JURIFIS CONSULT, les Collaborateurs et l'ensemble du Personnel, vous présentent leurs Meilleurs Vœux, pour la nouvelle année 2011. Puisse-t-elle vous combler de toutes les grâces divines.



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

UNE REFLEXION ET DES OPINIONS LIBRES AU SUJET DE LA CRISE IVOIRIENNE

Mamadou I. KONATE
Avocat Associé
JURIFIS CONSULT



1- La confusion électorale ivoirienne sur fond de déni de démocratie et son corollaire, le fort risque d'implosion sociale sur fond ethnique, vient subitement remettre à l'ordre du jour, la sempiternelle interrogation de la capacité réelle de notre Continent, de nos Etats et des leaders politiques à prendre en main la construction démocratique et institutionnelle par la mise en œuvre des principes nécessaires à l'instauration d'un Etat de droit, de paix, de justice et d'équité.

2- Au terme d'une crise militaire et politique qui dure depuis près d'une dizaine d'années, les leaders politiques ivoiriens semblent donner la preuve de leur incapacité à mener à bien un processus électoral, pourtant mis en œuvre à coup de plusieurs milliards de francs, provenant essentiellement de la communauté internationale.

3- Cette confusion créée en Côte d'ivoire est le fait de deux institutions :

- La CEI qui a déclaré Alassane Dramane OUATTA, vainqueur du duel du second tour, avec un peu moins de cinquante cinq pour cent (55%) des voix et,
- Le Conseil constitutionnel, qui a déclaré Laurent GBAGBO vainqueur avec cinquante un pour cent (51%) des voix.

Une même élection, deux vainqueurs qui sont pour l'un et pour l'autre le vaincu du vainqueur et le vainqueur du vaincu.

3-1 A la confusion politique vient s'ajouter désormais la confusion institutionnelle et électorale.

3-2 Malgré les nombreux efforts déployés par les ivoiriens, avec l'appui notamment de la communauté internationale pour adapter le cadre politique et institutionnel au contexte des élections générales de 2010, les institutions républicaines ivoiriennes ne se sont pas réellement départies de leurs appareils partisans. Certaines d'entre elles ont même manqué de neutralité dans la compétition politique et électorale.

3-2-1 Malgré le « toilettage politique et institutionnel », le maintien du Conseil constitutionnel dans la forme de l'article 89 de la Constitution ivoirienne a constitué une erreur monumentale, à l'origine de certaines difficultés de l'heure. Au total, six Conseillers composent le Conseil constitutionnel ivoirien. Sur les six membres, trois, dont le Président de l'institution, sont nommés par le Président de la République et les trois autres par le Président de l'Assemblée nationale. Sans que personne ne le relève en son temps, par ce mécanisme, le Conseil constitutionnel s'est trouvé composé de membres exclusivement nommés par Laurent GBAGBO et Mamadou KOULIBALY, Président de l'Assemblée nationale. Or, ces deux personnalités ivoiriennes sont toutes deux issues du même parti, le Front Populaire Ivoirien (FPI) de GBAGBO.

3-2-2 De façon certaine, une telle configuration paraissait peu ou mal adaptée au contexte ivoirien d'après crise. Elle était d'autant plus inadaptée que le Conseil constitutionnel était appelé à jouer un rôle éminemment important en matière de contentieux électoral. Pour cette raison, ses membres devraient nécessairement se trouver à équidistance des contingences politiques, en tous les cas, loin de tous soupçons partisans.

Etait-ce le cas ? Pas si sûr !

3-2-3 D'ailleurs, la partialité tant redoutée des membres du Conseil constitutionnel a très vite surgit. Ce fut le cas lorsque le Président du Conseil constitutionnel s'est prononcé publiquement dès la proclamation des résultats provisoires du second tour de l'élection par la CEI, pour qualifier ceux-ci de « nuls et non avenus ». En cela, il a préjugé. Or, pour un juge, exprimer préalablement son opinion personnelle par rapport à un dossier avant le jugement est une cause de disqualification empêchant ce juge de connaître de l'affaire. Dès lors, l'arrêt rendu par le Conseil constitutionnel, avec à sa tête ce président qui a opiné ne pouvait « qu'être entaché de suspicion ». Cette attitude de cette personnalité n'est-elle pas à l'origine de la confusion générale née au sujet de la CEI et du Conseil

constitutionnel, notamment pour ce qui est de leurs pouvoirs respectifs en matière de proclamation des résultats électoraux ? Et quels résultats ?

3-2-4 Au sujet de la proclamation des résultats électoraux, le troisième alinéa de l'article 32 de la Constitution ivoirienne indique que : « le Conseil constitutionnel contrôle la régularité des opérations du référendum et de l'élection des représentants du peuple... » dont l'élection du Président de la République. Le même texte, en son dernier alinéa, confie à une Commission indépendante « l'organisation et la supervision ...des élections...dans les conditions prévues par la loi ». L'article 94 de la même Constitution confère également au Conseil constitutionnel, le pouvoir de statuer sur « les contestations relatives à l'élection du Président de la République... » et, de proclamer « les résultats définitifs des élections présidentielles ».

3-2-3-4-1 La mission ainsi confiée au Conseil constitutionnel par la Constitution ivoirienne pour ce qui est de l'élection présidentielle est de trois ordres :

- se prononcer sur l'éligibilité des candidats à l'élection présidentielle par rapport aux conditions fixées pour être candidat ;
- trancher les contestations soulevées à l'occasion de l'élection présidentielle ;
- proclamer les résultats définitifs des élections présidentielles.

3-2-3-4-2 La Commission Electorale Indépendante (CEI) quant à elle, est chargée de la proclamation provisoire ou définitive des résultats de toutes les élections. Pour la proclamation des résultats du second tour de l'élection présidentielle, tout comme au premier tour, il est apparu bien clairement aux yeux de tous que la CEI a dépassé le délai légal de trois jours que lui fixe la loi. C'est ce dépassement de délai qui a été analysé au second tour comme un cas de déchéance, une forclusion ne permettant plus à la CEI selon le Président du Conseil constitutionnel, de proclamer les résultats provisoires. Une aubaine pour la majorité présidentielle (LMP) réunie autour du candidat Laurent GBAGBO pour demander l'intervention du Conseil constitutionnel, pour proclamer les résultats définitifs, sans aucune référence aux résultats provisoires.

3-2-3-5 L'attitude du Conseil constitutionnel agissant en commandite est apparue à bien des égards comme anormale, curieuse et très peu orthodoxe pour les raisons qui suivent :

3-2-3-5-1 Malgré le fait qu'il n'a pas été formellement sollicité par la CEI pour obtenir une prolongation des délais, comme la loi le prévoit chaque fois que la CEI estime être dans l'impossibilité de proclamer les résultats dans les délais fixés, il est tout de même curieux que le Conseil constitutionnel intervienne au motif que les délais fixés sont expirés. Or, ces délais ont été dans les mêmes conditions expirés au premier tour, sans donner au Conseil constitutionnel quelque occasion d'incursion dans la procédure électorale. En intervenant au motif que les délais en matière de proclamation de résultats ont un caractère impératif relève d'une mauvaise foi patente. Manifestement, les raisons justifiant l'empêchement de proclamer les résultats sont apparues de manière évidente, aux yeux de tout le monde, sauf des membres du Conseil constitutionnel.

3-2-3-5-2 L'argument du caractère impératif du délai rappelé par le Président du Conseil constitutionnel n'est d'ailleurs fondé sur aucun texte qui soit mentionné dans la décision de proclamation de résultats. Le pouvoir de substitution du Conseil constitutionnel pour combler un soit disant retard de la CEI dans la proclamation des résultats provisoires n'est fondé sur aucun texte ni constitutionnel, ni légal. En clair, la démarche du candidat Laurent GBAGBO et de son camp ne visait rien d'autre qu'à créer avec le soutien d'un Conseil constitutionnel partisan, une apparente confusion qui leur aurait permis de s'installer en tant que « président » ou de se maintenir au pouvoir sur des bases juridiques totalement fausses et contestables en droit.

3-2-3-5-3 Qui plus est, il s'est trouvé des personnes pour venir défendre, voire expliquer le bien fondé de la démarche de LMP qui ressemblait plus à une perversion du droit et de la loi qu'à une interprétation ou une tentative. Mes Confrères KOUREISSY et BOURGY se sont vite lassés des explications incohérentes et inaudibles du plus grand nombre. Mais il est bien vrai qu'il y a en pratique ceux qui s'intéressent au droit « légal » et ceux que le droit « spectacle » intéresse. Laurent GBAGBO aura, lui, choisi de s'intéresser au droit « spectacle ».

4- La seconde opinion que m'inspire ce dernier point est que l'Afrique et les africains que nous sommes, avons mal et très mal en nos institutions, en notre droit, en nos lois. Nous avons de manière évidente, un rapport très difficile avec la loi, le droit et les institutions. Face à une telle situation, la seule interrogation qui vaille la peine d'être posée est la régularité du scrutin ivoirien. Les élections du second tour présidentiel en Côte d'Ivoire ont-elles été sincères, régulières et acceptables au sens du droit ?

4-1 Pour répondre à une telle interrogation, il y a lieu de se reporter principalement au système de « certification », originalement conçue et remarquablement mise en œuvre en Côte d'Ivoire. Pour rappel, la « certification » des élections en Côte d'Ivoire répondait en premier à une demande précise et insistante des parties signataires de l'accord de Pretoria de 2005, au nombre desquelles, Laurent GBAGBO. Pour traduire ce concept en réalité, la résolution 1765, adoptée en juillet 2007 par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, a, en son paragraphe 6, à la suite de cet accord, confié au Représentant Spécial du Secrétaire Général des Nations Unies (RSSG), le mandat de procéder personnellement et exclusivement à la « certification ».

4-1-1 Par le biais de la « certification », le mandataire atteste que le processus électoral fournit toutes les garanties nécessaires pour la tenue d'élections présidentielles ouvertes, libres, justes et transparentes, conformément aux normes internationales. Une telle démarche, plutôt innovante, a permis à certains de qualifier les élections générales en Côte d'Ivoire comme étant sous « administration », sans doute pour les égos mal placés. Ce sont les mêmes qui pensent également que le système démocratique n'est pas adapté au contexte africain sans pour autant proposer le système qui semble le mieux adapté à l'Afrique. En tous les cas, le meilleur système est celui qui préserve la paix, la justice, l'égalité de tous devant la loi, l'équité et le bonheur de tous. La certification n'est pas plus un moyen de mettre le système électoral ivoirien sous « administration » que la mise en place de la CENI ailleurs ou de la CEI en Côte d'Ivoire. Ces dernières ne sont-elles pas en charge de l'organisation des élections de manière indépendante et autonome de tout y compris de l'Etat et de son administration ?

4-1-2 Les élections en Côte d'Ivoire ont été jugées, par le plus grand nombre des observateurs présents, comme étant régulières et les résultats sincères. Aucune déclaration importante n'est venue remettre en cause ni cette régularité, ni la sincérité du scrutin, encore moins les résultats du scrutin tels que proclamés par la CEI. La déclaration la plus significative n'est-elle pas venue du « certificateur », en la personne du Représentant du Secrétaire Général des Nations Unies ? Ce dernier contre tout, a dit avoir bien avalisé les résultats provisoires tels que proclamés par la CEI sans aucune réserve.

4-1-2-1 Est-ce à dire, comme le soutient LMP, que la « certification » est une forme d'ingérence dans les affaires intérieures de la Côte d'Ivoire ? Un tel argument a été malheureusement repris de façon très malhabile par le Président Yaya JAMEH de Gambie. Ce dernier a cru, par l'expression de cette opinion solitaire, enfoncer le clou de l'argument de l'ingérence étrangère. Faux, un tel argument ne saurait prospérer en droit. D'ailleurs, malgré la certification des résultats des élections, les parties conservent la latitude de saisir le Conseil constitutionnel suivant les conditions et dans les formes prescrites par la loi ivoirienne.

5- La troisième opinion qui me vient à l'esprit est que le Conseil constitutionnel ivoirien est apparu dans le contexte ivoirien comme une institution plutôt partisane. Il a, par ses actions, visiblement agi au delà de ses pouvoirs et de ses prérogatives, mais le plus souvent en violation de la loi. Son objectif et le but poursuivi étaient de compromettre la bonne fin des élections et, partant, mettre en danger la sortie de crise en Côte d'Ivoire.

5-1 Sinon, aucun texte, aucun engagement ou accord international ne procure au Conseil constitutionnel le pouvoir de se substituer à la CEI, dans la proclamation des résultats provisoires du second tour de l'élection présidentielle en Côte d'Ivoire. Cette prérogative revient légalement à la CEI, et à elle seule.

5-1-1 Il n'en demeure pas moins vrai que cette dernière disposait tout de même d'un délai de soixante douze heures pour proclamer les résultats en sa possession. Elle ne l'a pas fait en raison sans doute de l'attitude plus que menaçante des partisans de LMP. Elle ne l'a pas fait dit-on, en raison des dissensions internes. Elle ne l'a pas fait en raison de la violence physique qui s'est exercée, notamment à l'endroit du porte-parole de la CEI lorsque celui-ci s'est hasardé à vouloir lire les procès verbaux transmis. LMP soutenait sans vraiment convaincre l'argument de la non-consolidation des résultats de la CEI. La RTI, télévision nationale, elle-même partisane, pour refuser de diffuser les moments de proclamation des résultats électoraux, n'a-t-elle pas fini par lever le camp, en ordonnant à ses agents de débarrasser le plancher, ne laissant plus personne derrière elle sur le plateau de fortune monté au siège de la CEI pour la circonstance. Toutes ces attitudes préméditées et calculées étaient-elles véritablement constitutives de difficultés, de nature à amener la CEI à solliciter du Conseil constitutionnel, une prorogation de délai de proclamation des résultats ? En tous les cas, la CEI ne l'a pas jugé ainsi et n'a donc fait aucune demande au Conseil constitutionnel. Est-ce là une faute constitutionnelle ? Non !

5-1-2 Dès lors que la CEI a fait le choix de poursuivre le plus normalement du monde la procédure de proclamation des résultats du second tour, elle était encore dans les limites strictes de ses prérogatives et de ses pouvoirs. En cela, elle n'a en rien violé la loi en général et la loi constitutionnelle ivoirienne en particulier.

5-1-3 Malgré tout, le Conseil constitutionnel s'est autosaisi d'un dossier qui ne pouvait lui être transmis que par la CEI. Cette dernière pouvait le saisir après avoir proclamé les résultats provisoires du second tour de l'élection présidentielle. Sans proclamation de ces résultats provisoires, le contentieux serait inexistant au point que les membres du Conseil

constitutionnel se seraient contentés de proclamer simplement l'élection du Président de la République, sur la foi des résultats provisoires proclamés par la CEI. La décision du Conseil constitutionnel serait dans ce cas sans appel. Il n'aurait pas plus de deux possibilités :

- valider les résultats provisoires et déclarer Alassane Dramane OUATTARA vainqueur et Président de la République de Côte d'Ivoire,

Ou encore,

- les invalider et annuler le scrutin, à charge pour le gouvernement ivoirien de fixer une nouvelle date pour le scrutin, conformément aux dispositions constitutionnelles.

Entre ces prescriptions de la loi constitutionnelle en Côte d'Ivoire, le Conseil constitutionnel a trouvé le moyen, en violation de la loi et du bon sens, d'invalider partiellement le scrutin, d'exercer à sa manière « un pouvoir de réformation » qu'il n'a pas. En droit, la réformation est un pouvoir qui permet à une autorité ou un organe supérieur de faire disparaître une décision prise par une autorité ou un organe inférieur, tout en lui substituant sa propre décision. Au contraire de l'annulation, la réformation entraîne donc non seulement la mise à néant d'un acte administratif, mais en outre l'adoption, par l'autorité qui l'a mis à néant, d'une nouvelle décision qui se substitue à cet acte. En agissant ainsi, le Conseil constitutionnel s'est donné le moyen de procéder à l'annulation du scrutin dans les localités qui sont peu ou pas favorables à LMP. Du coup, sous l'alibi de la fraude, le Conseil constitutionnel pouvait facilement déclarer « son » candidat GABGBO, vainqueur en lieu et place du véritable vainqueur OUATTARA.

5-2 Visiblement, Laurent GBAGBO et son camp ont fait le choix de l'illégalité en exerçant une voie de fait politique. Par ce moyen, ils tentent d'imposer aux ivoiriens et sous le regard impuissant et habituellement désabusé de la communauté internationale une situation de fait. Ils comptent bien sur « l'usure du temps, la division et la lassitude » de cette même communauté internationale. Ils se disent que ce qui se passe en Côte d'Ivoire s'est vu ailleurs, notamment au Zimbabwe et pourquoi pas en Côte d'Ivoire. Ils espèrent bien « qu'après les condamnations d'usage habituelles, les choses redeviendront comme avant ». Pour ce faire, ils pensent qu'il leur « suffit donc de faire le dos rond ». Cette attitude de Laurent Gbagbo et de ses fidèles partisans qui jouent à fond « sur le ressort de la souveraineté ivoirienne » « violée » à leurs seuls yeux de « myopes-presbytes », mais aussi dénoncent les « ingérences étrangères au nom du refus du néocolonialisme » qui a le plus bénéficié à la Côte d'Ivoire qui est le pays qui a le plus composé et bénéficié de la mansuétude de l'extérieur. Ce faisant, ils se comportent en marge de la loi, pour exercer et « affirmer » un pouvoir illégal et usurpé, ce qui est hautement condamnable. Il y va naturellement de la cohérence et de la crédibilité de cette communauté internationale qui doit appeler et rappeler au strict respect du droit et de la légalité.

6- Aujourd'hui plus que jamais, la chose qu'il faut dénoncer est en Côte d'Ivoire et le sujet est Laurent GBAGBO. Demain et après demain, le sujet et l'objet se déplaceront ailleurs, sans doute pas loin du Sénégal, peut être près de la Gambie, en tous les cas pas loin du Mali, dans les sillages du Niger, non loin du Nigéria, peut-être au Burkina Faso, après au Togo, puis au Bénin, sous le regard de l'Egypte, bref, sujet et objets de cette discorde ivoirienne se déplaceront en Afrique et dans le continent, sans que jamais l'on ne puisse dire exactement quand, ni où ni comment.

6-1 Les analystes politiques en Afrique doivent être capables de mener une réflexion complète sur le phénomène. Ils doivent être capables de l'accompagner en doctrine et théorie. La doctrine de l'« ingérence démocratique » est une des réponses à ces nombreuses violations constantes et répétées du droit, de la loi par la contestation de l'élection. Contre ces attitudes rien ne doit être négligé. Toutes les options allant des sanctions jusqu'au feu doivent demeurer possibles et envisageables.

BREVES OBSERVATIONS SUR L'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES RENDUES CONTRE UN ETAT PARTIE AU TRAITE DE L'OHADA

Bérenger Y. MEUKE
Docteur en droit des affaires
Avocat

Mamadou I. KONATE
Jurifis Consult SCPA
Avocat Associé



L'exécution des sentences arbitrales constitue le corolaire d'un arbitrage efficace.

En effet, la sentence arbitrale doit être exécutée pour que la partie qui en bénéficie obtienne concrètement ce qu'elle est en droit d'attendre.

Généralement, les sentences arbitrales sont volontairement exécutées ce qui est conforme à la nature même de l'arbitrage dans la mesure où la partie perdante exécute spontanément la décision de ceux qu'elle a choisi pour la juger.

Or, si les gens du droit avaient accueillies favorablement l'institution de l'arbitrage dans le droit OHADA, force est de constater que de plus en plus l'exécution volontaire des sentences rendues contre un Etat partie au Traité OHADA pose quelques difficultés qui méritent certainement qu'on y revienne de nouveau, soit pour poser les jalons d'une relecture des textes qui la soutendent, soit pour imaginer des mécanismes pouvant permettre de garantir celle-ci.

I- **CONSTATS :** **« Immunité juridictionnelle et sentence arbitrale en OHADA »**

Des dispositions particulières de l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage, les Etats et leurs démembrements peuvent être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit de contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage.

Il est alors tout à fait possible pour les personnes morales de droit public de l'espace OHADA, de conclure des conventions d'arbitrage.

S'il est désormais acquis en OHADA que les Etats, leurs démembrements et émanations peuvent soumettre les litiges qui les opposent au tiers à un tribunal arbitral, toute la difficulté reste celle de l'exécution des sentences arbitrales lorsque celles-ci sont rendues en leur défaveur.

En effet, il faut trouver le moyen de concilier la possibilité qu'on les Etats et leurs démembrements de se soumettre à l'arbitrage et les immunités juridictionnelles dont bénéficient ceux-ci et leurs biens.

Fondée sur le principe universel de l'égalité souveraine des Etats, en vertu duquel un Etat est soustrait à la juridiction d'un autre et ne peut, ni être jugé, ni être saisi dans un autre Etat sans son consentement, les immunités étatiques de juridiction et d'exécution si elles étaient absolues jusqu'à la fin du 19^e siècle, sont de plus en plus tempérées pour rendre possible la sécurisation des accords et transactions commerciales entre Etats et opérateurs privés.

C'est d'ailleurs à cette suite qu'a été adopté le 2 décembre 2004, la Nouvelle Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens.

Mais il faut toutefois rappelé que cette Nouvelle Convention n'est que le terme d'une évolution très longue dans la mesure où, le droit positif français et même américain avait déjà eu l'occasion de se prononcer avec netteté sur la problématique de l'immunité de juridiction de l'Etat étranger.

Aux Etats-Unis par exemple, c'est depuis le 21 septembre 1976 que le Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA) fixe les conditions de restrictions par les juridictions américaines, des immunités des Etats étrangers.

En France, les juridictions ont eu à maintes reprises l'occasion de se prononcer en faveur d'une restriction des immunités des Etats étrangers.

Dans l'affaire République Islamique d'Iran et OITE contre la Société Framatone et autres, la Cour de cassation française par un arrêt rendu en date du 20 mars 1989 avait affirmé que « *si l'immunité d'exécution dont jouit l'Etat étranger (...) est de principe, elle peut toujours être exceptionnellement écartée, notamment lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé (...)* »¹.

Toujours est-il qu'il est constant que les Etats parties au traité de l'OHADA ont comme tout Etat, la possibilité de renoncer à leurs immunités de juridiction et d'exécution en acceptant d'être attiré devant les tribunaux d'un pays étranger ou devant un tribunal arbitral et de se voir ainsi appliquer les voies d'exécution forcée.

En acceptant une clause compromissoire dans le cadre d'un accord commercial interne ou même international avec une personne morale de droit privé, l'Etat renonce implicitement à son immunité de juridiction.

En effet, il est admis que la renonciation à l'immunité de juridiction par l'acceptation d'une convention d'arbitrage, vaut renonciation à l'immunité d'exécution, sauf clause contraire².

Ramené au champ d'application du Traité de l'OHADA, cette restriction aujourd'hui reconnue à l'immunité de juridiction absolue des Etats souffre quelque peu.

A cet égard, les juridictions de l'espace OHADA se montrent généralement très hostiles à une application restrictive de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public.

L'affirmation de ce principe résulte des dispositions assez pertinentes de l'article 30 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

D'après ce texte qui réaffirme le principe général de l'interdiction des voies d'exécution et des mesures conservatoires contre l'Etat et ses démembrements, « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution,*

Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenues envers elles, sous réserve de réciprocité.

Les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes ou entreprises ».

On peut ainsi se rendre compte que dans bien des cas, les tribunaux de l'espace OHADA se sont appuyés sur ce texte pour écarter toute restriction à l'immunité d'exécution absolue des Etats.

Dans une affaire où la Société de Fournitures Industrielles du Cameroun (SFIC) avait pratiqué une saisie attribution sur les comptes de l'Office Nationale des Ports du Cameroun (ONPC) pour le paiement d'une somme de plus un milliard et demi, le Juge a ordonné la main levée sur la base de l'article 30 de l'Acte Uniforme précité³.

Dans un autre cas où le créancier d'une société étatique nigérienne (IRAN) avait pratiqué une saisie attribution sur les comptes bancaires de cette dernière, la Cour d'Appel de Niamey avait confirmé l'Ordonnance par laquelle le Juge d'Instance par application de l'article 30 susvisé, avait ordonné la main levée de la saisie pratiquée sur IRAN⁴.

II- SOLUTIONS EXISTANTES

A- Les restrictions aux immunités juridictionnelles en OHADA

Il est plus qu'indispensable que le juge étatique de l'espace OHADA fasse une application de l'article 30 suscitée dans une logique compatible avec l'objectif de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en OHADA.

¹ Cass Civ 1^{re} Ch civ, 20 mars 1989

² Cass Civ, 9 juill 1992, (Norbert Beyrard c/ Rép de Côte d'Ivoire) ; Rev arb 1994. 133 / Cass Civ, 1^{re} Ch, 6 juin 2000 (Sté Creighton LTD c/ Ministère des Finances de l'Etat du Qatar) ; Rev Arb 2001. 130 / C A paris 1^{re} Ch, 12 déc 2001 (Sté Creighton LTD c/ Ministère des Finances de l'Etat du Qatar) ; Rev Arb 2003, n° 2. 417

³ Douala, Ord n° 339 du 3 nove 1998 ; Rev Cam Arb n° 18, éd Juill-aout-sept 2002. 14

⁴ Niamey, Arrêt n° 105 du 13 juin 2001 (inédit)

En effet, l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage en donnant la possibilité aux personnes morales de droit public de l'espace OHADA, de conclure des conventions d'arbitrage, les autorise dans le même temps, à renoncer à leur immunité de juridiction.

Si la conclusion d'une convention d'arbitrage par une personne morale de droit public vaut renonciation à son immunité de juridiction et qu'il est constant qu'en règle internationale, la renonciation à l'immunité de juridiction emporte, sauf convention contraire, renonciation à l'immunité d'exécution, alors, les Juges de l'espace OHADA doit pouvoir restreindre l'immunité d'exécution des personnes en cause lorsque celles-ci pour échapper à leurs engagements sollicitent le bénéfice de l'article 30 susvisé.

D'ailleurs, ce fût le cas dans une espèce où une société de droit camerounais dénommée African Petroleum Consultants (APC) avait obtenu contre la Société Nationale de Raffinerie (SONARA) camerounaise, une sentence arbitrale rendue à Londres en date du 17 avril 2002, condamnant cette dernière à lui payer près de 3 millions de dollars américains et avait pratiqué une saisie attribution des créances de celle-ci sur la société SHELL Cameroun S.a en sa qualité de tiers-saisie sans que le débiteur ne puisse bénéficier des dispositions de l'article 30 susvisé qu'il invoquait pour s'opposer à l'exéquatour de la sentence arbitrale⁵.

Dans un autre cas, la société COMMISIMPEX avait obtenu contre l'Etat congolais et la Caisse Congolaise d'Amortissement, une sentence arbitrale CCI en date du 3 décembre 2000, condamnant ces derniers à lui verser diverses sommes d'argent au titre de plusieurs marchés et avait obtenu du Président du Tribunal de Commerce de Brazzaville la fixation du montant total de sa créance. Il ressort explicitement de l'Ordonnance rendue que « (...) *le tribunal relève par ailleurs, que la République du Congo et la Caisse d'Amortissement ont renoncé à leurs immunités de juridiction et d'exécution (...)* »⁶.

Il en découle qu'une restriction à l'immunité juridictionnelle pourrait être obtenu si les juridictions de l'espace OHADA font une interpénétration de l'article 30 susvisé en conformité avec les objectifs assignés par le législateur aux différents Actes Uniformes s'agissant de la promotion des investissements mais aussi et surtout de la sécurisation juridique dans les transactions commerciales avec les Etats partie de l'OHADA.

B- La compensation

Au cas où l'immunité de juridiction est appliquée sans restriction aucune par les Juges de l'espace OHADA, le législateur a prévu néanmoins, la possibilité d'une exécution des sentences arbitrales rendues, par le truchement de la compensation.

Il ne fait aucun doute que les personnes morales de droit public tout comme les entreprises publiques dans le territoire couvert par l'OHADA échappent encore à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires.

Le législateur communautaire, probablement édifié sur la fragilisation du droit de créance et par suite de la dévalorisation du titre exécutoire, du risque d'injustice à laquelle devait fatalement aboutir cette situation, le créancier n'ayant pas obtenu le paiement spontané de la part de son débiteur que l'immunité d'exécution protège, a entendu devoir tempérer les conséquences de l'immunité d'exécution.

Désormais, les créanciers ne sont plus totalement désarmés face aux immunités d'exécution des personnes morales de droit public. Ils peuvent par exemple invoquer contre elles la compensation pour des créances certaines, liquides, exigibles et réciproques.

Il est prévu à l'alinéa 2 de l'article 30 de l'Acte Uniforme susvisé que : *les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenues envers elles, sous réserve de réciprocité ».*

Cette autre solution bien que louable soulève néanmoins quelques difficultés quant à son régime juridique.

En effet, l'alinéa de ce même texte prévoit que « *les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes ou entreprises ».*

⁵ TGI Buea, décision n° HCF/141/OM/2001-2002 du 13 août 2002 (décision inédite)

⁶ TCom Brazzaville, Ord du 09 nov 2001 (décision inédite)

Il en ressort qu'hormis le fait que la dette doit être certaine, liquide et exigible, la compensation n'est envisageable qu'à la condition indispensable de reconnaissance expresse de celle-ci par les personnes morales de droit public dès lors qu'elle ne résulte pas d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situe les dites personnes.

Toutefois, une autre difficulté pourrait subsister en rapport avec la forme et le moment de cette reconnaissance que doit donner la personne morale de droit public.

III- SOLUTIONS ENVISAGEABLES

En réalité, la solution tirée de la compensation prévue par le législateur communautaire est très peu aisée dans sa mise en œuvre de sorte qu'il serait judicieux de trouver des solutions alternatives qui puisse permettre d'exécuter sans grande difficultés, les sentences arbitrales surtout lorsque celles-ci sont rendues contre les Etats et leurs démembrements.

A- L'application de la Nouvelle Convention des Nations Unies sur le droit OHADA

L'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage en donnant la possibilité aux personnes morales de droit public de l'espace OHADA, de conclure des conventions d'arbitrage, les autorise dans le même temps, à renoncer à leur immunité de juridiction.

Après avoir réaffirmé le principe de l'immunité d'exécution, cette Convention prévoit en ses articles 17, 18 et 19 la possibilité pour les Etats de renoncer à celle-ci tant en ce qui concerne les mesures conservatoires qu'exécutives par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit s'agissant des mesures et contraintes contre les biens d'un Etat en relation avec une procédure devant un Tribunal d'un autre Etat.

Ces dispositions de la Nouvelle Convention des Nations Unies consacrent en principe une règle antérieurement admise en droit international.

En effet, un Etat peut renoncer au bénéfice de son immunité de juridiction en acceptant une clause d'arbitrage par un Etat étranger. L'on considère que cette acceptation vaut renonciation de l'Etat à son immunité de juridiction.

L'Etat a également la faculté de renoncer à son immunité d'exécution tant, en ce qui concerne les mesures conservatoire ou provisoires que s'agissant des mesures d'exécution.

En principe, l'immunité de juridiction n'a aucun sens devant les arbitres, même si on lui accorde une certaine importance devant le Juge étatique également compétent pour accorder l'exécutif.

Reste alors à ce que l'ensemble des Etats partie de l'OHADA adhère à ce nouvel instrument juridique en tant qu'acteur du commerce international, toute chose qui permettrait alors l'exécution d'une sentence arbitrale rendu contre un Etat lorsque celui-ci a expressément renoncé à son immunité d'exécution en acceptant une clause d'arbitrage.

B- Les astreintes

L'on pourrait également suggérer de compléter l'Acte Uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution par une disposition prévoyant des voies d'exécution spécifiques contre les personnes morales de droit public comme tel est le cas en France avec la loi N° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, avec la possibilité de procédure de contrainte spécifiques quant aux condamnations pécuniaires et générale s'agissant de l'astreinte administrative.

C- La relecture de l'article 30 de l'AU portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

Dans sa rédaction actuelle, il ne fait aucun doute que l'article 30 de l'Acte Uniforme susvisé empêche toute restriction de l'immunité d'exécution dont jouissent les Etats partie de l'OHADA, de sorte qu'en ayant même accepté une convention d'arbitrage, un Etat partie de l'OHADA peut invoquer le bénéfice de ce texte chaque fois que l'exécution se fera dans l'espace OHADA.

Or, il serait irréaliste de croire que le Juge étatique OHADA abandonnera dans l'absolu l'application de l'immunité d'exécution des Etats et de leurs démembrement telle que ressortissant de ce texte.

On pourrait alors dans un premier temps envisager que les différents Gouvernements de l'espace OHADA prescrivent aux Tribunaux une application de l'article 30 susvisé dans un sens compatible et conforme avec les objectifs du législateur de l'OHADA quant à la sécurisation des transactions et accords commerciaux internationaux qui en réalité devraient contribuer au développement des investissements et des activités économiques.

Il s'agirait surtout d'une application de l'immunité d'exécution dans un sens plus compatible avec le droit OHADA en recherchant par tous les moyens à restreindre la portée de l'immunité d'exécution lorsque la saisie est pratiquée sur des biens affectés à une activité industrielle ou commerciale, celle-ci relevant des règles du droit privé.

Dans un second temps, ce dispositif devrait se poursuivre pour se traduire finalement par une relecture ne serait ce que partielle de l'article 30 susvisé par le Conseil des Ministres de l'OHADA.

C'est le lieu de rappeler que la Nouvelle Convention des Nations Unies tout comme le Traité instituant l'OHADA ont pour objectif commun la promotion des investissements et des activités économiques.

Dès lors, il pourrait s'agir tout simplement d'abonder dans le sens de la Nouvelle Convention des Nations Unies pour d'une part réaffirmer le principe de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et de leurs démembrements, mais d'autre part, préciser les exceptions y liées en précisant par exemple que l'Etat qui accepte une convention d'arbitrage accepte par la même occasion de perdre les immunités dont il est question.

D- La garantie documentaire contractée par l'Etat

Il est tout aussi envisageable dans le cadre de transactions commerciales internationales avec acceptation d'une convention d'arbitrage entre les parties, de prévoir une garantie bancaire payable sur présentation de la sentence arbitrale résultant d'une procédure arbitrale.

Dans cette hypothèse, la garantie bancaire sous la forme d'une garantie documentaire visera à assurer de manière effective, le paiement des sommes auxquelles aurait été condamné le colitigant donneur d'ordre à l'issue de la procédure arbitrale envers le bénéficiaire.

Pour restreindre donc l'immunité d'exécution ressortissant de l'article 30 susvisé, l'Etat qui contracte avec une entreprise de droit privé pourrait très bien non seulement en acceptant une clause compromissoire contracter une garantie bancaire qui serait consentie par une banque au profit du cocontractant et même le faire contre garantir par une autre banque.

Ce fût par exemple le cas dans le cadre d'un contrat de fourniture de matériels et d'équipements conclu entre une société française - fournisseur (ITEM SA) et une société mauritanienne - acquéreur qui contenait une clause compromissoire et prévoyait qu'ITEM SA (fournisseur) devait contracter une garantie bancaire au profit de la société mauritanienne (acquéreur) en cas d'éventuelle condamnation pour défectuosité du matériels livré par ITEM SA (fournisseur). Cette garantie était stipulée payable sur présentation de la sentence arbitrale rendue contre la société française alors donneur d'ordre⁷.

E- La garantie de bonne exécution

Il est également envisageable la possibilité de mettre en place une garantie de bonne exécution stipulée payable sur présentation d'une sentence arbitrale devenue définitive au cas où le donneur d'ordre ne respecte pas les obligations lui incombant dans le cadre du contrat de base.

Ce fût le cas par exemple dans le cadre d'un contrat pour lequel l'administration irakienne avait confié à un consortium de sociétés nord-américaines la réalisation du système d'égout de la ville de Bassora⁸.

Il est donc possible de mettre en œuvre une garantie sur présentation de la sentence arbitrale, même s'il faut souligner que des difficultés pourraient survenir au cas où les caractères que devraient présenter la sentence ne sont pas définis avec clarté. Des précisions sur le dispositif de la sentence et sur son efficacité immédiate sont nécessaires en dépit d'un recours en annulation tel que prévu par les articles 25 et suivants de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage.

⁷ C.A. Paris 1^{ère} ch. 10 nov. 1988 D.1990, Somm. .p. 201, Vasseur

⁸ C.A. Paris 15^e ch. 17 sept. 1991, D.1992, Som. 241, Vasseur

Il serait judicieux que les parties précisent en outre si la sentence rendue en faveur du bénéficiaire de la garantie doit être assortie de l'exequatur provisoire ou non, même si la Cour d'appel de Paris avait jugé dans un de ses arrêts que dans de telles conditions, en cas de silence de la convention de garantie sur ce point particulier, le garant ne pouvait subordonner son paiement à une décision d'exequatur en France⁹.

Toute la question resterait alors celle de savoir si l'efficacité de la sentence arbitrale dans le cas spécifique de la mise en œuvre de la garantie bancaire pourrait résister à une éventuelle invalidation de la sentence résultant d'un recours en annulation intentée par l'Etat ?

En réalité, le droit de créance du bénéficiaire sur son colitigant ne repose que sur la sentence rendue en sa faveur, de sorte que l'invalidation de celle-ci aurait donc pour effet immédiat d'éteindre la créance du bénéficiaire. Dès lors, l'efficacité de la garantie étant également conditionnée par l'existence de la sentence servant de fondement à la créance du bénéficiaire, cette garantie serait rendue caduque par l'invalidation de la sentence, ce qui placerait le bénéficiaire dans une position d'enrichissement sans cause et l'obligerait sans doute à restituer le paiement effectué au titre de la garantie au garant.

L'efficacité recherchée ne pourrait donc enfin être consolidée que par la mention d'une renonciation conjointe des différentes parties à toutes voies de recours contre la sentence arbitrale, ainsi qu'un engagement réciproque et ferme de l'exécuter convenablement.

A notre sens, il semble alors qu'il faille envisager une autre solution basée cette fois sur la mise place d'une assurance pour garantir l'exécution des sentences arbitrales rendues contre les Etats partie de l'OHADA.

F- La mise en place d'une assurance garantissant l'exécution des sentences arbitrales rendues contre l'Etat

Dans cet autre schéma, il s'agit de mettre en place dans le cadre de chaque contrat avec clause compromissoire accepté par l'Etat, une assurance par laquelle ce dernier s'engage à payer les primes et qui permettra au cas où une sentence arbitrale sera rendue contre lui, de faire face au règlement du montant de la condamnation.

En effet, le versement du montant de la condamnation par l'assureur doit se faire sur présentation de la sentence arbitrale devenue définitive.

A l'exemple des mécanismes déjà mis en place par le COFACE ou encore le DUCROIRE en Belgique, il sera surtout question pour les Etats de l'espace OHADA qui souhaitent accepté une convention d'arbitrage, de souscrire auprès de compagnie d'assurance spécialisée, des assurances qui couvriront les montants de condamnation des sentences arbitrales rendues contre eux et qui seront payable sur simple présentation de la sentence arbitrale devenue définitive.

⁹ C.A. Paris 1^{ère} ch. 10 nov. 1988 D.1990, précité

LA CESSATION DES PAIEMENTS DU DEBITEUR EN OHADA

*Note sous Cour d'Appel de OUAGADOUGOU Arrêt n° 52 du 16/04/2004Ch civ et com,
(BATEC-SARL ET Ent DAR-ES-SALAM c/ SOSACO)*

Bakary DIALLO
Docteur en droit des Affaires
Avocat



La cessation des paiements d'un débiteur est, et a toujours été, l'indice extérieur déterminant des difficultés imposant l'ouverture d'une procédure collective.

Ce critère de l'intervention judiciaire dans les affaires d'un débiteur en difficulté se justifie par le fait qu'en ne payant pas ses créanciers, il trompait leur confiance et devait par conséquent faire l'objet d'une liquidation organisée à leur profit. C'est donc une notion de droit et il revient à ce titre aux juges d'exercer un contrôle sur le point de savoir si les faits souverainement constatés sont révélateurs de la cessation des paiements.

D'où l'intérêt de cet arrêt infirmatif de la chambre civile et commerciale de la Cour d'appel de Ouagadougou rendu le 16 avril 2004.

Des créanciers (la société BATEC- SARL et l'entreprise DAR- ES- SALAM) avaient demandé et obtenu du Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou l'ouverture d'une procédure collective de liquidation des biens à l'encontre d'un débiteur (la société SOSACO) qu'ils estimaient en état de cessation des paiements. Par la suite, le Tribunal procède à la nomination d'un juge- commissaire et d'un syndic liquidateur, ordonne l'exécution provisoire et fixe la date de cessation des paiements au 1er août 2003.

Contre ce jugement, le débiteur avait d'abord obtenu un sursis à exécution puis interjeté appel et invité les juges du second degré à se prononcer sur les conditions d'ouverture de cette procédure et sur les caractères de la créance à la base de la demande. En outre, l'appelant demande à la Cour de rejeter l'intervention volontaire du syndic en développant l'idée selon laquelle bénéficiant d'un sursis exécution son action devenait inutile.

Est- on, en l'espèce, en présence d'un débiteur justifiant, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements ?

L'enjeu de la définition de la cessation des paiements est donc au cœur de la problématique qui nous occupe.

En filigrane est aussi posée la délicate question du moment le plus opportun pour ouvrir une procédure judiciaire à l'égard d'une entreprise en difficulté. Il est incontestable qu'un des facteurs essentiels de la réussite d'une procédure collective réside dans son ouverture au bon moment.

Une ouverture prématurée, alors que les difficultés financières de l'entreprise ne sont que passagères, peut compromettre son avenir par la publicité inopinée qui leur est donnée et en imposant une procédure lourde et inadaptée au fonctionnement normal d'une entreprise. Une ouverture tardive, elle, interdit tout espoir sérieux de redressement en même temps qu'elle compromet les chances sérieuses de remboursement des créanciers.

La notion même de cessation des paiements donne lieu à une certaine marge d'appréciation car la définition s'est construite d'abord de façon jurisprudentielle et n'est pas entièrement décrite et explicite dans la loi. En pratique, il existe encore des divergences de traitements liés à l'appréciation de la situation économique du débiteur. Une des positions possible est d'estimer que la situation de cessation des paiements est celle où l'actif disponible ne peut permettre de faire face au passif exigible. C'est cette position qui a été adoptée par le législateur africain.

Cette définition légale est fondée sur une conception unitaire qui permet d'ouvrir la procédure collective non seulement en présence d'un arrêt matériel des paiements de créance, mais également dès que ce service n'est maintenu que par des artifices.

Mais de nombreuses interprétations de bon sens permettent de moduler cette règle.

L'arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou est intéressant sur deux points : non seulement il rappelle ce principe fondamental de la cessation effectif des paiements en se basant sur la conception unitaire du législateur, mais également, il rappelle qu'avant toute chose le créancier déclarant doit se prévaloir d'une créance certaine, liquide et exigible.

I- Possibilité de principe du créancier de saisir la juridiction aux fins d'ouverture de la procédure de liquidation des biens

À côté du débiteur lui-même tout créancier peut provoquer l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à condition de justifier d'une créance certaine, liquide et exigible (A). Par ailleurs, le jugement prononçant l'ouverture d'une telle procédure s'accompagne invariablement d'organes d'intervention (B).

A- La condition d' une créance certaine, liquide et exigible

Aux termes des alinéas 1 et 2 de l'article 28 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif « la procédure collective peut être ouverte sur la demande d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, pourvu qu'elle soit certaine, liquide et exigible.

L'assignation du créancier doit préciser la nature et le montant de sa créance et viser le titre sur lequel elle se fonde... ». Un ou plusieurs créanciers peuvent saisir la juridiction compétente aux fins d'ouverture d'une procédure collective en établissant de manière certaine leurs créances et le défaut de paiement, en exhibant par exemple le protêt d'un chèque ou d'un effet de commerce impayé. Peu importe la nature de la créance impayée : il suffit qu'elle soit certaine, liquide et exigible. C'est sur cette base que les créanciers de la SOSACO ont saisi le Tribunal de grande instance de Ouagadougou pour la voir déclarer en état de cessation des paiements. Ce jugement d'ouverture procédure va produire des effets très importants. Il apparaît donc logique qu'il soit, quant à ses modalités, étroitement encadré.

Par rapport au contexte, on peut penser que le principe de la saisine par le créancier sera très utilisé, tout au moins pour l'ouverture de la liquidation des biens. Pour une raison simple : la liquidation des biens ne présente aucun intérêt évident pour le débiteur alors qu'elle offre des perspectives de paiement pour les créanciers.

Cette possibilité de principe a des mérites certains pour un créancier pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Il a pour lui l'avantage de partir d'un constat objectif des relations entre le débiteur et ses créanciers. La situation de crise de trésorerie est a priori connue de ces derniers. Révélant l'incapacité du débiteur d'honorer ses engagements, elle ne peut conduire qu'à la cessation d'activité, sauf si une procédure judiciaire visant au redressement de l'entreprise lui est préférée.

Mais, pour être admis à exercer ce droit de saisine, il ne suffit pas de se dire titulaire d'un droit à l'encontre d'un débiteur : encore faut-il que ce droit présente certains caractères et qu'il soit authentifié dans un titre exécutoire (article 28 de l'Acte uniforme). La créance doit être certaine en cela elle doit être indiscutable et actuel. La créance doit être liquide cela signifie qu'elle doit être déterminée quant à son montant. La créance doit enfin être exigible c'est-à-dire que le créancier est en droit d'en exiger le paiement. En revanche une dette exigible doit être prise en considération même si son paiement n'est pas effectivement exigé par le créancier¹⁰.

Ne peut donc être prise en compte une dette contestée dans son montant ou dans son principe.

La condition d'exigibilité doit être entendue dans son sens juridique (et non comptable) : sont exigibles les dettes échues au jour du jugement d'ouverture qui ouvre la procédure collective, qui sont logiquement les seules pour lesquelles le débiteur encourt le reproche du non-paiement. Cette date s'impose également à la Cour d'appel lorsque le jugement d'ouverture est frappé d'appel¹¹.

En l'espèce, les créances en cause sont loin de remplir ces conditions cumulatives. Il ressort, en effet, de l'analyse des faits que la société B.T.M, par exemple, n'a pas achevé les travaux, objet de la convention signée entre elle et la SOSACO. Le montant précis de la créance ne devrait être arrêté qu'après un décompte faisant suite à l'achèvement des travaux ; en sorte que la créance n'était ni certaine ni liquide.

La créance était encore moins exigible puisque comme le précise la Cour d'appel de Ouagadougou « *de surcroît, une clause compromissoire a été insérée dans la convention qui lie les deux parties et indiquant que tout litige, né à l'occasion de l'exécution du contrat, doit être soumis à un règlement amiable et à défaut par la procédure d'arbitrage* » ce qui revient à dire que la créance ne devient exigible qu'à l'issue d'un règlement amiable ou à défaut d'une sentence arbitrale conformément à la clause compromissoire.

¹⁰ Cass.Com.17 juin 1997, JCP 1998, éd.E, n° ¼, p.28, obs.ph.pérel.

¹¹ La Cour de cassation française a rappelé cette position dans un arrêt récent. Cass.com., 8 juill.2003 : JCP E 2004-5, n° 151, obs.P.P.

Par ailleurs, l'Acte uniforme exige que la créance soit consacrée par un titre ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Qui plus est, la créance est loin d'être exactement déterminée puisqu' on parle tantôt de 88 000 000 F CFA, tantôt de 4 000 000 F CFA. Au final, on peut dire que la créance sur laquelle se fondent les créanciers pour déclarer la cessation des paiements du débiteur ne remplissent pas les conditions cumulatives énumérées par l'article 28 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Reste que les juges de première instance ont eu une autre appréciation puisqu' ils ont autorisé l'ouverture de la procédure collective ce qui entraîne mécaniquement la nomination de certains organes.

B- Les organes invariables d'une procédure de liquidation des biens

De façon automatique, le jugement qui ouvre la procédure collective crée une situation juridique nouvelle à travers la mise en place d'organes et la modification des droits et des obligations à la fois du débiteur et des créanciers. Le jugement d'ouverture est de ce fait « un jugement constitutif » et non déclaratif selon un auteur averti¹².

Le jugement entraîne tout simplement une situation juridique nouvelle pour le débiteur mais aussi pour les créanciers qui requiert la mise en place et / ou l'intervention d'un certain nombre d'organes dont le rôle est essentiel pour l'aboutissement de la procédure. Ce sont :

- les organes judiciaires : le tribunal, le juge-commissaire et le ministère public ;
- l'organe ambivalent : le ou les syndics ;
- les organes des créanciers : les assemblées de créanciers et les contrôleurs.

Le juge- commissaire est nommé parmi les membres du tribunal à l'exclusion de son président, sauf lorsqu'il s'agit d'un juge unique (article 35). Son rôle est essentiel dans le déroulement des opérations et dans l'avancement de la procédure. Placé sous l'autorité du tribunal, il veille au déroulement rapide de la procédure et aux intérêts en présence (article 39). À cet effet, il a droit à une information large et bénéficie d'attributions importantes dont l'exercice l'amène à rendre les ordonnances.

Le juge- commissaire a des pouvoirs d'investigation importants. À ce titre, il peut recueillir lui-même tous les éléments d'information qu'il juge utiles. Il peut entre autres entendre le débiteur ou les dirigeants de la personne morale, leurs préposés, les créanciers ou toute autre personne.

À côté du juge-commissaire l'autre organe qui est nommé par le tribunal est le syndic. En maintenant le syndic parmi les organes de la procédure collective, les auteurs de l'Acte uniforme « ont marqué, selon un auteur, leur refus de s'aligner sur la législation française résultant des textes de 1985 du fait qu'elle est « complexe et sophistiquée » et qu'elle suppose un appareil judiciaire et para- judiciaire très étoffé et spécialisé »¹³.

En France, la masse des créanciers a été supprimée par la loi du 25 janvier 1985, le législateur de ce pays ayant mis fin à la « confusion des genres » que constituait, antérieurement, le cumul par le syndic des fonctions de représentant des créanciers et du débiteur. Le syndic représente donc à la fois le débiteur et les créanciers (article 53).

Pour éviter la dispersion des procédures d'exécution du droit antérieur, c'est désormais le syndic seul qui est chargé, en principe, de réaliser l'actif mobilier ou immobilier, à l'exclusion du Trésor et des créanciers munis de sûretés réelles spéciales (gage, nantissement, hypothèque) comme cela était le cas autrefois (article 75). Ceux-ci ne retrouvent leur liberté d'exécution, à charge de rendre compte de son résultat au syndic, que si cet organe reste passif pendant un délai de trois mois suivant le jugement de liquidation des biens (articles 149 et 150).

La fonction du syndic diffère selon la procédure en cause. Dans le cadre de la liquidation des biens qui nous occupe ici, le premier rôle du syndic est de conserver les biens et la consistance du patrimoine du débiteur : le syndic va procéder à l'apposition des scellés et à l'inventaire, prendre les mesures conservatoires comme l'inscription ou le renouvellement de sûretés, réaliser la vente des objets dispendieux à conserver ou soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente... (article 52).

Il joue un rôle central dans la production, la vérification et l'admission des créances. Il exerce des actions en justice, en demandant ou en défendant, en tant que représentant de la masse des créanciers. C'est ce rôle semble-t- il que le syndic qui a été nommé par le Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou voulait jouer en l'espèce.

Le débiteur n'appréciant pas cet intervention volontaire demande à la Cour d'appel de la rejeter au motif qu'il bénéficie d'un sursis à l'exécution du jugement attaqué ce qui selon lui revient à paralyser l'action du syndic. Mais il n'a pas été suivi sur ce point par la Cour d'appel qui estime que les dispositions des articles 52 et 53 de l'Acte

¹² F.M. Sawadogo, OHADA Droit des entreprises en difficulté, n° 128 .p.120, éd juriscope 2002.

¹³ J.R.Gomez, Entreprise en difficulté, éd Bajag- Meri, 2003, n° 60 p.90

uniforme opèrent un dessaisissement à l'encontre du débiteur essentiellement et non à l'encontre des créanciers qui peuvent toujours agir aux côtés du syndic ; qu'en outre ce dessaisissement n'est pas total car il laisse au débiteur la possibilité d'actions individuelles dans certains cas.

Par suite, c'est à juste titre que le juge d'appel souligne que l'existence d'organes légalement constitués dans le cadre de la présente procédure ne fait pas obstacle au sursis à exécution dont bénéficie le débiteur. Il y a lieu d'approuver cette position de la Cour d'appel, en effet, représentant la masse des créanciers, le syndic défend leurs intérêts indépendamment du fait de l'exécution ou non du jugement autrement dit de la liquidation effective des biens de la SOSACO. L'intervention volontaire du syndic dans la procédure est donc tout à fait légitime.

Reste à savoir si les conditions d'ouverture de cette procédure collective elle-même étaient réunies en l'espèce.

II- L'Etat de cessation des paiements conditions de principe de l'ouverture de la procédure de liquidation des biens

La notion de cessation des paiements a évolué en même temps que les finalités assignées aux procédures collectives. Alors qu'initialement elle était assimilée à une situation désespérée ou irrémédiablement compromise, une évolution lente a conduit à l'émergence et à l'admission d'une conception unitaire de la notion tant en France qu'en Afrique noire francophone. Il convient de préciser les composantes de cette conception ici révélée par la Cour d'appel (A). Mais dans tous les cas il appartient au créancier qui s'en prévaut de prouver l'état de cessation des paiements (B).

A- Une conception unitaire de la notion de cessation de paiement

« Aucun élément nouveau n'a été rapporté par les créanciers pour prouver, ni une situation de cessation des paiements ouverte, ni celle de la cessation des paiements déguisée... » . C'est en ces termes qu'en l'espèce la Cour d'appel de Ouagadougou a rejeté l'état de cessation des paiements évoqué par la BATEC- SARL et l'entreprise DAR-ES- SALAM. Or cette argumentation se recommande directement à la conception unitaire de l'état de cessation des paiements.

En Afrique francophone comme en France pendant longtemps a régné la thèse dualiste qui distinguait deux notions de cessation des paiements : la cessation des paiements ouverte et la cessation des paiements déguisée qui se différencient tant au plan des critères qu'à celui de la fonction. Cette thèse dualiste n'a pas perdu toute sa vigueur parce que d'une part certains aspects de cette thèse sont encore retenus, mais aussi elle permet de comprendre la thèse qui est actuellement arrêtée.

La cessation des paiements est dite ouverte lorsqu'il y a un arrêt effectif du service de caisse autrement dit l'arrêt matériel des paiements. Qui plus est, la jurisprudence en France exigeait jusqu'en 1967 que les créances soient des créances commerciales. En effet, les juges estimaient que les créances civiles ne pouvaient pas être opérantes dans la mesure où il n'existait pas de faillite civile. Ainsi, on considérait que les dettes fiscales devaient être exclues puisqu'elles devaient être regardées comme de nature civile. Cette conception a été vivement critiquée. C'est pourquoi l'Acte uniforme a pris la peine de préciser que la nature de la dette ou de la créance importait peu (commerciales, civiles, agricoles sans rapports avec l'activité) pour la prise en considération de l'état de cessation des paiements (articles 25 et 28).

En revanche il a semblé intéressant pour le législateur de préserver dans le cadre de l'OHADA la solution traditionnelle selon laquelle « ce qui caractérise la cessation des paiements c'est l'absence de disponibilités immédiates suffisantes pour payer le passif échû, en d'autres termes, l'impossibilité d'obtenir le moindre concours (bancaire notamment) pour faire face à une échéance »¹⁴. Cette solution a l'immense avantage de reconnaître qu'une réserve de crédit peut constituer un actif disponible et de donner son plein effet à la garantie à première demande. Cette garantie, rappelons-le, est l'une des principales innovations de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif aux sûretés qui vient consacrer une pratique des milieux d'affaires. Toutefois, en raison du risque, toujours possible, que le débiteur recherche désespérément des concours bancaires dans le but de soutenir artificiellement l'entreprise et de retarder l'ouverture de la procédure collective, un large pouvoir d'appréciation de la situation financière de l'entreprise devrait être accordé aux tribunaux.

La cessation des paiements est dite déguisée lorsque la cessation des paiements ne sert qu'à reporter la date de la cessation des paiements dans le temps par l'utilisation d'artifices et de moyens frauduleux.

¹⁴ Sur l'importance accordée à la garantie à première demande dans le cadre de la Réforme de l'OHADA, v.J.Issa –Sayegh, dans Penant, numéro Spécial OHADA, p.211.

En l'espèce, la date de la cessation des paiements a été fixée par les premiers juges le 1^{er} août 2003 soit six mois avant le jugement. De fait, cet intervalle constitue la période suspecte et certains actes accomplis pendant cette période peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers s'ils rompent l'égalité entre les créanciers ou causent un préjudice à la masse. Mais dans le cas présent aucun moyen frauduleux ne semble être utilisé par la société SOSACO pour corroborer un tel artifice, aucune utilisation d'effets de commerce de complaisance, par exemple destinée à tromper les tiers ou les créanciers. On ne peut donc lui reprocher d'agissement frauduleux ou ruineux pour soutenir son crédit.

En résumé, il y a deux catégories de cessation des paiements selon cette thèse dualiste. Celles-ci se distinguent tant au niveau des notions qu'au niveau des fonctions. Toutefois, cette conception dualiste a été remplacée par la conception unitaire. La principale implication de cette conception unitaire est de permettre l'ouverture de la procédure collective non seulement en présence d'un arrêt matériel du service de caisse mais également dès que le service de caisse n'est maintenu que par des artifices, et spécialement par le recours à des moyens frauduleux, ruineux ou factices.

Donc la conception unitaire intègre les composantes de la conception dualiste afin d'accroître l'efficacité de la cessation des paiements dans l'atteinte des objectifs poursuivis par les procédures collectives. Il restera bien entendu à en rapporter la preuve, ce qui est loin d'être aisée.

B- La preuve de l'état de cessation des paiements

La cessation des paiements doit être prouvée par celui qui demande l'ouverture de la procédure collective. Cette preuve est libre et résultera le plus souvent d'un faisceau d'indices. En l'occurrence, pour prouver l'état de cessation des paiements les créanciers excipent le dépôt de bilan du directeur général de la société et s'appuient sur une lettre de correspondance du 14 novembre 2000 pour réclamer l'ouverture de la procédure collective de liquidation des biens. Est-ce suffisant ?

La Cour d'appel de Ouagadougou dans son pouvoir d'appréciation écarte ces arguments en faisant valoir qu'au « regard de l'analyse de la situation financière de la société qui avait été fournie, la preuve de la cessation de paiement n'était pas établie ; qu'il existe, certes, des difficultés mais non insurmontables et qui, en aucun cas, ne s'apparentent à un état de cessation des paiements... ». En d'autres termes, les créanciers n'apportent aucunement la preuve que la SOSACO est en état de cessation des paiements.

Aux termes de l'article 25, al.1^{er}, de l'Acte uniforme « Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes ». Il ressort de cette définition que la cessation des paiements est la conséquence d'un déséquilibre réel entre le passif et l'actif. Ce n'est pas un déséquilibre quelconque ; elle traduit l'impossibilité dans laquelle se trouve le débiteur de rétablir une situation saine et un équilibre durable. Il y a cessation des paiements lorsque le débiteur, tout en faisant face à ses échéances, utilise des moyens factices, ruineux ou frauduleux pour se procurer des liquidités, tels que l'émission d'effets de complaisance, des cessions d'actifs à un prix anormalement bas ou des emprunts à des taux très élevés¹⁵.

En vérité, la structure même de la définition légale de l'Acte uniforme, caractérisée par le fait que le passif total soit supérieur à l'actif total conduit à distinguer, théoriquement (même si la frontière est en pratique plus floue...) la cessation des paiements des quatre notions voisines que sont l'incident de paiement isolé, l'insolvabilité, le déficit et la situation irrémédiablement compromise :

- *le défaut de règlement d'une seule créance* est insuffisant en lui-même pour établir l'état de cessation des paiements du débiteur¹⁶, qui ne peut donc être déduit que de la comparaison des deux masses indiquées précédemment. La constatation d'un arrêt matériel des paiements doit être confortée par un examen d'ensemble de la situation de trésorerie. Mais, la condition de l'arrêt matériel des paiements proprement dit est remplie même en présence d'une seule dette impayée¹⁷ ;

- *la cessation des paiements n'est pas l'insolvabilité*. En visant expressément le passif « exigible » d'une part et l'actif « disponible » d'autre part (article 25 de l'acte uniforme), le législateur invite à concentrer l'analyse sur les deux parties du patrimoine du débiteur dont la comparaison permet de révéler la situation de trésorerie du débiteur. Or un débiteur peut être solvable (c'est-à-dire avoir un actif supérieur à son passif) tout en étant en cessation des paiements : c'est une situation qui peut se présenter par exemple lorsque des entreprises en fort développement mais

¹⁵ Civ.2 mars 1932, D.1933.1.126 note Besson.

¹⁶ Cass. Com., 25 fév. 1997, B. Rigaudc/ Caisse Organique des Pyrénées.

¹⁷ Cass.com., 8 mars 1994 : JCP G 1994, IV, n° 1254.

n'ayant pas de fonds propres suffisants, donc avec des frais financiers importants alors qu'une partie importante de l'actif ne peut être réalisée rapidement.

À l'inverse, un débiteur peut être insolvable sans être, au moins dans un premier temps, en cessation des paiements parce que par exemples ses dettes, importantes ne sont pas exigibles ou parce qu'il bénéficie d'une réserve de crédit lui permettant de faire face aux échéances. Il a pu être jugé que la constatation d'un endettement à court terme supérieur à la totalité de l'actif, s'accompagnant d'un résultat gravement déficitaire et d'une constante dégradation des capitaux propres, ne suffit pas à caractériser la cessation des paiements¹⁸ ;

- un débiteur peut présenter un bilan déficitaire sans être en cessation des paiements¹⁹. Le déficit est en effet une notion purement comptable et fiscale : il peut être constaté après inscription en compte d'un certain nombre de charges (par exemple les provisions et amortissements) qui ne correspondent pas à de véritables dettes à l'égard des tiers ;

- enfin, un débiteur peut être en cessation des paiements sans être dans une situation irrémédiablement compromise. Cette dernière vise la situation d'une entreprise qui n'est plus viable et n'a plus de chance sérieuse d'être redressée, à la différence de la cessation des paiements qui laisse ouverte la perspective d'un redressement. Bien loin de l'esprit des textes, les tribunaux africains pourraient être tentés de recourir cette notion de *situation irrémédiablement compromise* partant du fait que ce critère est celui qui était utilisé par la jurisprudence française sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, dont s'inspire largement l'Acte uniforme²⁰.

Néanmoins ce critère doit rester pertinent pour apprécier la responsabilité d'un certain nombre de personnes (banques) qui auraient, en connaissance de cause continué à soutenir, artificiellement, l'entreprise débitrice, que ce soit en accordant de nouveaux crédits ou en consentant des délais de paiement.

La notion de cessation des paiements est donc un concept juridique commercial elle est plus proche de la notion de non-liquidité. Le passif exigible est le passif devant donner lieu à paiement immédiat (salaires, charges, factures à échéance...). L'actif disponible est tout ce qui est susceptible d'être immédiatement transformé en liquidité (créances clients, traites escomptables, valeurs mobilières, le cas échéant machines ou biens non indispensables à l'activité réalisables rapidement.)

C'est à ce titre une crise de trésorerie, ou plus précisément l'impossibilité de se procurer cette trésorerie. Quoique l'insuffisance de trésorerie ne suffit pas à traduire toutes les situations de cessation de paiement notamment lorsque l'insuffisance d'actif est importante en l'absence de nouveaux capitaux permanents.

Quoiqu'il en soit, la cessation des paiements reste la clef de voûte du système juridique OHADA des entreprises en difficulté, et à ce titre sa définition légale gagnerait davantage à être précisée par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Car des coins d'ombre peuvent subsister dans la pratique. Mais, la solution de cet arrêt est irréprochable compte tenu des dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif elle apporte des précisions utiles.

¹⁸ Cass. Com., 17 oct.2000: Act. proc.coll. 2000-19, n° 238.

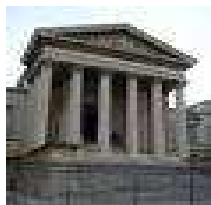
¹⁹ Voir en ce sens, p.ex., Cass.com., 19 mars 2002 : Act.pr.coll. 2002-10, n° 120.

²⁰ Du reste antérieurement à la Réforme de l'OHADA, les législations de plusieurs Etats africains s'inspiraient déjà de la loi française du 13 juillet 1967.

L'IRRECEVABILITE DES MOYENS NOUVEAUX MELANGES DE FAIT ET DE DROIT DEVANT LA CCJA

Note sous Arrêt CCJA n° 042/2005 du 07/07/2005
(E.KONAN-BALLY KOUAKOU c/H.NASSAR ALI GADDAR)

Bakary DIALLO
Docteur en droit des Affaires
Avocat



Il est des arrêts dont l'intérêt réside moins dans la solution donnée que dans la mention incidente qu'ils peuvent comporter. Cet arrêt d'irrecevabilité de la CCJA rendu le 07 juillet 2005 est de ceux là. Il faut dire que celui-ci n'aurait guère mérité que l'on s'y attarde s'il n'était pas une confirmation de la jurisprudence de la juridiction supra- nationale relative au rejet des moyens nouveaux mélangés de fait et de droit²¹.

Un pourvoi a été irrégulièrement formé devant la Cour Suprême de Côte d' Ivoire qui s'est immédiatement dessaisie et a procédé à un renvoi conformément à l'article 15 du traité auprès de la CCJA.

En l'espèce, le preneur contestait la compétence du juge des référés qui avait prononcé à son encontre une ordonnance d'expulsion et reprochait principalement à la Cour d'appel d'avoir déclaré son appel irrecevable pour manque de base légale. En effet, la cour d'appel l'avait éconduit en jugeant son appel irrecevable pour n'avoir pas accompli une formalité substantielle conformément à l'article 164 du code de procédure civile qui exige une motivation de l'appel.

La juridiction supra- nationale approuve ici ce que la Cour d'appel a retenu dans son arrêt du 19 décembre 2000 en rejetant le pourvoi. Elle énonce que « l'appelant (M. KONAN BALLY KOUAKOU n'a produit ni écriture, ni pièce au soutien de son action de procédure ». La Cour Commune relève que n'ayant pas conclu en appel, lesdits moyens n'ont jamais été soumis, « *ni expressément, ni implicitement* » aux juges du fond ; il s'en suit que les cinq moyens développés par le pourvoi sont nouveaux et mélangés de fait et de droit et doivent, en conséquence, être déclarés irrecevables.

Deux enseignements sont à tirés de cet arrêt : d'abord il appartient aux législations nationales de régler les conditions de la voie de l'appel conformément au principe de l'autonomie procédurale ; ensuite le principe de l'irrecevabilité des moyens nouveaux mélangés de fait et de droit tend à nuancer de beaucoup le principe largement admis en doctrine selon lequel la CCJA est un troisième degré de juridiction.

I- L'autonomie procédurale des Etats parties

Le droit de faire appel est un principe général de procédure, toutes les décisions d'une juridiction du premier ressort peuvent normalement faire l'objet d'une telle voie de recours, à moins qu'un texte n'exclue expressément cette possibilité. Tel est le cas par exemple des décisions tranchant des litiges inférieurs à un certain montant (ledit montant étant différent selon la juridiction et les Etats), ces jugements rendus en premier et dernier ressort ne peuvent pas faire l'objet d'un appel. C'est le principe du double degré de juridiction reconnu dans la totalité des Etats- parties du Traité OHADA.

S'il revient à l'ordre juridique interne de chaque Etat -partie de l'OHADA de désigner la juridiction compétente, il lui appartient également de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'application directe du droit communautaire. La même logique, « nationale », prévaut pour les conditions de l'action judiciaire en appel.

C'est ainsi que la législation ivoirienne à travers son article 164 du code de procédure civile, commerciale et administrative exige que l'appel soit motivé. Or, il ressort de l'espèce que l'auteur du pourvoi n'avait pas satisfait à cette formalité « substantielle ». La Cour d' appel d' Abidjan avait estimé , en effet , qu' « *aux termes des dispositions*

²¹ Voir en ce sens nos commentaires dans cette chronique sous l'arrêt du 04 nov. 2004, Penant Mars 2006 n° 854 pp100-113

de l' article 164 du code de procédure civile, commerciale et administrative, l' appel doit être motivé ; que tel n'est pas le cas d' espèce ; que l' omission de cette formalité substantielle vide la procédure de son sens et apparaît comme une manœuvre dilatoire ; qu'elle doit comme telle être sanctionnée par la nullité de l' acte d' appel rendant ainsi l' action irrecevable, qu' en cet état , il n' y d' égard pour les autres moyens ».

Tout en se proclamant ordre juridique commun, l'OHADA ne touche ni à l'organisation judiciaire des Etats parties, ni à la théorie générale de l'action en justice et de l'instance. L'ordre juridique de l'OHADA s'appuie en vérité largement sur les échelons étatiques, acteurs incontournables de ce système unifié et composé.

Bien que la terminologie « *autonomie institutionnelle et procédurale* » n'apparaisse ni dans le traité ni dans la jurisprudence et qu'il n'existe pas de formulation jurisprudentielle synthétique de ce principe, son existence ne fait aucun doute. Elle peut être déduite de certains arrêts de la CCJA²². Les multiples renvois du législateur au droit national pour la définition de certains termes et la désignation de la « juridiction compétente » en droit interne témoignent de son souci de respecter l'autonomie procédurale des Etats parties. C'est ce principe que la juridiction supra- nationale confirme encore dans l'espèce commentée.

Il y a lieu de retenir de cet arrêt du 07 juillet 2005 que lorsque la loi nationale ferme la voie de l'appel à un plaideur dans son action en justice, parce qu'une des formalités substantielle n'a pas été remplie la procédure du pourvoi en cassation ne peut pas prospérer devant la juridiction supra- nationale. La Cour d'appel avait sévèrement parlé de « manœuvre dilatoire » la CCJA semble l'avoir approuvé puisqu' elle a refusé d'examiner les moyens du pourvoi en les jugeant tout simplement irrecevables.

Il est facile d'en comprendre la raison, le second degré de juridiction n'a de sens que si la question litigieuse a été débattue et jugée devant la cour. Il serait, en effet, inadmissible que la juridiction supra- nationale ait à juger autre chose que ce qui avait été demandé aux juges nationaux 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. Il faut donc bien mesurer la portée de l'omission d'une prétention, d'un moyen dans les écritures devant les juges du fond : elle est irrémédiable dans le pourvoi en cassation.

C'est qu'en effet, si l'on permettait la saisine directe de la Cour Commune d'une prétention nouvelle et/ ou d'un moyen nouveau mêlé de fait et de droit non soumis aux juges nationaux du fond il y aurait méconnaissance du principe du double degré de juridiction.

Il y a tout lieu de penser que la CCJA a voulu le faire comprendre à un plaideur dont la maladresse était si évidente que l'on ne pleurera pas sur son sort.

Toutefois, la portée de l'interdiction considérée doit être précisée : il faut bien voir en effet que ce qui est prohibé, c'est le fait de présenter directement à la juridiction supra- nationale des moyens nouveaux mêlés de fait et de droit.

II- L'irrecevabilité des moyens nouveaux mélangés de fait et de droit

Par définition, le pourvoi est une voie de recours extraordinaire par laquelle le plaideur attaque la décision rendue en dernier ressort : mais comme toute voie de recours, il s'ordonne à partir de la décision qui en fait l'objet.

En même temps rechercher quels sont les moyens susceptibles d'entraîner la cassation d'un arrêt, c'est déterminer quelle est l'étendue du contrôle qu'exerce la CCJA sur les décisions qui lui sont soumises. L'arrêt rapporté semble nous indiquer que la juridiction supra- nationale n'a guère été perturbée dans son travail de Cour régulatrice par son pouvoir d'évocation ; en sorte que le pourvoi en cassation même dans le cadre du droit OHADA doit être considéré comme un recours extraordinaire.

²² Dans l'affaire Rafiu OYEWEMI, par exemple, le juge suprême communautaire déduit du silence de l' article 101 de l' Acte uniforme portant sur le droit commercial dans la détermination de la juridiction compétente pour la résiliation du bail commercial, un renvoi aux législations nationales : « *Attendu que l' Acte uniforme sus- indiqué ne précisant pas quelle est la juridiction compétent en la matière , il y a lieu de se référer à la législation interne de chaque Etat partie afin de déterminer la juridiction devant laquelle il faut introduire la demande...* ».CCJA n° 11/ 2004 du 26 février 2004. in Penant n° 851 .Avril- juin 2005 note. Bakary DIALLO.p.230 et.s.

L'ambiguïté de la nature du contrôle qu'exerce la CCJA sur le pourvoi (article 14 al.5 du Traité) a pourtant amené la doctrine à qualifier la juridiction supra- nationale de troisième degré de juridiction²³. Pour répandue qu'elle soit, cette opinion n'en est pas moins fautive. À tout le moins le principe du rejet des moyens nouveaux mélangés de fait et de droit adopté par la CCJA tend à la nuancer fortement²⁴.

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. Formellement donc la procédure du pourvoi en cassation reste une procédure extraordinaire qui ne permet pas de parler d'un degré supplémentaire de juridiction. C'est par l'évocation que la CCJA se transforme en troisième degré de juridiction puisqu'elle devient alors une juridiction de renvoi de ses propres arrêts de cassation.

D'ailleurs, lorsqu'elle veut dépasser dans ses arrêts de cassation le cadre de sa saisine limitée par le pourvoi et marquer cette mutation, 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 au juge supra- national de passer du statut de juge du *droit* à celui de juge du *fait*.

L'espèce commentée est donc un défrichage utile. Il n'est pas rare de noter chez certains plaideurs pour qui la seule possibilité d'une connaissance directe des faits par la Cour Commune entretient un fâcheux état d'esprit. Il existe, en effet, des plaideurs dont toute l'activité devant les juges nationaux, consiste à préparer l'instance de cassation, puis, par une rédaction habile de leurs conclusions, provoquer l'immixtion mécanique du juge supra- national au fond du litige.

Les cinq moyens développés par le pourvoi se réfèrent, en l'espèce, à des règles 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.

Le contrôle qu'exerce la Cour Commune sur l'application des règles de l'Acte uniforme par les juges nationaux répond à l'objet même du pourvoi en cassation. Le pourvoi ne portant que sur les éléments de droit retenus par les juges nationaux, la juridiction supra- nationale est invitée à dire quelle est la règle de droit applicable à l'espèce et à déterminer son contenu.

Il n'y avait donc pas lieu pour la CCJA d'analyser le bien ou mal fondé des moyens proposés par le pourvoi. Les moyens invoqués, c'est-à-dire les erreurs éventuellement commises par le juge des référés puis par Cour d'appel d'Abidjan dénoncées par le présent pourvoi sont mélangés essentiellement de données de fait. Or le fait n'est pas un élément de la légalité.

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* »²⁵. 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 supra- national se transforme lui-même en juge d'appel qui serait encombré par les recours²⁶.

En tous les cas le fait que la CCJA examine les faits n'est pas une raison suffisante pour considérer qu'elle est « totalement un troisième degré de juridiction ». À notre sens, le critère de la distinction du fait et du droit doit rester pertinent pour déterminer notamment les conditions générales nécessaires à la recevabilité et du bien fondé des moyens de cassation²⁷ :

- le respect des cas d'ouverture à cassation;
- le respect des règles relatives à la présentation des moyens de cassation.

²³ Voir à ce propos, l'article récent d' 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 -

²⁴ Voir notre article sur le pouvoir d'évocation de la CCJA, Penant n° 858.

²⁵ V. notes. Cass 2 e civ. 12 juin 1970, Bull. civ. II, n° 207 ; - Cass. com. , 26 oct. 1983, Bull. Civ. IV, n° 280.

²⁶ V. J. ISSA- SAYEGH, *La fonction juridictionnelle de la CCJA de l'OHADA*, Mélanges Roger Decottignies, Presses universitaires de Grenoble, 2002

²⁷ CCJA, Arrêt n° 32 du 04 Novembre 2004, Affaire : SOCIETE EBURNEA C/ Cie d'Assurances les TISSERINS SATCA op. cit.

Il ne faudrait surtout 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 du juge supra- national , sans prendre suffisamment conscience de la spécificité de son rôle. Le principe du double degré de juridiction devrait suffire à vider la controverse. Comme le dit si bien un éminent auteur l'appel est « la voie de recours ordinaire (...) au sens ordinaire du mot²⁸. »

L'instance de cassation OHADA ne peut et ne doit pas faire office d'un degré supplémentaire de juridiction. Lorsqu'elle se borne à observer les cas d'ouverture à cassation, le juge supra- national 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 »²⁹ .

Cet arrêt écorne sérieusement la pureté de l'affirmation selon laquelle la CCJA est un troisième degré de juridiction, pour des raisons que chacun s'accordera à reconnaître comme légitimes.

²⁸ L.Cadiet, Droit judiciaire, Paris, éd.1992,n° 1095

²⁹ Cass. Req. 12 décembre 1871 : D. 1872, 1, 316, rapport du Conseiller Rau.

REUSSIR LA REPRISE DU FONDS DE COMMERCE DANS L'ESPACE OHADA

Bérenger Y. MEUKE
Docteur en droit des Affaires
Avocat



La reprise du fonds de commerce s'inscrit dans le cadre plus général de la reprise d'entreprise.

On distingue aux côtés de la reprise du fonds de commerce, la prise de contrôle (le repreneur achète la majorité ou la totalité du capital social, soit 2/3 du capital de la SA ou 3/4 du capital de la SARL qui représente la majorité aux assemblées générales extraordinaires), la reprise d'actif ou encore la location gérance (contrat permettant au propriétaire d'un fonds de commerce de céder à une personne, le locataire gérant, le droit d'exploiter ce fonds moyennant le paiement d'une redevance).

La reprise du fonds de commerce représentera d'ici à quelques années dans l'espace OHADA la grande majorité des rachats d'entreprise.

Il sera surtout question principalement des commerces de métier (boulangerie, pâtisserie, charcuterie, salon de coiffure...) et « des autres commerces » (commerce de détail, hôtel-café-restaurant).

I. Définition et composition du fonds de commerce

Le fonds de commerce est l'ensemble des biens mobiliers, corporels et incorporels, qu'un commerçant, affecte à une activité commerciale.

Au titre des éléments corporels, on peut citer : le mobilier commercial, le matériel et l'outillage servant à l'exploitation du fonds.

Parmi les éléments incorporels, on retrouve : les incorporels ordinaires (clientèle, droit au bail, nom ou enseigne commerciale) et les incorporels extraordinaires (les droits de propriété littéraire et artistique, les droits de propriété industrielle...)

Sont exclus de la cession du fonds de commerce : les immeubles (qui doivent être cédés par acte séparé), les créances et les dettes (transmises seulement si une mention expresse le prévoit dans l'acte de cession), les contrats liés à l'exploitation du fonds (exemple des contrats avec les fournisseurs) à l'exception du bail commercial, des contrats de travail, du contrat d'édition et des contrats d'assurance qui peuvent être cédés, les livres de commerce.

Quant aux licences et autres autorisations, il faut noter que certaines activités commerciales sont réglementées et ne peuvent être exercées qu'à la condition préalable d'obtenir une autorisation administrative ou une licence. Il existe 2 catégories de licences professionnelles :

- Celles accordées en considération de la qualification professionnelle de l'exploitant du fonds de commerce et qui sont en conséquence cessibles (il suffit au repreneur de justifier de la même qualification que le vendeur – exemple : agence immobilière, agence de voyage, etc.)
- Celles qualifiées de « réelles » parce qu'attachées au fonds de commerce et transmissibles de plein droit avec lui (licence de débit de boissons, etc.)

II. Spécificités de la reprise du fonds de commerce

La reprise d'un fonds de commerce présente des particularités qu'il ne faut en aucun cas ignorer.

A- Avant la signature du contrat de cession : *Diagnostic environnemental et financier*

1- Vérifiez les pouvoirs du vendeur :

Le vendeur doit démontrer qu'il a la capacité et le pouvoir de décider et de réaliser la vente du fonds de commerce. S'il est marié, il doit en outre justifier de son régime matrimonial et des droits de son conjoint.

Lorsque le fonds de commerce appartient à une société, la vente doit faire l'objet d'une autorisation préalable donnée par les associés réunis en assemblée générale extraordinaire et votant à la majorité requise pour les modifications statutaires.

Lorsque l'exploitant a chargé un tiers pour signer l'acte de cession en son nom, le tiers doit avoir un mandat exprès visant la nature de l'opération envisagée.

Lorsque le vendeur est marié, tout est fonction du régime matrimonial.

- En cas de communauté réduite aux acquêts, si le fonds de commerce a été acquis après le mariage, il est un bien commun et ne peut être cédé qu'avec l'accord du conjoint. Si au contraire il a été acquis avant le mariage, il est un bien propre et son propriétaire est libre d'en disposer.
- En cas de communauté universelle, le fonds de commerce est un bien commun et sa cession n'est possible qu'avec l'accord du conjoint.
- En cas de séparation de biens, le vendeur doit prouver qu'il s'agit d'un bien propre et alors librement cessible. Sinon, le fonds de commerce est présumé être un bien indivis et ne peut être cédé qu'avec l'accord du conjoint.

En cas d'indivision et de nue-propriété. Si le vendeur est mineur (autorisation parentale ou du juge des tutelles).

2- Vérifiez la bonne santé du lieu d'implantation du fonds de commerce :

Tous les emplacements commerciaux sont-ils utilisés ? Les devantures sont-elles attrayantes et les magasins bien agencés ? Essayer de rencontrer un responsable de l'association des commerçants, qui vous parlera du dynamisme de la zone géographique concernée. Renseignez-vous sur les dernières transactions qui ont été effectuées dans cette zone. Vérifiez le sens de la circulation de la rue (les automobilistes sont plus attentifs aux vitrines se trouvant sur leur droite) et renseignez-vous sur les éventuels travaux.

3- Analysez la concurrence : Recensez le nombre de concurrents et renseignez-vous sur les projets d'ouvertures d'activités similaires à la votre.

4- Analysez les perspectives d'évolution de la profession que vous envisagez de pratiquer : état du marché, tendances actuelles et perspectives.

5- Analysez le Chiffre d'affaires (CA) :

- Si le CA est stable depuis quelques années, c'est sûrement que l'affaire a atteint son potentiel maximum. Une affaire bien située, avec une équipe dynamique peut présenter des résultats attrayants, mais ne perdez pas de vue que dans ce cas, vous pourrez bien ne pas être capable de développer l'activité et au contraire ne pas atteindre le CA maximum.
- Si les affaires sont à la hausse, demandez-vous toujours quelles sont les raisons de cette augmentation (événement exceptionnel, amélioration artificielle des résultats...)
- Pour l'évaluation du CA, servez-vous de la moyenne des recettes sur les 3 derniers exercices.

6- Analysez le bilan :

Le bilan est un outil précieux et indispensable. Mais sa complexité demande que vous faites appel à un conseil avisé (expert financier, expert comptable). Posez néanmoins les questions suivantes : les comptes présentés concernent-ils l'établissement à acquérir ? Quelle est la structure juridique de l'entreprise ? (car l'affichage du résultat varie entre une société et une entreprise individuelle) Quelle est la situation patrimoniale du vendeur ? A combien s'élève le fonds de roulement ? (pour faire face aux activités sur le court terme).

7- Vérifiez le matériel : Posez-vous la question de savoir si tout le matériel appartient au vendeur. Ce matériel est-il suffisant pour démarrer l'activité ou faut-il prévoir un investissement à court terme ?

8- La clientèle : Vérifier la diversité et l'effectivité de la clientèle et éviter les affaires dont la clientèle est restreinte à un groupe déterminé (association sportive par exemple).

9- La personnalité du vendeur : Vérifier le rôle que joue la personnalité du vendeur dans la bonne marche de l'affaire, les relations avec ses clients (important dans les petits commerces). Posez-vous alors la question de savoir si vous serez à la hauteur pour maintenir la clientèle. Vérifiez le comportement des salariés

10- Vérifiez la conformité de l'activité, de l'établissement et du matériel aux normes de sécurité et d'hygiène

11- Dégagez du temps pour faire un inventaire précis de chaque bien et ne vous fiez pas aux documents comptables

12- Pensez à faire figurer dans l'acte de cession votre droit d'utiliser l'enseigne

13- Analysez le bail commercial :

Bail spécialisé ou bail tous commerce ? L'affaire est-elle bien inscrite au Registre concerné ? La surface et le descriptif sont-ils conformes à la réalité ? Vérifiez la réalité des surfaces commerciales secondaires (terrasse, jardin, magasin...) si elles sont prévues dans le contrat.

14- Entourez-vous d'un conseil si vous reprenez des contrats dont le transfert conditionne l'activité : (franchise, bail...) Il est important d'obtenir l'accord de remplacement nécessaire. Exigez que la réalisation définitive de la vente soit conditionnée par cet accord.

15- Le compromis de vente :

C'est un contrat et il vaut vente à partir du moment où toutes les conditions suspensives seront levées. Il est donc impératif de bien négocier son compromis et de préciser toutes les conditions suspensives retenues.

- Obtention d'un prêt bancaire
- Réquisition d'état, urbanisme, activités réglementées
- Transfert du contrat de bail, etc.

NB1 : Prévoir dans le contrat (entre le compromis et la prise véritable du fonds de commerce), « une clause relative aux fournisseurs » qui organisera les modalités qui vont régir la présentation des fournisseurs

NB2 : Méfiez-vous des vendeurs qui font une présentation exagérée des qualités de leur activité

NB3 : Respectez la confidentialité sur les documents et informations que vous donne le vendeur afin de faciliter votre diagnostic

B- Le contrat de cession de fonds de commerce :

1- Le point sur les créanciers du vendeur :

En cas de vente du fonds de commerce, les créanciers du vendeur bénéficient d'une protection leur permettant d'obtenir le paiement de leur créance.

- L'opposition qui prolonge l'indisponibilité du prix de vente qui reste bloqué entre les mains du repreneur ou du séquestre,
- La surenchère qui permet au créancier non satisfait du prix de vente, d'exiger que le fonds de commerce soit vendu aux enchères publiques à un prix supérieur,
- Quant aux créanciers privilégiés, « la procédure de purge » permet au repreneur de régler directement le prix en partie ou en totalité, entre les mains des créanciers inscrits. Cette procédure est à l'initiative du repreneur afin de s'assurer que tous les créanciers ont bien été désintéressés.

2- Le contenu du contrat de cession : les différentes mentions

Les mentions obligatoires : En cas d'omissions ou d'inexactitude, la cession est nulle si l'acquéreur le demande, et s'il prouve que cette omission ou cette inexactitude a substantiellement affecté la consistance du fonds cédé, et s'il en résulte un préjudice.

- Les indications suivantes :

Identité des parties, origine et propriété du fonds de commerce, date et nature d'acquisition, état des privilèges, des nantissements et inscriptions grevant le fonds, énonciations des CA réalisés au cours des 3 derniers exercices et des bénéfices nets commerciaux, éléments relatifs au bail (date, durée, nom et adresse du bailleur et du cédant).

- Le prix

Réglez les questions de ventilation (prix des marchandises, prix du matériel et outillage, prix des éléments incorporels), de révision, d'indexation (indice du coût de la construction par exemple), de stipulation d'intérêts (taux d'intérêt respectant la réglementation de l'usure). Le prix doit être sérieux, réel et sincère (évités la dissimulation d'une partie du prix, sinon responsabilité solidaire du vendeur et du repreneur pour le paiement de droits de mutation afférents à la partie dissimulé du prix)

- La situation et les éléments du fonds

- Le nom et l'adresse de l'établissement bancaire désigné en qualité de séquestre si la vente a lieu par acte sous seing privé

Les mentions facultatives

- **Clause relative aux stocks** (toujours préciser le stock maximal à reprendre)
- **Clause de garantie de passif ou d'actif** (important)
- **Clause attributive de juridiction**
- **Clause d'arbitrage**
- **Clause de non-concurrence et de non-rétablissement**
- **Clause pénale**
- **Modalités de paiement**

3- Les formalités consécutives à la cession

Ces formalités ont pour objet de rendre la cession opposable à l'administration fiscale et aux créanciers du vendeur. Leur non-respect peut avoir pour conséquences d'obliger le repreneur à acquitter une deuxième fois le prix du fonds. Elles doivent **obligatoirement** se dérouler dans l'ordre suivant :

- **Dépôt en deux copies certifiées conformes par le vendeur et l'acquéreur au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier**
- **Publication à la diligence de l'acquéreur sous forme d'avis**, dans un journal habilité à recevoir des annonces légales et paraissant dans le lieu où le vendeur est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, dans un délai de 15 jours francs à compter de sa date, de l'acte constatant la cession.

D'autres formalités sont à prévoir :

- **La constitution d'un séquestre** puisque les parties peuvent décider de nommer un tiers séquestre (notaire ou établissement bancaire) qui aura pour mission de garder le prix de cession et de recevoir toutes les oppositions et saisies des créanciers.
- **L'indisponibilité du prix** résultant du temps nécessaire à l'accomplissement des déclarations et publicités légales par le vendeur (si le repreneur paye avant ce délai, il risque en cas d'opposition des créanciers du vendeur, être obligé de payer une deuxième fois).
- **Les formalités spécifiques complémentaires** à l'Institut national de la Propriété Industrielle (INPI),

NB : Les créanciers de l'acquéreur ont un délai de **30 jours** à compter du jour de parution de la publicité pour faire opposition. Si au terme de ce délai, aucune opposition n'a été notifiée au séquestre, celui-ci devra tenir le prix de vente à la disposition du vendeur.

En revanche, si une ou plusieurs oppositions sont notifiées pendant ce délai, le prix de vente ne sera disponible pour le vendeur que sur justification de la mainlevée de toutes les oppositions.

4- Les conséquences fiscales

- **Le paiement des droits d'enregistrement**
- **Le paiement de la TVA** sur le stock de marchandises

5- Les frais à prévoir par le repreneur

- Le prix d'achat
- Les droits d'enregistrement au Trésor public
- La publicité et le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier
- La notice d'urbanisme
- L'état des inscriptions
- Les frais d'emprunt et les garanties (nantissement, privilège du vendeur)
- Les honoraires de rédaction de l'acte
- La signification au bailleur de la cession effectuée par acte d'huissier
- Le prorata de la taxe professionnelle
- Les honoraires de régies pour la subrogation du bail
- Le dépôt de garantie
- Le loyer payé d'avance et les charges

Avantages de la reprise

- La montée en puissance du CA est plus rapide. On part avec un acquis
- Les prévisions d'activités sont plus faciles à faire et plus fiables
- Le repreneur bénéficie souvent d'un « tutorat » de la part du vendeur

Inconvénients de la reprise

- Le prix à payer est plus important et possibilité de vices cachés
- La reprise des salariés n'est pas souvent facile à gérer
- Surévaluation de l'affaire et difficultés possibles à reprendre de manière effective la clientèle

LA PROMESSE DE PORTE FORT EN DROIT MALIEN : « UNE OBLIGATION POURRAIT EN DISSIMULER UNE AUTRE »

Bérenger Y. MEUKE
Docteur en droit des Affaires
Avocat



Aux termes de l'article 84 du Régime Général des Obligations, « la promesse de porte-fort est l'engagement pris par une personne d'obtenir d'un tiers l'exécution d'une obligation résultant d'un acte auquel ce tiers n'est pas parti ».

L'engagement de porte fort est donc la convention par laquelle une personne qui conclut un acte juridique au nom d'une autre sans en avoir le pouvoir, promet d'obtenir la ratification de cet acte pour celle-ci.

Pareil engagement peut être usité par exemple en matière de promesse de cession par une indivision, un ou plusieurs indivisaires intervenant à l'acte, se portant en outre fort de la ratification de cet acte par les autres indivisaires.

Le signataire d'une telle convention peut alors, au profit de son contractant, se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement.

Traditionnellement, la convention de porte fort est considérée comme un acte autonome contenant une obligation de faire (à savoir obtenir la ratification de l'acte par le tiers) dont l'inexécution donne en principe droit à dommages et intérêts.

En effet, le législateur malien suivant les pas de son homologue français n'a envisagé que le porte-fort de ratification.

Or, depuis quelques années, un arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation française rendu en date du 13 décembre 2005 a apporté une subtile distinction entre ce qui pourrait être appelé la promesse de porte fort traditionnelle ou de ratification et la promesse de porte fort d'exécution aux termes de laquelle le promettant s'engage à exécuter l'obligation du tiers au cas où celui-ci ne le fait pas lui-même.

La jurisprudence antérieurement consacrée par la Cour de Cassation française notamment celle de la 1^{ère} Chambre Civile en date du 25/01/2005 et pour laquelle la promesse de porte fort, même d'exécution, était un acte autonome dont l'inexécution avait pour sanction des dommages et intérêts avait le mérite d'être simple : si le tiers ne ratifiait pas ou refusait d'exécuter, la sanction se traduisait quoi qu'il en soit par des dommages et intérêts.

Dans de telles conditions, il nous semble qu'il faille aujourd'hui envisager également en droit malien, le porte fort d'exécution qu'il conviendrait alors de distinguer du porte fort de ratification.

Le promettant devra être particulièrement vigilant lorsqu'il sera conduit à souscrire de telles promesses et préférer l'expression "se porter fort de la ratification d'un contrat" à celle de "se porter fort de l'exécution du contrat".

A défaut et en l'absence de précision, le promettant prend le risque d'être contraint d'exécuter la promesse en lieu et place du tiers, qui quelque soit le cas de figure envisagé n'est quant à lui pas engagé puisque non intervenant à la convention d'origine.

LA RESPONSABILITE DU TIERS-SAISIE

Lu pour vous sur courdecassation.fr

M. Louis SENE

Conseiller à la Cour de Cassation Française

Dans des dispositions générales, la loi du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, définit les obligations pesant sur les tiers à ces procédures, auxquelles sont parties les créanciers et les débiteurs. L'article 24 de la loi énonce que "les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution ou de la conservation des créances" et qu'ils "doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis".

Entre les parties à la procédure d'exécution et les tiers, proprement dits, étrangers à celle-ci, il y a les tiers saisis, qui se trouvent en rapport de droit avec les débiteurs dont ils détiennent des biens ou des fonds et entre les mains desquels les créanciers poursuivants pratiquent une saisie-attribution, une saisie-vente, une saisie-appréhension, une saisie-revendication ou une saisie-conservatoire.

Peuvent aussi être tiers-saisis les sociétés ou personnes morales entre les mains desquelles sont saisis les droits d'associés ou les valeurs mobilières dont les débiteurs sont titulaires, les tiers auxquels appartiennent des coffres-forts dans lesquels sont placés des biens de débiteurs, les employeurs redevables de rémunérations à leurs salariés, eux-mêmes débiteurs d'éventuels saisissants.

Les obligations des tiers saisis qui procèdent du principe général énoncé par l'article 24 de la loi du 9 juillet 1991 sont précisées par les dispositions légales et réglementaires, spécifiques aux différentes mesures d'exécution mises en oeuvre. Les tiers qui se soustraient à leurs obligations encourent une responsabilité et leur manquement est sanctionné, aux termes de l'article 24 précité, par une condamnation au paiement, soit de dommages-intérêts, soit des causes de la saisie.

La loi prévoit aussi la possibilité d'assortir d'une astreinte les obligations incombant au tiers-saisi mais cette mesure n'est destinée qu'à contraindre celui-ci à respecter ses obligations et ne constitue pas la mise en oeuvre d'une responsabilité proprement dite.

Serait évidemment engagée la responsabilité du tiers saisi qui porterait atteinte à l'effet d'indisponibilité des biens ou des comptes que la loi attache à l'acte de saisie. Mais sauf quelques commentaires portant sur l'obligation de garde des biens saisis, de tels manquements ne seront pas l'objet de notre étude. Celle-ci portera essentiellement sur les procédures d'exécution dont les praticiens privilégient la mise en oeuvre, ne serait-ce que parce qu'elles ont donné lieu à un contentieux important et à de nombreux arrêts, qui ont permis à la Cour de cassation de forger sa doctrine. Au premier rang de ces procédures, il y a lieu de citer la saisie-attribution, dont il est possible, du moins en ce qui concerne la responsabilité du tiers saisi, de rapprocher la saisie conservatoire de créance. N'est pas non plus sans intérêt, bien que beaucoup moins abondante, la jurisprudence de la Cour de cassation intervenue en matière de saisie des droits d'associé et de valeurs mobilières et de saisie des rémunérations du travail. Les autres procédures de saisie mobilière ne feront l'objet que de développements sommaires.

Parmi les obligations légales auxquelles doit satisfaire le tiers saisi, une attention particulière doit être réservée à l'obligation de renseignement, prévue généralement par les textes spécifiques à chaque procédure d'exécution. Mais son importance est telle que lui consacrer la première partie de cette étude aboutirait à un plan en deux parties très inégales. La préférence a été donnée en conséquence à un plan en deux parties qui restent certes inégales, mais qui permet d'examiner successivement les différentes mesures d'exécution et les responsabilités qu'encourent les tiers saisis, en cas de manquements à leurs obligations légales.

I. La responsabilité du tiers saisi, en cas de manquement à ses obligations légales, en matière de saisie-attribution et de saisie conservatoire

Deux obligations essentielles pèsent sur le tiers saisi dans les procédures de saisie-attribution et de saisie conservatoire : l'obligation de renseignement et l'obligation de paiement du saisissant, la seconde ne prenant naissance, en cas de mesure conservatoire, qu'après la conversion de la saisie conservatoire en saisie-attribution.

A. L'obligation légale de renseignement du tiers saisi

1° L'étendue de l'obligation légale

a) Le contenu de l'obligation

Aux termes de l'article 44 de la loi du 9 juillet 1991, applicable à la saisie-attribution, "le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures".

Cette obligation doit être exécutée "spontanément" (Civ. 2ème, 28 octobre 1999, Bull. n° 162 p. 112) auprès de l'huissier de justice mandaté pour pratiquer la saisie. Le tiers saisi doit procéder à une déclaration complète et précise, sans aucune omission ni réserve.

A cette obligation déclarative s'ajoute celle de communiquer toutes pièces justificatives.

L'étendue de cette obligation est très largement appréciée. Elle porte tant sur les oppositions au paiement du prix d'un fonds de commerce ou les inscriptions de nantissement (Civ. 2ème, 24 juin 1998, Bull. n° 223 p. 131) que sur la communication par une société civile professionnelle, tiers saisi, de ses statuts et des accords passés entre ses membres sur les modalités de leurs rémunérations, s'agissant d'une saisie-attribution dirigée contre l'un deux (Civ. 2ème, 28 janvier 1998, Bull. n° 36 p. 23).

Lorsque la saisie-attribution est pratiquée entre les mains d'un établissement habilité par la loi à tenir des comptes de dépôt, les renseignements que doit donner l'établissement sont particulièrement détaillés. Ils sont prévus et énumérés par les articles 47 de la loi du 9 juillet 1991 et 75 du décret du 31 juillet 1992. Le tiers saisi doit indiquer dans sa déclaration la nature du ou des comptes du débiteur ainsi que leur solde au jour de la saisie.

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a précisé que l'obligation ne portait pas seulement sur les comptes de dépôt enregistrant des créances de sommes d'argent, mais sur les comptes de toute nature détenus par l'établissement, au nom du débiteur, au jour de la saisie (Civ. 2ème, 1er juillet 1999, Bull. n° 129 p. 94). Dans un arrêt du 30 janvier 2002 (pourvoi n° 99-21.278), la même chambre a considéré qu'il appartenait à une banque, tiers saisi, de déclarer l'ensemble des sommes dues au débiteur, dès lors que celles-ci sont dues par la personne morale elle-même, la localisation en France ou à l'étranger des succursales, elles-mêmes non constituées en sociétés distinctes, dans lesquelles les comptes sont tenus n'ayant aucune incidence.

Mais aucune disposition ne fait obligation au tiers saisi de déclarer spontanément au saisissant l'étendue des droits d'associé et des valeurs mobilières dont le débiteur est titulaire (Civ. 2ème, 1er février 2001, Bull. n° 23 p. 17) ; cependant il peut être légalement requis d'y procéder par le juge de l'exécution. S'il peut être spécialement requis par le juge de l'exécution qui peut donc étendre son obligation légale, le tiers saisi n'a toutefois pas à communiquer des relevés d'opérations bancaires pour une période très antérieure à la saisie-attribution car une telle exigence excède ses obligations (Civ. 2ème, 28 septembre 2000, pourvoi n° 98-13.428).

Le juge de l'exécution n'a pas en effet à contrôler l'évolution des comptes du débiteur saisi au cours des années qui ont précédé la saisie mais à vérifier la valeur et la sincérité de la déclaration au moment de la saisie (Civ. 2ème, 5 juillet 2000, Bull. n° 110 p. 77). La loi (article 47) ayant fixé un délai pour d'éventuelles opérations de régularisation affectant le solde déclaré par le tiers saisi ainsi que la remise d'un relevé de ces opérations, depuis le jour de la saisie, en cas de diminution des sommes rendues indisponibles, la banque, tiers saisi, qui manquerait à cette obligation ou communiquerait un relevé inexact pourrait être condamnée à des dommages-intérêts.

Satisfait encore à son obligation de renseignement la banque, tiers saisi, qui communique le solde unique résultant d'une stipulation d'unicité ou de fusion des divers comptes ouverts au nom de son client (Civ. 2ème, 5 juillet 2000, Bull. n° 113 p. 79).

La même obligation pèse sur le tiers saisi, lorsqu'il est procédé à une saisie conservatoire de créances (article 237 du décret du 31 juillet 1992).

b) L'obligation de réponse sur-le-champ du tiers saisi

L'article 59 du décret du 31 juillet 1992, applicable en matière de saisie-attribution, énonce que les renseignements qu'est tenu de fournir le tiers saisi à l'huissier de justice instrumentaire, doivent l'être sur-le-champ.

En revanche, les textes relatifs à la procédure de saisie conservatoire ne mentionnent pas que l'obligation de renseignement pesant sur le tiers saisi doit être immédiatement exécutée. Toutefois, l'article 237 du décret du 31 juillet 1992 précise que ces renseignements sont portés dans l'acte de saisie. La Cour de cassation a considéré qu'une telle exigence impliquait que les renseignements à fournir soient donnés sur-le-champ, comme en matière de saisie-attribution (Civ. 2ème, 7 novembre 2002, pourvoi n° 99-16.322).

Ainsi, malgré les légères différences de rédaction entre les textes applicables, au regard de cette jurisprudence et de celles qui seront citées ci-après, le régime de la responsabilité du tiers saisi est le même, qu'il s'agisse d'une procédure de saisie-attribution ou de saisie conservatoire.

2° Les sanctions applicables en cas de manquement du tiers saisi

Reprenant les sanctions prévues par les dispositions générales de la loi du 9 juillet 1991, à l'encontre des tiers saisis défaillants (article 24) les dispositions spécifiques de cette loi et du décret du 31 juillet 1992, en matière de saisie-attribution et de saisie conservatoire ont instauré une dualité de régimes, d'une part, une sanction particulière à la saisie des créances, tenant à la condamnation du tiers saisi au paiement des causes de la saisie au lieu et place du débiteur saisi, sauf son recours qui restera bien souvent illusoire contre celui-ci, d'autre part une condamnation à des dommages-intérêts.

Ces deux sanctions, prévues pour la mise en oeuvre de la responsabilité du tiers saisi, ne sont pas cumulatives mais alternatives, l'une pouvant être demandée subsidiairement à l'autre.

La mise en oeuvre de la responsabilité du tiers saisi n'obéit pas aux conditions de délai prévues par l'article 45 de la loi du 9 juillet 1991 et par l'article 66 du décret du 31 juillet 1992 pour les contestations de la saisie. Dans de nombreux arrêts, la Cour de cassation énonce que le délai d'un mois institué par ces articles ne court pas à l'encontre du tiers saisi (Civ. 2ème, 5 juillet 2000, Bull. n° 112 p. 78, arrêts n° 1 et 2 ; Civ. 2ème, 22 mars 2001, pourvoi n° 99-14.941) ou encore que la demande du saisissant dirigée contre le tiers saisi, pour manquement à son obligation légale de renseignement, ne constitue pas une contestation de la saisie (Civ. 2ème, 5 juillet 2000, Bull. n° 113 p.79, arrêt n° 1).

Du principe exposé dans les premiers arrêts qui viennent d'être mentionnés, il découle qu'un tiers saisi est recevable, hors du délai prévu par l'article 66 du décret du 31 juillet 1992, à invoquer la nullité de la saisie pratiquée entre ses mains, pour s'opposer à l'application des sanctions le cas échéant encourues sur le fondement de l'article 60 dudit décret. Ce principe n'est pas seulement applicable dans le cadre de la mise en oeuvre de la responsabilité du tiers saisi, pour manquement à son obligation légale de renseignement mais vaut aussi lorsque la responsabilité du tiers saisi est recherchée pour manquement à son obligation de paiement, que nous examinerons ci-après. Conséquence de ce que la demande de condamnation du tiers saisi pour manquement à son obligation de renseignement ne s'analyse pas comme une contestation de la saisie, le saisissant n'a pas à mettre en cause le débiteur saisi dans l'instance (Civ. 2ème, 23 novembre 2000, Bull. n° 155 p.110).

a) La condamnation du tiers saisi au paiement des causes de la saisie

La compatibilité de l'article 60 alinéa 1 du décret du 31 juillet 1992, applicable à la saisie-attribution, avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été contestée, en raison du caractère prétendument automatique de la sanction et du caractère de peine privée qui lui était attaché. L'article 60 du décret précité prévoit en effet dans son alinéa 1 que "le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus est condamné, à la demande du créancier à payer les sommes dues à ce dernier". Il était soutenu que cette disposition ne permettait pas au juge de se prononcer sur le principe et le montant de la sanction encourue par le tiers saisi défaillant et était contraire aux exigences d'un procès équitable. Mais la jurisprudence a rejeté une telle argumentation, en considérant que la sanction encourue par le tiers saisi était dépourvue de caractère automatique et constituait une réponse adéquate aux torts subis par le créancier saisissant, dès lors qu'il entrait dans les

pouvoirs du juge de vérifier les conditions d'application de la disposition en cause, d'apprécier le cas échéant s'il existait un motif légitime justifiant la défaillance du tiers saisi et qu'en tout état de cause celui-ci disposait d'un recours contre le débiteur saisi (C.E. 9 juin 2000, D. 2000, inf. rapides p. 206 ; Civ. 2ème, 5 juillet 2001, Bull. n° 133, p. 88).

Une exception d'illégalité de l'article 60 alinéa 1 du décret du 31 juillet 1992 a aussi été soulevée. Il était reproché à ce texte d'avoir substitué une obligation à la faculté laissée au juge par l'article 24 alinéa 3 de la loi du 9 juillet 1991 de condamner le tiers saisi au paiement des causes de la saisie. Le juge judiciaire, était-il soutenu, devait surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge administratif se soit prononcé sur l'exception. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation n'a pas retenu davantage cette argumentation et a approuvé une cour d'appel d'avoir jugé qu'il n'y avait pas lieu à question préjudicielle, les dispositions réglementaire n'ayant fait que reprendre la sanction prévue par l'article 24 de la loi du 9 juillet 1991, sans y ajouter (Civ. 2ème, 5 juillet 2001, Bull. n° 133 p. 88 ; Civ. 2ème, 12 juillet 2001, pourvoi n° 99-14.049 ; Civ. 2ème, 4 octobre 2001, pourvoi n° 99-11.574).

Il y a lieu de noter que si dans la procédure de saisie-attribution, qui ne peut être engagée que par un créancier muni d'un titre exécutoire, les causes de la saisie résultent de l'application de ce titre et sont déterminées dès la mise en oeuvre de la procédure de saisie, il ne peut en être exactement ainsi en matière de saisie conservatoire que sous la condition de l'obtention d'un titre exécutoire.

La mesure conservatoire, pour être prise, n'exige pas en effet la possession d'un titre exécutoire dont l'obtention est par la suite nécessaire mais l'autorisation du juge de l'exécution. Il s'ensuit très logiquement que la rédaction de l'article 238 du décret du 31 juillet 1992, applicable à la saisie conservatoire de créances, diffère quelque peu des termes de l'article 60 du même texte. Selon l'article 238, le tiers saisi qui, sans motif légitime, s'abstient de fournir les renseignements prévus par l'article 44 de la loi du 9 juillet 1991 "s'expose à devoir payer les sommes pour lesquelles la saisie a été pratiquée si le débiteur est condamné", dans la limite très certainement du montant de la condamnation et de ses accessoires.

1° Les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité du tiers saisi, sur le fondement de l'article 60 alinéa 1 ou 238 alinéa 1 du décret du 31 juillet 1992.

- les conditions tenant à la saisie.

Par un avis du 21 juin 1999 (Bull. n° 5 p. 7), la Cour de cassation avait estimé, en matière de saisie conservatoire, que la méconnaissance par le tiers saisi de son obligation de renseignement s'inscrivait nécessairement dans le cadre d'une saisie valable. Plusieurs arrêts de la deuxième Chambre civile ont suivi cette doctrine, en l'appliquant à la caducité d'une saisie-attribution, faute de dénonciation de la saisie par le créancier saisissant dans le délai de 8 jours prescrit par l'article 58 du décret du 31 juillet 1992 (Civ. 2ème, 3 mai 2001, Bull. n° 89 p. 60) ou de la saisie conservatoire, pour inobservation des dispositions des articles 214, 215 et 216 du décret du 31 juillet 1992 (Civ. 2ème, 23 novembre 2000, Bull. n° 155 p. 110).

Cependant, le tiers saisi n'est pas fondé à invoquer la caducité d'une mesure conservatoire pour manquement aux règles posées par les articles 215 et 216 du décret du 31 juillet 1992, si avant l'expiration des délais prévus par ces textes, le créancier lui a signifié un acte de conversion de la saisie conservatoire en saisie-attribution (Civ. 2ème, 10 décembre 1998, Bull. n° 299 p. 180).

La Cour de cassation a appliqué la même règle, selon laquelle la méconnaissance par le tiers saisi de son obligation de renseignement ne peut être sanctionnée si la saisie-attribution ou la saisie conservatoire est annulée (Civ. 2ème, 5 juillet 2000, Bull. n° 111 p. 77 ; Com., 8 janvier 2002, pourvoi n° 98-22.319). Ce sont les seules causes d'inefficacité de la saisie que le tiers saisi peut invoquer.

- Les conditions tenant au tiers saisi.

Le tiers, entre les mains duquel est pratiquée une saisie-attribution ou une saisie conservatoire qui ne satisfait pas à l'obligation légale de renseignement, n'encourt, s'il n'est tenu, au jour de la saisie, à aucune obligation envers le débiteur saisi aucune condamnation au paiement des causes de la saisie. Comment le tiers devrait-il en effet garantir à un saisissant une dette pour le compte d'un saisi auquel il ne doit rien ?

Le principe est énoncé par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation dans certains de ses arrêts du 5 juillet 2000 (Civ. 2ème, 5 juillet 2000, Bull. n° 111 p. 77 et Bull. n° 114 p. 79) et dans un arrêt du 7 décembre 2000 (Civ. 2ème, pourvoi n° 96-21.168). Il était notamment reproché à une cour d'appel dans l'un de ses arrêts d'avoir condamné un tiers saisi, entre les mains duquel une saisie-attribution avait été pratiquée, au paiement des causes de la saisie sans avoir préalablement recherché si le tiers saisi, qui le déniait, était lui-même débiteur du débiteur saisi.

- les conditions tenant à la nature des manquements constatés.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a appliqué de façon stricte les dispositions de l'article 60 alinéa 1 du décret du 31 juillet 1991. Elle a en effet approuvé les juridictions du fond qui avaient condamné les tiers saisis au paiement des causes de la saisie, après avoir seulement constaté un manquement partiel de ces tiers à l'obligation de renseignement et elle a censuré les arrêts qui n'avaient pas interprété de cette manière cet article. Mais par la suite, elle a opéré un revirement particulièrement manifeste dans ses arrêts du 5 juillet 2000 (Civ. 2ème, 5 juillet 2000, Bull. n° 115 p. 80 ; Civ. 2ème, 5 juillet 2000, Bull. n° 116 p. 81). Elle a posé pour règle que seul le tiers saisi qui s'est abstenu de procéder à la déclaration prévue par les articles 44 de la loi du 9 juillet 1991, 59 ou 237 du décret du 31 juillet 1992 est condamné au paiement des causes de la saisie. Pour la mise en oeuvre de la responsabilité du tiers saisi fondée sur ces dispositions, un défaut total de renseignement est donc exigé. Il peut s'agir du silence du tiers saisi, d'un refus total de réponse ou encore d'indications ou de simples promesses qui n'apportent aucun renseignement véritable au tiers saisi.

Ainsi une déclaration incomplète, inexacte ou même mensongère de la part du tiers saisi n'emporte pas sa condamnation sur ces fondements.

Le seul manquement à l'obligation de fournir les pièces justificatives à l'huissier de justice, mandataire du saisissant, que les textes réglementaires (article 59 et 237 du décret de 1992) imposent au tiers saisi n'est pas davantage assorti d'une telle sanction (Civ. 2ème, 20 décembre 2000, Bull. n° 205 p. 143).

En revanche, la Cour de cassation a assimilé une déclaration tardive à laquelle procéderait le tiers saisi à une absence totale de réponse, à moins que le retard ne soit justifié par un motif légitime (Civ. 2ème, 5 juillet 2001, Bull. n° 133 p. 88). La deuxième Chambre a considéré que la condamnation au paiement des causes de la saisie, telle que prévue par l'article 60 alinéa 1 du décret du 31 juillet 1992 était liée à l'article 59 qui mentionnait expressément que l'obligation de renseignement devait être exécutée sur-le-champ.

La délivrance de l'acte de signification de la saisie au tiers n'est soumise à aucune règle spécifique et obéit donc aux dispositions générales prévues par les articles 653 et s. du NCPC. Si la signification à personne s'avère impossible, l'acte peut être délivré à domicile ou à résidence, voire même dans les conditions de l'article 659 du NCPC. Mais dans ce dernier cas, le tiers saisi, qui n'avait pas connaissance de la saisie, n'encourt aucune responsabilité pour manquement à son obligation de renseignement (Civ. 2ème, 13 juin 2002, Bull. n° 128 p.103).

Si les règles de droit commun sont applicables à ces significations, la Cour de cassation a cependant affirmé à plusieurs reprises que les conséquences que ces actes comportaient pour les tiers saisis exigeaient qu'ils soient remis "avec un soin particulier" (Civ. 2ème, 4 octobre 2001, Bull. n° 152 p. 104 ; Civ. 2ème, 21 mars 2002, Bull. n° 55 p. 46).

2° Le motif légitime, cause d'exonération de la responsabilité du tiers saisi

L'article 24 de la loi du 9 juillet 1991, comme les articles 60 et 238 du décret d'application sanctionnent le tiers saisi qui s'abstient de fournir les renseignements prévus ou tarde à les donner, sans motif légitime. Le tiers saisi peut donc s'exonérer de la responsabilité qu'il encourt en invoquant un motif légitime dont le juge de l'exécution n'a pas à rechercher d'office l'existence (Civ. 2ème, 24 juin 1998, Bull. n° 223 p. 131) et en en justifiant. Mais il ne doit cette justification qu'au juge de l'exécution et n'a pas à se prévaloir de cette cause d'exonération devant l'huissier de justice instrumentaire (Civ. 2ème, 7 mars 2002, Bull. n° 36 p. 30). Après avoir laissé, dans un arrêt resté isolé, l'existence du motif légitime à l'appréciation souveraine du juge du fond, la Cour de cassation a décidé d'exercer un contrôle. Le motif légitime peut parfois s'analyser comme un motif de droit. Il en est ainsi lorsque le tiers saisi oppose à l'huissier de justice, mandataire du saisissant, le secret professionnel. Ainsi un établissement de crédit, tiers saisi, avait soutenu que le secret professionnel en matière bancaire, dont la violation le rendait passible des sanctions prévues par l'article L. 226-13 du nouveau Code pénal, lui interdisait de satisfaire à son obligation de renseignement. La Cour de cassation a estimé (Civ. 2ème, 1er juillet 1999, Bull. n° 129 p. 94) que dès lors que l'obligation pesant sur le tiers saisi découlait de la loi, l'établissement de crédit n'était pas fondé à opposer le secret bancaire au créancier saisissant.

Cependant, dans la quasi totalité des contentieux dont les juges de l'exécution ont eu à connaître, le motif légitime invoqué par les tiers pour s'exonérer de la responsabilité leur incombant tient en un motif de fait et la Cour de cassation exerce un contrôle sur la qualification retenue par les juridictions du fond, sans toutefois avoir pu donner une définition du motif légitime, au sens de l'article 24 de la loi de 1991, tant sont diverses les situations des tiers saisis et variées les circonstances invoquées à l'appui de demandes d'exonération. Le tiers saisi peut être en effet un simple particulier mais aussi un professionnel du droit, une banque à succursales multiples... Le domaine dans lequel la Cour de cassation a eu le plus fréquemment à exercer son contrôle concerne le retard mis par le tiers saisi à exécuter son obligation de renseignement. Ce retard est-il ou non justifié par un motif légitime ? Ce retard est souvent lié aux conditions de délivrance de l'acte de saisie au tiers ou aux difficultés rencontrées par celui-ci pour réunir les renseignements qu'il est tenu de fournir.

S'agissant des modalités de délivrance de l'acte de saisie, comme il a été exposé ci-dessus, la Cour de cassation exige "un soin particulier" de la part de l'huissier de justice, dans la conduite de ses opérations à l'égard des tiers saisis. Cette exigence vaut notamment pour la délivrance des significations aux personnes morales, qui, aux termes de l'article 654 du NCPC, sont réputées faites à personne lorsque l'acte est délivré à un fondé de pouvoir du représentant légal ou à toute autre personne habilitée à cet effet. L'exigence d'une réponse immédiate n'est guère réaliste, "si la signification de l'acte n'a pas été faite entre les mains mêmes du destinataire de l'acte ou du possesseur des renseignements" (Rapport annuel 1999 p. 33). L'huissier de justice doit veiller, autant que faire se peut, à remettre son acte à une personne qui se trouve en mesure de lui répondre (Civ. 2ème, 17 octobre 2002, Bull. n° 231 p. 179) et à mettre en oeuvre tous les moyens permettant au tiers saisi de répondre sur-le-champ (Civ. 2ème, 22 mars 2001, pourvoi n° 99-14.941). Mais à cette exigence, correspond aussi l'obligation pour le tiers saisi de mettre en place une organisation appropriée afin que sa réponse ne soit pas différée (Civ. 2ème, 21 mars 2002, Bull. n° 55 p. 46), ou qu'elle ne soit différée qu'à très bref délai, soit en raison de la complexité des informations à fournir (Civ. 2ème, 7 décembre 2000, pourvoi n° 98-23.229 ; Civ. 2ème, 4 octobre 2001, pourvoi n° 99-21.263), soit en raison d'un empêchement momentané et légitime de la personne la mieux informée (Civ. 2ème, 7 mars 2002, Bull. n° 36 p. 30).

Il résulte de ces précédents de la deuxième Chambre que celle-ci, dans le contrôle du motif légitime, s'attache notamment pour les personnes morales, tiers saisis, à exiger que l'huissier de justice remette l'acte de saisie, à une personne compétente, mais aussi que le tiers saisi ne s'abrite pas derrière les défaillances de sa propre organisation pour éluder son obligation.

Telles sont, semble-t-il, les lignes directrices résultant de la jurisprudence de la Cour de cassation que sont invitées à suivre les juridictions de l'exécution dans l'appréciation du motif légitime.

b) La condamnation du tiers saisi en paiement de dommages-intérêts

Cette sanction encourue pour manquement à l'obligation de renseignement et prévue par l'article 60 alinéa 2 et 238 alinéa 2 du décret du 31 juillet 1992 obéit aux règles de la responsabilité de droit commun.

1° Domaine d'application

La condamnation à des dommages-intérêts peut être prononcée lorsque le tiers saisi n'encourt pas une condamnation au paiement des causes de la saisie, soit parce qu'il ne lui est reproché qu'un défaut partiel de renseignement ou que son abstention n'a porté que sur la communication de pièces justificatives, soit parce que les informations qu'il a données étaient inexactes ou mensongères. Les arrêts qui ont été cités dans l'étude des conditions de mise en oeuvre de la responsabilité du tiers saisi, sur le fondement des articles 60 alinéa 1 du décret du 31 juillet 1992 n'ont pas manqué de le préciser : une déclaration incomplète, inexacte ou mensongère et un défaut de fourniture de pièces justificatives ne peuvent donner lieu qu'à condamnation au paiement de dommages-intérêts (v. les arrêts précités). Mais encore faut-il que le tiers saisi ait eu connaissance de la saisie, une signification dans les conditions de l'article 659 du NCPC ne pouvant suffire, aucune négligence fautive ne peut avoir été commise dans ce cas (Civ. 2ème, 13 juin 2002, Bull. n° 128 p. 193).

2° Les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité du tiers saisi, sur le fondement de l'article 60 alinéa 2 ou 238 alinéa 2 du décret du 31 juillet 1992.

Contrairement à ce que décide la jurisprudence, lorsqu'est mise en oeuvre la garantie du tiers en paiement des causes de la saisie, cette responsabilité peut être engagée même si la saisie est nulle ou caduque.

Bien que le tiers saisi ne soit tenu, au jour de la saisie, à aucune obligation envers le débiteur, il peut être condamné au paiement de dommages-intérêts lorsqu'il n'a pas satisfait à l'obligation légale de renseignement.

Mais cette condamnation n'est prononcée par le juge de l'exécution que si les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité de droit commun sont réunies : une faute, un préjudice, un lien de causalité entre la faute et le préjudice. L'exigence de la faute résulte des énonciations mêmes des textes applicables, l'article 60 alinéa 2 comme l'article 238 alinéa 2 du décret de 1992 prévoyant la condamnation à des dommages-intérêts en cas de "négligence fautive ou de déclaration inexacte ou mensongère du tiers saisi". Dans certaines de ses décisions, la deuxième Chambre civile s'est référée à l'existence d'un préjudice (Civ. 2ème, 21 décembre 2000, Bull. n° 179 p.128) ou d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice (Civ. 2ème, 5 juillet 2000, pourvoi n° 98-17542).

Elle a ainsi approuvé une cour d'appel qui, après avoir retenu le caractère inexact de la déclaration du tiers saisi, a débouté le saisissant de sa demande de dommages-intérêts, en l'absence de préjudice subi par celui-ci (Civ. 2ème, 21 décembre 2000, pourvoi n° 98-32.340).

La référence faite par l'article 24 alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991 à l'existence d'un motif légitime, cause d'exonération que les textes réglementaires n'ont pas reprise, apparaît dénuée de portée. L'appréciation du motif légitime se confond en effet avec celle de la faute : dès lors que l'existence d'une faute devra être démontrée, le manquement partiel à l'obligation de renseignement ne pourra pas être retenu sur ce fondement, s'il est établi par ailleurs que ce manquement était justifié par un motif légitime.

B. L'obligation légale de paiement du tiers saisi

Il n'y a pas lieu d'opérer de distinction entre la saisie conservatoire de créance et la saisie-attribution car l'obligation de paiement du tiers saisi n'a pas sa place dans la procédure de saisie conservatoire ; elle ne prendra naissance que lorsque la saisie conservatoire sera convertie en saisie-attribution, dans les mêmes conditions qu'une saisie-attribution pratiquée dès l'origine.

1° Contenu de l'obligation légale

Selon l'article 61 du décret du 31 juillet 1992, le tiers saisi doit procéder au paiement du saisissant "sur la présentation d'un certificat délivré par le greffe ou établi par l'huissier de justice qui a procédé à la saisie, attestant qu'aucune contestation n'a été formée dans le mois suivant la dénonciation de la saisie" ou avant l'expiration de ce délai, si le débiteur a déclaré par écrit ne pas contester la saisie (Civ. 2ème, 30 janvier 2002, pourvoi n° 00-12.951).

Si une contestation de la saisie a été faite, l'obligation de paiement doit être exécutée, aux termes de l'article 68 du décret, après "notification aux parties en cause" de la décision de rejet de la contestation et sur présentation de celle-ci. Il n'est pas possible de se dispenser de cette notification (Civ. 2ème, 19 septembre 2002, Bull. n° 184 p. 147). Seul le respect de ces formalités, suivi d'un paiement effectif éteint l'obligation du tiers saisi à l'égard du débiteur (Civ. 2ème, 23 novembre 2000, Bull. n° 153 p. 109) et dans la limite des sommes versées, celle du débiteur saisi.

2° La sanction applicable en cas de manquement

Le créancier saisissant qui n'a pas été payé conserve tout d'abord ses droits contre le débiteur, sauf si le défaut de paiement est imputable à sa propre négligence. Dans ce cas, il perd ses droits à concurrence des sommes dues par le tiers saisi (article 63 du décret du 31 juillet 1992).

Mais surtout la responsabilité encourue par le tiers saisi, pour refus de paiement des sommes qu'il a reconnu devoir au débiteur saisi ou dont il a été jugé redevable peut être mise en oeuvre devant le juge de l'exécution qui a le pouvoir de délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi. Par l'effet de ce titre, le tiers devient ainsi directement le débiteur du saisissant. Que l'action tende à l'obtention d'un titre exécutoire à l'encontre du tiers saisi ou soit le fait de celui-ci, contestant son obligation de payer en raison de l'inexistence prétendue de sa dette à l'égard du débiteur saisi, elle n'est pas soumise au délai d'un mois prévu par l'article 65 du décret du 31 juillet 1991.

II. la responsabilité du tiers saisi dans les autres procédures civiles d'exécution

Sauf pour la saisie des droits d'associé et des valeurs mobilières et pour la saisie de rémunérations du travail, procédures qui ont donné lieu à quelques arrêts de la deuxième Chambre civile sur la mise en oeuvre de la responsabilité du tiers saisi, aucun contentieux sur ce sujet n'a été porté devant la Cour de cassation, pour les autres voies d'exécution mobilière. Leur étude ne donnera lieu qu'à quelques brefs développements.

A. La responsabilité du tiers saisi dans la procédure de saisie des droits d'associé et des valeurs mobilières.

1° Le contenu de l'obligation légale de renseignement : une obligation déclarative limitée

Ni la loi du 9 juillet 1991, sauf en ses dispositions générales de l'article 24, ni le décret du 31 juillet 1992 ne contiennent d'indication sur l'obligation déclarative du tiers saisi. Seules les précisions relatives aux mentions qui doivent être portées, à peine de nullité, dans les actes de signification de ces saisies, apportent quelques indications à ce sujet. Cet acte doit en effet contenir, aux termes de l'article 182 dernier alinéa du décret de 1992, sommation au tiers saisi "de faire connaître l'existence d'éventuels nantissemements ou saisies".

S'il n'est pas spécialement requis par le juge de l'exécution, le tiers saisi n'a donc pas d'autre obligation que celle prévue par ce texte. Notamment, aucune disposition ne lui fait obligation d'indiquer au créancier saisissant l'étendue des droits d'associé et des valeurs mobilières ni des droits pécuniaires qui y sont attachés (Civ. 2ème, 8 avril 1999, Bull. n° 69 p. 51 ; Civ. 2ème, 17 mai 2001, pourvoi n° 99-11.505).

2° La sanction en cas de manquement à cette obligation

Aucune disposition spécifique à la saisie des droits d'associé et des valeurs mobilières dans la loi de 1991 et dans son décret d'application, ne prévoit la sanction à appliquer pour le manquement à l'obligation légale de renseignement.

Dans un arrêt, contesté par une partie de la doctrine, la deuxième Chambre civile a estimé que le tiers saisi qui ne déférait pas à la sommation de faire connaître l'existence d'éventuels nantissemements ou saisies ne s'exposait qu'à une condamnation à des dommages-intérêts (Civ. 2ème, 3 mai 2001, Bull. n° 90 p. 60).

A la question posée à la Cour de cassation de savoir si une condamnation au paiement des causes de la saisie pouvait être prononcée pour manquement à l'obligation limitée édictée par l'article 182 du décret de 1992, cette juridiction a répondu par la négative. Elle a été sensible à une double considération :

- d'une part, un souci de cohérence avec l'interprétation restrictive qu'elle a donnée des énonciations de l'article 24 de la loi de 1991, tendant à faire du tiers saisi le garant du débiteur ;
- d'autre part, un désir d'harmonie avec la situation du tiers saisi dans la procédure de saisie-attribution, dans laquelle seul un défaut de déclaration ou une déclaration tardive sont sanctionnés par une condamnation au paiement des causes de la saisie. Comment justifier une dualité de régimes, dans des cas où la saisie-attribution ou la saisie des droits d'associés et de valeurs mobilières peuvent être pareillement mises en oeuvre, au choix du saisissant ? En effet, la seule omission de faire connaître l'existence des nantissemements ou saisies antérieures, à supposer que le tiers saisi ait procédé à la déclaration, partielle par conséquent, à laquelle il est tenu dans la procédure de saisie-attribution, entraînerait dans cette procédure une condamnation à des dommages-intérêts et dans la procédure de saisie des droits d'associé et des valeurs mobilières, une condamnation au paiement des causes de la saisie, parce que l'obligation déclarative du tiers saisi, limitée en la matière, résulte de la loi.

Ainsi, seul le droit commun de la responsabilité s'applique dans cette procédure.

B. La responsabilité du tiers saisi dans la procédure de saisie des rémunérations du travail

1° L'obligation légale de renseignement

a) Le contenu de l'obligation

Selon l'article L. 145-8 du Code de travail, le tiers saisi, qui n'est autre que l'employeur du débiteur saisi, est tenu de "faire connaître la situation de droit existant entre lui-même et le débiteur saisi" soit donc l'existence éventuelle d'un contrat de travail, "ainsi que les cessions, saisies, avis à tiers détenteur ou paiement direct de créances d'aliment en cours d'exécution". Ainsi l'obligation qui pèse sur l'employeur a une réelle étendue. A cette obligation s'ajoute celle d'informer non pas le saisissant mais le greffe de tout événement qui suspend la saisie et y met fin (R. 145-2 dudit Code).

b) Les délais pour procéder aux déclarations prévues

Le tiers saisi dispose, aux termes des articles R. 145-18.4° et R. 145-20 du Code du travail d'un délai de 15 jours à compter de la notification de l'acte de saisie, contenant injonction à cet effet, pour respecter l'obligation résultant des dispositions de l'article L. 145-8 du Code du travail, en donnant les renseignements nécessaires au greffe.

Quant à l'information à laquelle il est tenu par l'article R 145-22 du Code du travail, telle que la rupture du contrat de travail, le délai est de 8 jours. Mais aucune forme de notification n'étant prévue, le tiers saisi peut justifier avoir informé le greffe par tous moyens de preuve (Civ. 2ème, 14 février 2002, Bull. n° 15 p. 14).

c) Les sanctions encourues par le tiers saisi défaillant

Les distinctions qui ont été faites à l'égard du tiers saisi défaillant dans la procédure de saisie-attribution ont à nouveau leur place, l'article L. 145-8 du Code du travail précisant en son alinéa 2 les sanctions encourues par le tiers saisi défaillant.

Une absence totale de déclaration est, sauf motif légitime, sanctionnée par la condamnation du tiers saisi au paiement des retenues sur salaires qui auraient dû être opérées (Civ. 2ème, 11 juillet 2002, Bull. n° 173 p. 137). S'éloignant toutefois de ce qui avait été décidé dans la procédure de saisie-attribution, l'arrêt, le seul intervenu en la matière, assimile, au regard de la sanction encourue, la déclaration mensongère à l'absence de déclaration.

Il se déduit à contrario de cet arrêt qu'en cas de déclaration incomplète ou inexacte, dans la mesure où l'inexactitude n'est pas volontaire, la responsabilité de l'employeur, tiers saisi, ne peut donner lieu qu'au paiement de dommages-intérêts.

Quelle est la sanction encourue par le tiers saisi pour déclaration tardive ? La motivation retenue en matière de saisie-attribution par la Cour de cassation, à laquelle il apparaît que l'article 60 alinéa 1 du décret de 1991, est liée à l'article 59 mentionnant une exécution sur-le-champ ne peut, semble-t-il, être étendue et adoptée en la matière. La mise en oeuvre de la responsabilité du tiers saisi, pour retard dans l'exécution de l'obligation, paraît donc être fondée sur le droit commun de la responsabilité.

En ce qui concerne la cause d'exonération, tout ce qui a été dit ci-dessus, sur le motif légitime, vaut pour la procédure de saisie de rémunération du travail.

A noter une particularité en la matière, puisque la loi prévoit expressément la possibilité pour le juge d'instance qui exerce les pouvoirs du juge de l'exécution de condamner l'employeur, tiers saisi, au paiement d'une amende civile, s'il n'a pas satisfait à son obligation légale.

2° L'obligation résultant des dispositions de l'article L. 145-9 du Code du travail

a) Le contenu de l'obligation (alinéa 1)

Selon ce texte, "le tiers saisi a l'obligation de verser mensuellement les retenues pour lesquelles la saisie est opérée dans les limites des sommes disponibles".

Précisant sa doctrine au regard de ce texte, la Cour de cassation a jugé que l'obligation du tiers saisi d'opérer des retenues sur les rémunérations du débiteur saisi ne peut se poursuivre après la cessation du contrat de travail (Civ. 2ème, 14 février 2002, Bull. n° 15 p. 14).

b) La sanction du manquement à l'obligation (alinéa 2)

Le tiers saisi devient le garant du débiteur, la loi disposant qu'en cas de manquement, le juge "même d'office, le (tiers saisi) déclare débiteur des retenues qui auraient dû être opérées" (v. aussi l'article R. 145-24 du même Code).

La condamnation personnelle du tiers saisi à l'égard du créancier saisissant n'empêche toutefois pas le premier d'exercer un recours contre le débiteur, mais il ne peut le faire qu'après mainlevée de la saisie (L.145-9 alinéa du Code du travail). Ces recours sont bien souvent aléatoires.

C. La responsabilité du tiers saisi dans les autres procédures de saisie mobilière

La Cour de cassation n'ayant pas eu à préciser sa doctrine dans ces matières, il n'y a lieu de procéder qu'à un bref rappel des textes applicables.

1° La saisie-vente

Les tiers ne sont concernés par cette procédure que lorsque les biens saisis à l'encontre d'un débiteur se trouvent entre leurs mains.

a) Le contenu de l'obligation

L'huissier de justice invite, selon l'article 99 du décret du 31 juillet 1991, le tiers "à déclarer les biens qu'il détient pour le compte" du débiteur "et parmi ces derniers, ceux qui auraient fait l'objet de saisies antérieures".

A cette obligation déclarative, s'ajoute l'interdiction faite au tiers détenteur, constitué sauf refus de sa part, gardien des objets saisis, de les aliéner et de les déplacer sans motif légitime (articles 100, 104 et 91 du décret de 1992).

b) Les sanctions encourues

Le manquement à l'obligation déclarative est sanctionné "en cas de refus de déclaration ou de déclaration inexacte ou mensongère" par une condamnation du tiers détenteur "au paiement des causes de la saisie, sauf le recours du tiers détenteur contre le débiteur. Le tiers peut aussi être condamné à des dommages-intérêts" (article 99 du décret ; v. aussi l'article 100.3° du même texte).

Le tiers détenteur qui manquerait à l'obligation de garde des biens saisis, à laquelle il a consenti, encourt pour sa part les sanctions pénales prévues par l'article 406 du Code pénal.

2° La saisie-appréhension

Comme pour la saisie-vente, les tiers ne sont concernés que lorsqu'ils détiennent les biens saisis à l'encontre d'un débiteur.

Le tiers est tenu de remettre le bien saisi-appréhendu à l'huissier de justice instrumentaire, et ce dans un délai de 8 jours (article 146 alinéa 4 du décret du 31 juillet 1992 et article 151 du même texte).

Cependant, le tiers détenteur peut s'opposer à l'appréhension, en saisissant le juge de l'exécution de la difficulté. Mais à défaut de remise volontaire, le saisissant peut aussi demander au juge de l'exécution d'ordonner la remise du bien (article 147 alinéa 1 du décret de 1992).

3° La saisie-revendication

Le tiers détenteur d'un bien meuble corporel, dont le juge de l'exécution a autorisé la délivrance ou la restitution, ou pour lequel le saisissant possède un titre exécutoire, doit déclarer à l'huissier de justice instrumentaire toute saisie antérieure sur le bien et en communiquer la pièce justificative (article 159 du décret du 31 juillet 1992). Si ce texte n'a pas précisé les sanctions encourues, il n'est pas douteux que la responsabilité du tiers détenteur pourrait être engagée

sur le fondement de la responsabilité du droit commun et qu'ainsi il pourrait être condamné à des dommages-intérêts, en cas de manquement à son obligation déclarative. En outre, le bien saisi est placé sous la garde du tiers que ne peut ni l'aliéner ni le déplacer, sauf motif légitime. Le tiers détenteur qui ne respecterait pas cette obligation, s'exposerait aux sanctions prévues par l'article 406 du Code pénal pour le détournement d'objet saisi.

4° La saisie des biens placés dans un coffre-fort appartenant à un tiers

En application de l'article 266 du décret du 31 juillet 1992, le tiers est tenu de fournir à l'huissier de justice, mandataire du saisissant, l'identification du coffre-fort dans lequel se trouvent placés les biens saisis. Il doit aussi veiller à interdire tout accès au coffre, si ce n'est en présence de l'huissier de justice instrumentaire. Celui-ci peut d'ailleurs apposer des scellés sur le coffre.

Si les textes n'édicte aucune sanction à l'encontre du tiers détenteur défaillant dans l'exécution de ses obligations, sa responsabilité ne s'en trouverait pas moins engagée dans les conditions du droit commun.

En définitive, le tiers saisi qui doit éviter toute connivence avec le débiteur saisi, avec lequel il est parfois en relation d'affaires, est tenu à une véritable obligation de loyauté à l'égard de toutes les parties à la procédure d'exécution. Il convient de veiller par ailleurs à ce que le saisissant, lorsque son débiteur est totalement insolvable, ne cherche, avec un zèle excessif, à trouver en la personne du tiers saisi, un garant contre lequel, pour la moindre omission, il pourrait prendre un titre exécutoire.