

SOMMAIRE

ACTUALITES

- Monsieur le Président dégage ... Ou quand Internet va-t-il sonner le glas des dictatures et des régimes népotiques d'Afrique et d'ailleurs (P 2)

Me Bakary DIALLO

- Pour la Cour de cassation française, le Parquet n'est pas une autorité judiciaire (P 6)

Me Mamadou KONATE

ETUDES

- Les nouvelles normes du contrat commercial international : « Bref aperçu sur les Incoterms 2010 » (P 8)

Me Bérenger MEUKE

CHRONIQUES

- Comme la langue d'Esopé, l'exécution provisoire peut être la meilleure ou la pire des choses (Note Arrêt CCJA n° 8 du 09/03/2006 Ayants droits de K.O.K c/ SIDAM) (P 14)

INFORMATIONS PRATIQUES

- Brèves observations au sujet du bail commercial à durée déterminée et de son renouvellement par tacite reconduction suivant le droit OHADA (P 24)

Me Bakary TOGORA

- De la validité en OHADA d'un pacte d'actionnaires précédent les statuts et la constitution de la société (P 29)

LU POUR VOUS

- La portée de la règle dite du « zéro heure » (P 30)

Filiga Michel SAWADOGO
Agrégé des Facultés de Droit
Université de Ouagadougou

Chères Lectrices,
Chers Lecteurs,

Nous avons le plus grand plaisir de vous retrouver à nouveau en ce début d'année, à l'occasion de la parution de ce numéro de notre Revue JURIFIS INFO.

Nous nous réjouissons de vous voir toujours plus nombreux à nous lire et encore plus nombreux à nous témoigner tout l'intérêt que vous portez ainsi à la Revue JURIFIS INFO.

Au delà de cette évidente passion du droit et de la pratique du droit que nous partageons tous, nous tentons par le biais de cette démarche, de répondre à vos interrogations et attentes.

Le Comité de Rédaction de la Revue JURIFIS INFO, toujours dévoué et particulièrement dédié à servir, met tout en œuvre pour offrir le meilleur cadre de réflexion et un outil adéquat de travail permettant de contribuer à la mise en place, au profit des professionnels et usagers du droit, d'un instrument de communication interactif.

Ce cadre d'échange que nous recherchons devient de plus en plus apparent grâce à vous. N'hésitez donc plus à nous faire parvenir comme ce fût le cas pour les précédentes parutions, vos commentaires, remarques et observations en marquant si possible vos accords et/ou désaccords avec les auteurs qui auront pris sur eux de s'avancer un peu plus.

Je voudrais à cette suite saluer la parution d'un ouvrage important à mes yeux, et qui était très attendu des nombreux praticiens du droit de l'espace OHADA : Intitulé « *Droit des sociétés et de l'arbitrage international / Pratique en droit de l'OHADA* » de Maître Benoît LE BARS. Benoit est Avocat au Barreau de Paris et Professeur Associé à la Vermont Law School (USA).

J'ai, à sa demande mais avec beaucoup de plaisir accepté de préfacer cet ouvrage qui est édité chez JOLY Editions.

Dans l'actualité du mois qui vous est proposée, Bakary DIALLO, Avocat à Paris et Collaborateur de notre Cabinet traite de manière tellement précise, les relations qu'entretiennent désormais « Internet et Démocratie en Afrique », en ligne de mire, les récents événements survenus en Tunisie, en Egypte, en cours à Alger, Sana à Tripoli...

Depuis qu'au moyen d'internet l'information est directement diffusée au grand public, de nouvelles controverses réapparaissent régulièrement :

- Le nouvel univers électronique favorise-t-il réellement la transparence démocratique et/ou constitue-il au contraire le ferment d'une segmentation de l'intérêt national?
- Internet est-il précisément le reflet de nouveaux modes de délibération démocratique et d'engagement citoyen ou n'est-il en réalité que le vecteur d'une démocratie individualisée de défiance ou de conjecture ?

Pour Me Bakary DIALLO, « En réalité, en occident comme en Afrique, les autorités politiques contemporaines mesurent mal le changement de mentalité qui s'est opéré avec la Révolution numérique (...) Il faut, en effet, garder en tête que les nouvelles technologies ne créent pas en soi les changements de société. Leur finalité est de les rendre possibles et d'en accélérer l'évolution. C'est précisément ce qui s'est passé à la surprise générale en Tunisie et en Egypte. C'est sans conteste ce qui se déroule sous nos yeux à Alger et à Tripoli. C'est ce même craquement qui menace un peu partout où subsiste non seulement des pratiques despotiques mais aussi corruptives et népotiques sans parler des tentatives d'instauration de dynasties républicaines ».

Bonne lecture.



Me Mamadou KONATE

MONSIEUR LE PRESIDENT DEGAGE ... OU QUAND INTERNET VA-T-IL SONNER LE GLAS DES DICTATURES ET DES REGIMES NEPOTIQUES D'AFRIQUE ET D'AILLEURS

Bakary DIALLO
Docteur en droit des Affaires
Avocat au Barreau de Paris

Bien souvent, on nous a seriné que les peuples d'Afrique noire et les arabes étaient ontologiquement inaccessibles à l'idée même de démocratie. Dans un élan de condescendance teinté de paternalisme de mauvais aloi, l'ancien chef d'Etat français Monsieur Jacques Chirac avait même prononcé une formule qui a fait florès en estimant que « la démocratie était un luxe pour les africains ».

Lors de son désormais célèbre discours de Dakar prononcé le 26 juillet 2007 à l'occasion de sa première visite en Afrique sub-saharienne en tant que Président de la République, Nicolas Sarkozy avait lui aussi asséné que l'homme noir n'était pas assez entré dans l'histoire. Il avait ajouté expressis verbis, *"Dans cet imaginaire où tout recommence toujours, il n'y a de place ni pour l'aventure humaine, ni pour l'idée de progrès"*.



Photo «blog. lemonde.fr »

Ce faisant, il n'est guère étonnant que cette approche « différentialiste » conduise la France et le plus grand nombre des pays occidentaux à s'accommoder de régimes ou de systèmes politiques dont ils feignent hypocritement de découvrir aujourd'hui les pires infamies.

Au-delà de la chute de Hosni Moubarak, ce que l'actualité politique africaine offre de « poétique » aux yeux du monde entier depuis le mouvement d'opinion né en réaction de la tentative de confiscation du pouvoir par Laurent Gbagbo défait par les urnes lors des dernières élections du 28 novembre 2010, c'est un mur. Un gigantesque mur de la peur qui s'écroule désormais la symbolique se traduit un partout et qui est symbolisé par la révolution du jasmin qui laisse éclore les fleurs et exhale le doux parfum de la revendication démocratique sur tout un continent.

D'Abidjan à la place Tahrir au Caire en passant par Tunis, Alger, Bahrein et Tripoli demain peut être les capitales subsahariennes la preuve est en train d'être faite que rien ne peut empêcher qu'une société soit condamnée à perpétuité à la tyrannie d'un homme, d'une famille, d'un clan ou d'un système.

Aucune civilisation, aucun peuple n'est inaccessible à la Démocratie.

Quant au discours méprisant de Dakar qui exhale la philosophie de l'essentialisme¹, si chère, à certains disciples de Hegel en ce qu'il confine l'Africain dans une identité insoluble dans l'histoire, il est en parfait décalage avec les évolutions politiques actuelles qui s'inscrivent en lettres de marbre dans l'Histoire.

La question est de savoir si l'onde de choc née de la chute du régime du dictateur tunisien traversera le continent en entier en allant du Caire au Cap ou si elle se cantonnera seulement dans le monde arabe.

¹L'Essentialisme c'est le courant de pensée philosophique qui considère l'individu selon ses « essences » humaines différentes d'une catégorie à une autre. Pour un essentialiste, l'homme se définit avant tout par la contingence de son appartenance nationale, sociale, « raciale » et génétique. D'où une rhapsodie de clichés et de stéréotypes colonialistes et assimilationnistes dans une logique de préjugés, de vision discriminatoire d'autrui qui prend toujours des allures de dénigrements, de conjectures, d'accusation et de rejet de l'autre, celui qui est différent.

A cet égard Pierre Bourdieu dira que : « Tout racisme est un essentialisme » in *Interventions, Agone*, collection « Contre-feux », 2002

En vérité, qu'on les qualifie de dictatures, de dynasties présidentielles, de régimes totalitaires, autoritaires, tyranniques, militarisés, despotiques, usurpateurs, mal élus, illégitimes, népotiques ou corrompus plus aucun leader politique, plus aucun potentat n'est à l'abri d'une insurrection populaire, de révoltes.

Tous ces régimes qui se déclarent démocratiques ne le sont que de façade. Ils affirment tous avec solennité dans leurs Constitutions la garantie du pluralisme politique et assurent la reconnaissance des libertés publiques, organisent régulièrement des élections, adhèrent à toutes les pétitions de principe quant au respect des droits de l'homme. Mais dans les faits, ils exercent une captation systématique de la richesse nationale, verrouillent la vie politique et empêchent toute possibilité d'alternance démocratique.

Or, les peuples ont soif de liberté et de justice. Les populations opprimées ont naguère usé de toutes les formes de contestation de l'autoritarisme politique pour se faire entendre: grèves, actes de vandalisme, villes mortes et même rebellions armées.

C'est ainsi qu'au début des années 90 à la faveur de la chute du mur de Berlin et du discours de la Baule de François Mitterrand, l'espoir de l'avènement sur le continent noir d'une société plus juste et plus démocratique est né.

Ces revendications ont abouti à l'organisation de conférences nationales censées consacrer la rupture avec un passé politique dominé par des régimes à partis uniques faits caractérisés par la violence et le sang. D'importants débats de société s'en sont suivis et ont posé les jalons de transition démocratique.

Malheureusement quelques années plus tard, l'euphorie a cédé la place au scepticisme sur le sort de la démocratie en Afrique. Les craintes du début se sont confirmées avec les révisions constitutionnelles qui ont été opérées dans certains pays pour permettre à leurs dirigeants de se maintenir vaille que vaille au pouvoir.

La tendance actuelle est à la transmission dynastique du pouvoir républicain et tripatouillages des résultats électoraux. Toutes choses qui ont fini par assécher tout espoir sur la prétendue irréversibilité des processus démocratiques.

Il ne suffit plus de museler la presse, d'intimider, d'emprisonner voire d'assassiner les leaders d'opinion ou les opposants politiques pour étouffer toute revendication démocratique. L'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) en général et Internet en particulier, sonnent indubitablement le glas des dictatures et des régimes autoritaires sous toutes ses formes.

Une ère nouvelle est née.

L'exigence démocratique est autrement plus redoutable pour les régimes en place. Contre la censure, les blogs et autres réseaux sociaux notamment Facebook et Twitter sont devenus les principaux vecteurs d'une demande croissante de démocratie. Ces réseaux sociaux constituent à la fois l'Agora et le relais efficaces de l'information en temps réel. Il y a là une verdure fertilisante pour le débat démocratique et pour une citoyenneté engagée.

Toutes ces revendications qui se traduisent peu à peu en affrontements politiques sont le fruit d'une longue accumulation de frustrations maintes fois réfrénées et qui sont liées à plusieurs facteurs: comme l'absence de libertés publiques mais aussi et bien plus souvent, le constat d'une persistance voire d'une aggravation de pratiques corruptives et népotiques de plus en plus visibles et de plus en plus insupportables.

Pourtant, depuis qu'Internet commence à se diffuser dans le grand public, de nouvelles interrogations se posent :

- Le nouvel univers électronique favorise-t-il réellement la transparence démocratique et/ou constitue-il au contraire le ferment d'une segmentation de l'intérêt national?
- Internet est-il précisément le reflet de nouveaux modes de délibération démocratique et d'engagement citoyen ou n'est-il en réalité que le vecteur d'une démocratie individualisée de défiance ou de conjecture ?

Ces questions ont trouvé un regain d'intérêt avec le rôle joué par Facebook et twitter dans l'avènement des soulèvements populaires en Tunisie et en Egypte pour ne citer que ceux là.

Incontestablement cet univers électronique ne va pas sans certaines dérives.

Internet, contrairement à la radio ou à la télévision, met en situation d'égalité l'émetteur et le récepteur. C'est donc, à première vue une arme à double tranchant, dans la mesure où l'internaute est animé d'une toute puissance dans un univers qui contribue à diluer très fortement sa responsabilité personnelle.

Mais Internet c'est aussi et surtout l'outil par excellence de la démocratie participative où le citoyen intervient de manière active dans le débat public. Facebook comme Twitter sont des réseaux sociaux qui fonctionnent généralement sans mot d'ordre particulier et permettent à l'internaute de s'exprimer librement sur tous les sujets qui le concernent ou le préoccupent.

Dans un contexte où l'engagement militant et citoyen est souvent en crise, Internet est tout aussi adapté aux nouvelles formes de militantisme aussi bien pour les partis traditionnels que pour les organisations militantes.

Face au succès croissant de cette nouvelle forme d'engagement militant, teinté de contestation sociale et de cyber-insurrection contre les pratiques néfastes de gouvernants prédateurs, les autorités politiques demeurent totalement impuissantes.

Il va ainsi sans dire que ce qui se passe dans ce gigantesque espace de liberté est sans commune mesure avec les vieilles pratiques qui consistaient à s'accommoder des dérives totalitaires de peur des représailles.

En réalité, la peur semble avoir définitivement changé de camp.

Ces contestations et ce débat ininterrompu ont la particularité d'engager une lutte efficace de prévention contre les tendances de confiscation ou de monopolisation du pouvoir politique par des cercles dirigeants.

Or si on considère avec le philosophe et essayiste Alain² que: "*La démocratie c'est l'exercice du contrôle des gouvernés sur les gouvernants, non pas une fois tous les cinq ans ni tous les ans, mais tous les jours*", on ne peut que se réjouir des effets produits par ce nouveau moyen diligent de contrôle.

Avec Internet il y a un réel frémissement sur le front démocratique africain. Jamais, les responsables politiques tentés par l'autocratie n'ont dû faire face à autant de résistance de la part des populations.

Par ailleurs, avec la célébration du cinquantenaire des indépendances des Etats africains francophones, l'heure des comptes semble avoir sonné.

Le temps de « la faute, c'est l'autre » est révolu. Il faut renoncer aux causalités simplistes. Tout africain soucieux du développement de l'Afrique doit se remettre en cause et faire une analyse objective des sources de blocages politiques, culturels et économiques.

Or ce travail d'autocritique et d'auto-évaluation n'a jamais été entrepris encore moins favorisé par les responsables politiques de tous bords. Ils ont au contraire préféré célébrer avec faste et indécence le bilan de leur propre échec. Ce nécessaire travail intellectuel, politique et socio-économique se fait fort heureusement en partie à travers les blogs, les forums et autres réseaux sociaux.

Mais les controverses sur Internet et sur la démocratie ne concernent pas que les Etats africains ou les régimes autocratiques, tant s'en faut, elles se posent avec la même acuité aux démocraties occidentales censées être plus abouties.

A cet égard, toute l'actualité du débat qui se noue autour du site Wikileaks est assez révélatrice. Les tentatives des gouvernements et politiques occidentaux de supprimer wikileaks, par des voies juridiques, techniques ou autres intimidations, en disent long sur la nature de la tension entre Internet et démocratie.

Le site WikiLeaks a révélé plus d'un million de télégrammes diplomatiques américains et de nombreuses autres informations confidentielles. Depuis, le débat fait rage entre les opposants à la tyrannie de la transparence généralisée et les partisans d'une information citoyenne à l'heure d'Internet.

² De son vrai, **Emile-Auguste Chartier**, «*La démocratie institutionnalise les contre-pouvoirs: « Le contrôle »*».

La méthode WikiLeaks a été dénoncée par ses détracteurs comme étant « une démocratie de la défiance organisée » ou qualifiée de « démocratie de caniveau ».

Mais si on s'offusque à juste titre de la censure de Google, de Facebook ou de Twitter dans certaines régions du monde et dans certains régimes considérés comme totalitaires ou corrompus, pourquoi s'autoriserait-on une politique d'intimidation et d'acharnement à l'égard d'auteurs d'un site Internet à but purement informatif dès lors que sont concernées les pratiques des démocraties occidentales.

Si à l'évidence on accepte le principe que la transparence est un élément fondamental de la démocratie en ce qu'elle constitue un moyen de contrôle efficace sur l'action et les pratiques de nos gouvernants, la politique de deux poids deux mesures n'a plus aucune raison d'être. Les principes de la démocratie ne doivent souffrir d'aucune élasticité selon les intérêts considérés.

En réalité, en occident comme en Afrique, les autorités politiques contemporaines mesurent mal le changement de mentalité qui s'est opéré avec la Révolution numérique.

Les codes classiques de communication sont devenus désuets, l'information circule à une vitesse insoupçonnée. Le niveau d'exigence démocratique s'est élevé avec la qualité de l'information « individualisée » et « partagée » à l'échelle planétaire.

Dans la plupart des cas, ces gouvernants n'apprécient guère ce nouveau contre-pouvoir qu'offre Internet à un grand nombre de personnes qui constituent de réels groupes de pression incontrôlés.

Cette Révolution numérique impose de nouvelles pratiques et exige une nouvelle Démocratie. Il n'est pas ici question de céder aux illusions. Il faut, en effet, garder en tête que les nouvelles technologies ne créent pas en soi les changements de société. Leur finalité est de les rendre possibles et d'en accélérer l'évolution. C'est précisément ce qui s'est passé à la surprise générale en Tunisie et en Egypte. C'est sans conteste ce qui se déroule sous nos yeux à Alger et à Tripoli. C'est ce même craquement qui menace un peu partout où subsiste non seulement des pratiques despotiques mais aussi corruptives et népotiques sans parler des tentatives d'instauration de dynasties républicaines.

Avec l'instantanéité de l'information qui va de pair avec l'exigence démocratique, nous sommes entrés de plein pied dans l'ultime étape de la mondialisation: *la globalisation politique* où la dictature n'a plus droit de cité.

POUR LA COUR DE CASSATION LE PARQUET N'EST PAS UNE AUTORITE JUDICIAIRE

Mamadou I. KONATE
Avocat Associé
JURIFIS CONSULT

Le Parquet n'est pas une autorité judiciaire, et c'est la Cour de cassation qui le dit, dans un arrêt de la chambre criminelle de ce 15 décembre 2010 (10-83674).

C'est l'histoire d'un avocat qui a le sang un peu chaud. Il se prend le bec avec un de ses voisins, pour une affaire de servitude de passage, et comme les mots ne suffisent pas, il tire avec sa carabine à air comprimé, blessant légèrement le voisin. Arrivée des flics, et placement en garde à vue le 22 septembre 2008 à 18 heures 10. La mesure est prolongée sur autorisation du procureur de la République à compter du 23 septembre à 18 heures 10, et prend fin le même jour, à 19 heures 15, soit une durée de vingt-cinq heures et cinq minutes, après divers actes d'enquête, parmi lesquels une perquisition, qui a eu lieu à partir de 17 heures 05.



Photo «centre-de-cri.com»

Ce n'est pas l'affaire du siècle. Oui, mais voilà, l'avocat conteste le renouvellement de la garde-à-vue par le Parquet. Il vise l'article 5-3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui prévoit que « toute personne arrêtée doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ».

D'où la question : le procureur de la République est-il habilité à exercer des fonctions judiciaires, c'est-à-dire, son statut le place-t-il assez dans le respect des conditions d'indépendance et d'impartialité ?

Poser cette question il y a quelques années était une hérésie, et quasi une injure. La Cour de cassation avait répondu le 10 mars 1992, et le Conseil constitutionnel avait confirmé le 11 août 1993. Oui, mais la CEDH, et à maintes reprises, directement ou indirectement, avait dit l'inverse (CEDH, 14 octobre 2010, Brusco c. France, no 1466/07 ; 22 novembre 2010, Moulin c. France, n° 37104/06).

Entre temps, la Cour de cassation le 19 octobre 2010 avait posé la règle de la présence de l'avocat dès le début de la garde-à-vue : « Sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou délit reproché, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat ». C'est peu dire qu'on attendait cet arrêt de la Cour de cassation.

Au final, la Cour de cassation rejette la demande de l'avocat, mais pour un motif d'ordre pratique : l'avocat nerveux a été libéré après à peine plus de 24 heures, soit « à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par le texte conventionnel ».

Or, la CEDH, vu les contraintes des enquêtes, admet pour les affaires de droit commun que le parquet puisse renouveler la garde à vue jusqu'à 3 jours. L'article 5-3 dit que la personne arrêtée doit « aussitôt » être conduite devant un juge, et la CEDH accepte 3 jours. La CEDH n'est pas dans le maximalisme.

L'affaire aurait pu en rester là, mais la Cour de cassation glisse que « c'est à tort que la chambre de l'instruction [de la cour d'appel] a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante ».

Et ben ça, chères amies et chers amis, ça vaut son pesant de cacahuètes judiciaires. Vous lisez comme moi : le Parquet « ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises ».

Au premier coup d'œil, la Cour de cassation plante le Parquet, qui devient un service du ministère. Une sorte de prestigieuse préfectorale judiciaire. Le parquet, hiérarchique, affronte la défense devant un juge, qui est lui indépendant et impartial : c'est un modèle très honorable.

Mais je pense que c'est une autre option qui à terme se dégagera : un Parquet devenu suffisamment indépendant pour rester partie poursuivante et pouvoir « exercer des fonctions judiciaires ». Le gouvernement ne veut pas en entendre parler, mais c'est quand même le meilleur modèle, qui seul illustre comme une vertu que tout ce qui est « La Justice » relève de l'indépendance et de l'impartialité. L'histoire ne fait que commencer.

Sarko avait annoncé avec fracas qu'il allait réformer la Justice, avec la suppression du juge d'instruction et le maintien de la hiérarchie pour le Parquet. Résultat deux ans plus tard : on garde le juge d'instruction et on se dirige vers un Parquet indépendant.

- Alors, ça va les petits pois ?

- Pas de problème : pas de bonne cuisine sans de bons produits...

- ...et on vous prépare quelques plats nouveaux et très goûteux...

- ... mais il vous faudra un bon estomac

LES NOUVELLES NORMES DU CONTRAT COMMERCIAL INTERNATIONAL : « *Bref aperçu sur les Incoterms 2010* »

Bérenger Y. MEUKE
Docteur en droit des affaires
Avocat

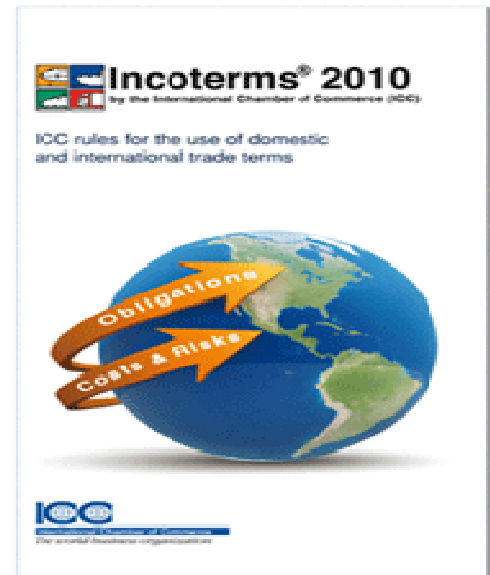
Depuis le 1^{er} janvier 2011, de nouvelles normes régissent le commerce international : les Incoterms 2010.

Les Incoterms n'ont pas un statut de loi, mais jouissent d'une reconnaissance internationale, car les clauses de livraison claires de ce règlement permettent d'exclure d'emblée tout litige entre les partenaires commerciaux.

La croissance continue du commerce international et la complexité grandissante de ce dernier rendent toutefois nécessaire une révision régulière de ces normes.

La huitième version est donc en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011.

En effet, le mot INCOTERMS est une abréviation des termes anglais « INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS ».



Ces directives sont les éléments essentiels du contrat commercial international, de sorte que les parties contractantes qui s'y réfèrent s'imposent plusieurs obligations types.

Dès 1936, la Chambre de Commerce Internationale³ (CCI) a codifié les usages courants en matière de commerce international et diffusé la première édition des INCOTERMS.

L'évolution des techniques de transport, de manutention, de transmission des données et des pratiques commerciales l'a conduite à les mettre à jour et à les modifier à plusieurs reprises en 1953, 1967, 1974, 1976, 1980, 1990, 2000 et récemment en 2010⁴.

Ces normes définissent ainsi les responsabilités et les obligations d'un vendeur et d'un acheteur dans le cadre d'un contrat commercial international, notamment en ce qui concerne le choix du mode de transport, du paiement des frais de manutention et de l'assurance.

Elles précisent également qui du vendeur ou de l'acheteur aura à supporter l'avarie en cas de mauvaise exécution du transport, tout comme les documents, notamment de transport, dus par le vendeur à l'acheteur.

Si la fonction première des INCOTERMS réside donc dans la répartition des frais de transport, sa seconde finalité est bien de définir le lieu de transfert des risques, sa troisième fonction sans doute la plus importante dans le commerce international actuel étant la détermination des obligations de livraison qui incombent en termes de délais au vendeur.

Il en résulte alors qu'il s'agit de normes permettant à l'acheteur et au vendeur de se mettre d'accord rapidement et sans ambiguïté aucune sur les modalités de leur transaction, tout en précisant qu'il ne s'agit nullement de définir le moment du transfert de propriété mais bien celui du transfert des risques de transport, des différents frais et de l'organisation du transport.

³ CCI dont le siège est à Paris

⁴ Ces INCOTERMS évoluant avec le temps, les parties qui les utilisent sont invitées par la CCI à toujours faire référence à l'année d'édition de la version qu'ils veulent utiliser

Avec les récentes innovations liées à la logistique et la généralisation du phénomène de conteneurisation, la CCI a revue et corrigé les normes de commerce en 2010 qui doivent désormais également tenir compte des défis liés à la sécurité du fret et à la nécessité d'utiliser des documents électroniques.

Toutefois, les rédacteurs du nouveau texte ont maintenu la même structure que pour les éditions précédentes.

C'est ainsi que l'on se retrouve toujours avec quatre groupe d'Incoterms :

- Le Groupe E⁵ (le vendeur met la marchandise à la disposition de l'acheteur dans les locaux du vendeur),
- Le Groupe F⁶ (le vendeur remet la marchandise à un transporteur désigné par l'acheteur),
- Le Groupe C⁷ (le vendeur n'assume pas les frais et risques liés au transport),
- Le Groupe D⁸ (le vendeur assume les frais et risques liés au transport).

Si le groupage n'a pas connu de changement, les modifications de fond introduites dans la version 2010 pourraient créer des incertitudes chez les opérateurs commerciaux, s'agissant notamment du transfert du coût et du risque de transport.

La principale modification concerne la répartition des normes en Incoterms multimodaux et Incoterms maritimes (I), la réduction du nombre des termes qui passe de 13 à 11 suite au changement opéré sur le Groupe « D » (II) et la confirmation des Incoterms des Groupes « E », « F » et « C » (III).

La nouvelle version des Incoterms a donc introduit tout de même des nouveautés dans la pratique du commerce internationale qui méritent quelques précisions et recommandations (IV).

I- LA NOUVELLE REPARTITION DES INCOTERMS

Les Incoterms 2010 tiennent compte de l'évolution des pratiques du commerce international, de l'émergence des questions sécuritaires avec notamment les attaques du 11 septembre aux USA et de l'adoption du cadre « SAFE »⁹.

LES INCOTERMS 2010			
Famille	Incoterm	Définition en anglais	Définition en français
Incoterms concernant tous les types de transport (maritime inclus)	EXW	Ex Works	À l'usine
	FCA	Free Carrier	Franco transporteur
	CPT	Carriage Paid	Port payé jusqu'à...
	CIP	Carriage And Insurance	Port payé assurance comprise jusqu'à...
	DAT *	Delivered At Terminal	Rendu à port de destination
	DAP **	Delivered At Place	Rendu à lieu de destination
	DDP	Delivered Duty Paid	Rendu droits acquittés
Incoterms concernant le transport fluvial et maritime	FAS	Free Alongside Ship	Franco le long du navire
	FOB	Free On Board	Franco à bord
	CFR	Cost And Freight	Coût et fret
	CIF	Cost Insurance And Freight	Coût assurance et fret
* L'Incoterm 2010 DAT remplace l'Incoterm 2000 DEQ (Delivered Ex Quay). ** L'Incoterm 2010 DAP remplace les Incoterms 2000 DAF (Delivered At Frontier), DES (Delivered Ex Ship) et DDU (Delivered Duty Unpaid).			

⁵ « E » pour « Ex Works » lieu convenu

⁶ « F » pour « Free » (franco)

⁷ « C » pour « cost » ou « carriage »

⁸ « D » pour « Delivered »

⁹ Relatif aux normes en matière de sécurisation et facilitation des échanges

Dans la nouvelle directive, on retrouve désormais 11 Incoterms classés dans 2 groupes distincts dont 7 Incoterms multimodaux et 4 Incoterms maritimes :

- Sur les Incoterms multimodaux et donc liées à tous les modes de transport, on retrouve les normes EXW¹⁰, FCA¹¹, CPT¹², CIP¹³, DAT¹⁴, DAP¹⁵ et DDP¹⁶.
- Sur les Incoterms maritime et donc applicables au transport maritime et au transport par voies fluviales, on retrouve les normes FAS¹⁷, FOB¹⁸, CFR¹⁹ et CIF²⁰.

On doit également désormais faire la distinction essentielle « Départ/Arrivée » soit :

- Les Ventes au Départ (VD) avec 8 Incoterms : sur le transport principal, la marchandise voyage aux risques et périls de l'acheteur selon les normes suivantes :
 - Incoterms multimodaux – vente au départ : EXW / FCA / CPT / CIP
 - Incoterms maritimes – vente au départ : FAS / FOB / CFR / CIF
- Les Ventes à l'Arrivée (VA) avec 3 incoterms : sur le transport principal, la marchandise voyage aux risques et périls du vendeur selon les normes suivantes :
 - Incoterms multimodaux – vente à l'arrivée : DAT / DAP / DDP

¹⁰ **EXW** : Le vendeur a rempli son obligation de livraison quand la marchandise est mise à disposition dans son établissement (atelier, usine, entrepôt, etc.). L'acheteur supporte tous les frais et risques inhérents à l'acheminement des marchandises de l'établissement du vendeur à la destination souhaitée. Le vendeur n'a pas à charger la marchandise sur un quelconque véhicule d'enlèvement. Ce terme représente l'obligation minimale du vendeur. A utiliser essentiellement dans les échanges nationaux.

¹¹ **FCA** : Le vendeur a rempli son obligation de livraison quand il a remis la marchandise, dédouanée à l'exportation, au transporteur désigné par l'acheteur au point convenu. L'acheteur choisit le mode de transport et le transporteur. L'acheteur paye le transport principal. Le transfert des frais et risques intervient au moment où le transporteur prend en charge la marchandise.

¹² **CPT** : Le vendeur choisit le mode de transport et paye le fret pour le transport de la marchandise jusqu'à la destination convenue. Il dédouane la marchandise à l'exportation. Quand la marchandise est remise transporteur principal, les risques sont transférés du vendeur à l'acheteur.

¹³ **CIP** : Le vendeur a les mêmes obligations qu'en CPT, mais il doit en plus fournir une assurance contre le risque de perte ou de dommage que peut courir la marchandise au cours du transport. Le vendeur dédouane la marchandise à l'exportation.

¹⁴ **DAT** : Le vendeur a dûment livré dès lors que les marchandises sont mises à disposition de l'acheteur au terminal désigné dans le port ou au lieu de destination convenu. Le vendeur assume les risques liés à l'acheminement des marchandises et au déchargement au terminal du port ou au lieu de destination convenu.

¹⁵ **DAP** : Le vendeur doit livrer les marchandises en les mettant à la disposition de l'acheteur sur le moyen de transport arrivant prêtes pour être déchargées à l'endroit convenu, si spécifié, au lieu de destination convenu à la date ou dans les délais convenus. Le vendeur assume les risques liés à l'acheminement des marchandises jusqu'au lieu de destination.

¹⁶ **DDP** : A l'inverse du terme EXW à l'usine, ce terme désigne l'obligation maximum du vendeur. Le vendeur fait tout, y compris le dédouanement à l'import et le paiement des droits et taxes exigibles. Le transfert des frais et risques se fait à la livraison chez l'acheteur. Le déchargement incombe en frais et risques à l'acheteur

¹⁷ **FAS** : Le vendeur a rempli son obligation de livraison quand la marchandise a été placée le long du navire, sur le quai au port d'embarquement convenu. L'acheteur doit supporter tous les frais et risques de perte, de dommage que peut courir la marchandise. Le terme FAS impose au vendeur l'obligation de dédouaner la marchandise à l'exportation.

¹⁸ **FOB** : Le vendeur a rempli son obligation de livraison quand la marchandise est placée à bord du navire au port d'embarquement désigné. Le vendeur dédouane la marchandise à l'exportation. L'acheteur choisit le navire et paye le fret maritime. Le transfert des risques s'effectue lorsque les marchandises sont à bord du navire. A partir de ce moment, l'acheteur doit supporter tous les frais.

¹⁹ **CFR** : Le vendeur doit choisir le navire et payer les frais et le fret nécessaires pour acheminer la marchandise au port de destination désigné. Les formalités d'exportation incombent au vendeur. Le transfert des risques s'effectue au moment où les marchandises sont mises à bord du navire.

²⁰ **CIF** : Le vendeur a les mêmes obligations qu'en CFR mais il doit en plus fournir une assurance maritime contre le risque de perte ou de dommage de la marchandise au cours du transport. Les formalités d'exportation incombent au vendeur. La marchandise voyage, sur le transport maritime ou fluvial, aux risques et périls de l'acheteur. Le transfert des risques s'effectue au moment où les marchandises sont mises à bord du navire.

II- LES CHANGEMENTS INTERVENUS AU GROUPE « D »

Les changements opérés au Groupe « D » concerne principalement la suppression des Incoterms DAF / DES / DEQ / DDU.

En effet, la nouvelle version élimine complètement les Incoterms DAF²¹, DES²², DEQ²³ et DDU²⁴ qui sont désormais remplacés par deux nouvelles normes²⁵ : le DAT et le DAP.

1) Sur le DAT²⁶

Le DAT se réfère à la livraison au port de destination, dans un terminal précis et après opération de déchargement. Ce nouveau terme qui remplace le DEQ s'applique pour tout mode de transport²⁷.

Les marchandises sont considérées comme livrées et mises à la disposition de l'acheteur quand elles sont dans / sur le moyen de transport et prêtes à être déchargées.

Dans ce cas, le vendeur assume les risques liés uniquement au transport de la marchandise au port encore appelé lieu de destination.

Concernant le vendeur, ce terme permet lui de s'acquitter de la responsabilité de livraison après le déchargement de la marchandise dans le lieu convenu dans le port ou le lieu de destination où elle est mise à la disposition de l'acheteur.

Ce terme exige le dédouanement de la marchandise à l'exportation et lui fait prendre au vendeur, la charge des coûts et des risques liés au transport jusqu'à l'endroit précisé dans le contrat, l'assurance de transport principal étant également à sa charge.

Quant à l'acheteur, il devra assumer l'obligation de dédouanement de la marchandise à l'import et en prendre livraison.

2) Sur le DAP²⁸

Etant donné que le DAT ne peut couvrir toutes les situations, les rédacteurs du texte ont prévu le recours au DAP, au cas où les parties souhaitent désigner un autre emplacement que le terminal. Ce nouveau terme qui remplace les normes DAF et DDU concerne tous les types de transport.

Les marchandises sont considérées comme livrées quand elles sont déchargées du moyen de transport et mises à la disposition de l'acheteur.

Dans ce cas, Le vendeur assume les risques liés uniquement au transport ainsi qu'au déchargement des marchandises en question.

Le vendeur livre la marchandise lorsque le véhicule de transport est prêt à être déchargé au lieu d'affectation convenu qui peut être un centre logistique, un hangar situé à l'intérieur ou à l'extérieur de l'usine de l'acheteur, soit toute autre adresse spécifique.

Il est donc important que les parties précisent le point dans le lieu de destination en déterminant par exemple le hangar, la porte et même celui qui se chargera de la marchandise.

²¹ Livraison à la frontière

²² Livraison à bord du navire

²³ Livraison à quai au port de destination

²⁴ Rendu droit non acquittés

²⁵ En réalité, la modernisation du groupe « D » permet aujourd'hui de clarifier les responsabilités tout en éliminant des dispositions qui ne correspondent plus à la réalité. Le terme DAF, seul Incoterm terrestre n'est presque plus utilisé de nos jours

²⁶ Delivered At terminal (Rendu au terminal)

²⁷ Il peut être utilisé indépendamment du mode de transport choisi et ce, même quand plus d'un mode de transport est nécessaire

²⁸ Delivered At Place (Rendu au lieu/point désigné)

C'est ce lieu déterminé avec la plus grande précision qui correspondra au point où les risques seront transférés du vendeur à l'acheteur.

Concernant le vendeur, le terme DAP exige qu'il dédouane la marchandise à l'exportation et assume la responsabilité tout comme les risques inhérents à l'exécution du contrat jusqu'à ce que la marchandise atteigne le point de livraison convenu, l'assurance de transport étant à sa charge.

S'agissant de l'acheteur, celui-ci sera responsable de l'accomplissement des formalités douanières pour l'importation, le paiement des droits de douane, des taxes et autres redevances exigibles à l'importation dans le pays de destination au moment de la livraison au point convenu.

III- LA CONFIRMATION DES INCOTERMS DES GROUPES « E », « F » ET « C »

Les Incoterms des Groupes « E », « F » et « C » s'agissant des termes EXW²⁹, FCA³⁰, FAS³¹, FOB³², CFR³³, CIF³⁴, CPT³⁵ et CIP³⁶ n'ont pas vraiment connus de modifications fondamentales.

1) Sur le FOB et le FAS

On peut tout de même relever quelques changements s'agissant du terme « FOB » qui dans sa version 2010 ne sera utilisé que pour la marchandise en vrac puisqu'elle n'est plus compatible avec la marchandise en conteneur.

Dès lors, les opérateurs pourraient alors choisir à la place, le « FAS » qui permet de mettre la marchandise à disposition de l'acheteur dans des conteneurs au port d'embarquement désigné le long du navire choisi par l'importateur.

2) Sur la suppression de la notion de bastingage

On peut également souligner que pour les termes maritimes FOB, CFR et CIF, la clause de transfert de risque a été révisée à travers l'introduction d'une nouvelle disposition à la clause « A4 » qui veut que désormais le vendeur ait rempli son obligation de livraison au moment où la marchandise a été placée au bord du navire. Le point de transfert du risque se déplace alors du parapet autour du pont du bateau à un emplacement sur le navire lui-même.

On notera alors que la référence au « bastingage » du navire, dans les Incoterms FOB, CFR et CIF, a été supprimée.

Le transfert des risques n'intervient donc plus au moment où la marchandise a passé le bastingage du navire, mais au moment où celle-ci est « à bord » du navire.

IV- LES RECOMMANDATIONS

Les Incoterms 2010 viennent répondre à la demande des professionnels de simplifier la procédure.

Or, généralement, les opérateurs ont toujours mal choisi leurs Incoterms avec comme conséquence immédiate et directe, le coût toujours plus élevé du transport par rapport à celui de la marchandise.

En réalité, ces normes ne sont qu'un ensemble de clauses contractuelles recommandées par la CCI et doivent de ce fait être adaptés à la nature de la marchandise et surtout à son mode de transport.

Le Choix de la norme doit donc être conditionné par la maîtrise de la chaîne logistique.

Plus qu'une simple analyse commerciale, c'est d'un véritable examen juridique dont s'agit.

²⁹ Ex Works

³⁰ Franco Transporteur

³¹ Franco le long du navire

³² Franco bord

³³ Coût et Fret jusqu'au port de destination

³⁴ Coût, assurance et fret jusqu'au port de destination

³⁵ Transport payé jusqu'au port de destination

³⁶ Transport et assurance payés jusqu'au lieu de destination

Il est surtout question de mesurer les risques juridiques liés à la décision qui sera prise par l'opérateur commercial.

Les incoterms ne sont pas des normes figées qui s'imposent automatiquement aux cocontractants qui peuvent les adapter à leur besoin pour les intégrer à leur contrat de vente.

Il semble alors judicieux d'harmoniser les rapports entre « contrat de vente » et « Incoterms » et mieux d'en vérifier la compatibilité avec les autres instruments que sont par exemple « le crédit documentaire » et « l'assurance ».

Le choix de l'Incoterm a des répercussions sur le choix du mode de transport, de l'emballage, de l'assurance, de financement, de dédouanement et de calcul du prix de revient et l'arbitrage se fait essentiellement en faveur du meilleur qui présente un minimum de risque et une meilleure qualité. Il faut alors étudier les avantages et les inconvénients de chaque moyen mis en œuvre par l'importateur.

Depuis le 1^{er} janvier 2010, les opérateurs commerciaux peuvent toujours recourir aux précédentes versions des Incoterms, seul le choix des parties faisant leur loi.

Toutefois, la version utilisée doit systématiquement être indiquée dans le contrat et dans le cas de contraire, seule la version 2010 sera appliquée.

Pour finir, il faut rappeler que la version 2010 des Incoterms a modifié certaines expressions dont les interprétations doivent désormais être précises.

Tout d'abord, l'on ne parlera plus par exemple de « lieu de transfert de risque » mais de « lieu de livraison ».

Il s'agit en effet de distinguer entre le lieu de destination qui est en réalité le lieu où sera établi le transfert physique et matériel de la marchandise vers l'acheteur et le lieu de livraison qui sera celui du transfert du risque.

Ensuite, le terme « Terminal » désigne désormais tout lieu couvert ou non tel un quai, un embarquement, un parc à conteneurs ou un terminal routier, ferroviaire ou aérien.

Enfin, la version actualisée des Incoterms tient particulièrement compte des aspects liés à la sécurité et a établi que la communication électronique est équivalente à la forme papier.

Les nouvelles règles s'adaptent alors à la forte croissance du commerce en ligne et à la dématérialisation des documents.

C'est ainsi que les Incoterms (articles A1 et B1) précisent que les documents électroniques revêtent désormais la même importance que les documents traditionnels si les parties sont d'accord ou lorsque le recours à ces documents électroniques est bien établi.

Reste alors à revenir sur la nécessité pour les partenaires commerciaux de définir contractuellement les conditions de vente en ne se limitant pas au seul énoncé de l'Incoterm, même si la nouvelle révision de 2010 est à saluer, tant elle contribuera sans nul doute à accroître le succès de ces directives dans le commerce mondial.

COMME LA LANGUE D'ÉSOPE, L'EXECUTION PROVISOIRE PEUT ETRE LA MEILLEURE OU LA PIRE DES CHOSES

Note sous Arrêt CCJA n°8 du 08/03/2006 (Ayants droits de K.O.K c/ SIDAM)

Bakary DIALLO
Docteur en droit des Affaires
Avocat au Barreau de Paris

Comme la langue d'Ésope, l'exécution provisoire peut être la meilleure ou la pire des choses.

Si la procédure d'exécution provisoire permet de désamorcer bon nombre de situations qui frisent parfois le scandale ; notamment lorsque la victime d'un dommage se trouve en butte à un responsable ou à son assureur qui s'offre le luxe de multiplier les moyens de procédure, avec le secret espoir d'arracher à la lassitude de son adversaire, une transaction avantageuse, elle peut également constituer pour le débiteur qui la subit une véritable insécurité juridique.



Photo «capital.fr»

L'arrêt de la 2^{ème} chambre de la CCJA du 9 mars 2006 ci-avant rapporté illustre parfaitement ce type de situation et permet plus spécialement de constater que l'évaluation d'un préjudice n'est pas toujours chose facile et que le juge de première Instance n'est jamais à l'abri d'une méprise source de contestation ultérieure.

Si le juge se trompe, en effet, le prétendu débiteur aura injustement appauvri ses liquidités tout en s'interrogeant sur la manière dont il pourra obtenir la restitution de ce qu'il a dû injustement payer avec la crainte que, dans l'intervalle, son créancier provisoire devenu débiteur définitif ne soit insolvable. Cette procédure n'est donc pas sans danger.

En l'espèce, à la suite d'un accident mortel de la circulation, le Tribunal de Bongouanou par jugement du 28 mai 2002 avait condamné solidairement la compagnie d'assurance SIDAM et son assuré à payer aux ayants droit de la victime la somme de 7.622.588 F à titre de dommages intérêts et ordonné l'exécution provisoire dudit jugement.

Estimant que le jugement qui a ordonné l'exécution provisoire avait commis une erreur dans l'appréciation de l'indemnité de la victime en surévaluant le montant. La compagnie d'assurance a assigné les bénéficiaires devant le juge des référés pour s'entendre prononcer une nouvelle ordonnance rectificative d'exécution provisoire portant sur la somme de 1.368.815 F en lieu et place des 7.622.588 F précédemment alloués .

Satisfaction lui fut donnée, puisque le juge des référés a nommé en qualité de séquestre la CARPA pour recevoir et conserver le surplus jusqu' au règlement définitif du litige.

Les ayants droit qui n'entendaient pas abdiquer avaient saisi la Cour d'appel pour annuler cette nouvelle ordonnance. Toutefois, ils ont été éconduits les juges abidjanais ont confirmé l'ordonnance et ordonné l'arrêt de l'exécution provisoire attachée au jugement au motif que « la poursuite de l'exécution prévue par l'article 32 de l'AUPSRVE était facultative pour la juridiction saisie et qu'elle pouvait choisir de l'interrompre à son gré (...) ».

C'est ainsi que la question se retrouva par l'effet d'un pourvoi devant le juge supranational pour savoir si sous couvert de rectification d'erreur le juge des référés peut ordonner l'arrêt de l'exécution provisoire déjà entamée ?

En définitive, on voit que ce que propose la cour d'appel ivoirienne, c'est d'infléchir la jurisprudence établie de la juridiction supranationale, en introduisant une atténuation sur le principe de l'irréversibilité de la décision judiciaire qui accorde l'exécution provisoire.

Le pourvoi offrait donc au juge supranational une occasion supplémentaire sinon de revenir sur sa position du moins d'atténuer la rigidité de la jurisprudence Karnib ; tant les juges nationaux semblent décidés de contourner l'effet dévastateur de cette jurisprudence.

Mais la réponse de la CCJA a été négative et l'attendu de l'arrêt sonne sévèrement comme un rappel à une cour d'appel qui semblait l'avoir oublié le titre exécutoire par provision peut donner lieu à une exécution forcée *« au seul choix du créancier poursuivant qui accepte le risque d'une condamnation à la réparation intégrale du préjudice causé au débiteur provisoirement condamné si la décision n'est pas ultérieurement confirmée en appel (...) en confirmant l'ordonnance ayant suspendu partiellement l'exécution forcée entreprise alors même que la régularité de la saisie attribution pratiquée n'a pas été mise en cause, l'arrêt attaqué a violé l'article 32 de l'Acte uniforme susvisé et encourt de ce fait la cassation. »*

La CCJA confirme donc son attachement à la solution déjà énoncée par plusieurs arrêts qui consiste en l'interdiction pour les juges nationaux de suspendre une exécution provisoire par provision déjà entamée. La lecture de l'arrêt présent fait apparaître qu'il existe une corrélation, voire une interférence entre le régime de responsabilité applicable à l'exécution à titre provisoire et celui du principe de l'irréversibilité de la décision accordant l'exécution provisoire.

I- La réticence de la CCJA à l'arrêt de l'exécution provisoire déjà entamée

La solution de cet arrêt de cassation du 9 mars 2006 de la 2^{ème} chambre de la CCJA paraît conforme à la jurisprudence désormais la plus établie sur l'exécution provisoire, mais également la plus controversée de la juridiction supra- nationale.

Il semble acquis, en effet, que pour la juridiction supranationale l'élément impulsif et déterminant dans la procédure d'exécution provisoire est l'acte d'exécution **(A)**, le juge national n'a dès lors plus aucun pouvoir pour procéder à l'arrêt de la procédure, même en cas d'erreur **(B)**.

A- L'exécution déjà engagée un critère déterminant

On comprend aisément la tentation pour les créanciers d'indemnités d'assurance de saisir le bras séculier de la justice afin d'accélérer le paiement. La possibilité d'obtenir rapidement une indemnisation est perçue comme une véritable aubaine.

En effet, ordinairement, le créancier devra d'abord s'armer de patience pour obtenir l'examen de ses doléances par le juge ; et le jugement, une fois obtenu, ne constituera pas l'ultime étape de la procédure juridictionnelle. Son exécution, ensuite, qui en est le prolongement, ne pourra intervenir qu'une fois la décision passée en force de chose jugée, c'est à dire une fois que la décision n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution ou à l'expiration du délai du recours si celui-ci n'a pas été exercé.

En somme, le plaideur doit demeurer dans l'expectative pendant 16 mois à 24 mois. D'où l'intérêt grandissant que suscite la possibilité de faire exécuter tout de suite, sans attendre l'issue de la voie de recours exercé ou du délai imparti pour l'exercer.

Le justiciable nanti d'une décision judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur une provision sur la créance dont il dispose sur son adversaire. Toutefois, le droit commun de l'exécution provisoire est largement perturbé par l'article 32 de l'AUPSRE et l'interprétation qu'en fait la CCJA selon laquelle on n'arrête pas une exécution provisoire déjà entamée est loin d'être des claires.

Ce texte supprime purement et simplement les textes nationaux en vigueur qui font référence à l'exécution provisoire des décisions de justice et perturbe les jurisprudences nationales subséquentes³⁷. De son côté de manière constante et répétée, la CCJA a jugé que l'art. 32 de l'AUPSRE n'autorise en

³⁷ Cf. Arrêt CCJA, n°2/2001 du 11 octobre 2001, Epoux Karnib. précité

aucun cas un premier président à arrêter l'exécution provisoire déjà entamée. En effet, la question a donné lieu à de nombreux arrêts de jurisprudence, dont certains ont un caractère pédagogique : ils rappellent aux juges nationaux ce que dit littéralement la loi, qu' une exécution provisoire déjà entamée doit rester irréversible aux risques et périls du créancier poursuivant.

En l'espèce, il ressort de l'analyse des faits que les ayants droit n'avaient entrepris la saisie attribution que le 1^{er} décembre 2003, soit sept mois après le jugement ordonnant l'exécution provisoire. La compagnie d'assurance avait donc largement le temps d'initier une procédure de défense à exécution pour empêcher qu'une telle exécution puisse être entreprise sur la base d'une décision comportant une grave erreur.

Il y avait là une manifestation claire de la volonté des ayants droit de mettre en œuvre l'exécution provisoire. Puisqu'ils avaient déjà accompli des actes d'exécution sur la base des 7.622.588. F, l'intervention postérieure du juge des référés puis du juge d'appel doit rester dès lors vaine aux yeux de la CCJA. Cet élément des mesures d'exécution, seul, demeure au fond déterminant. C'est à partir de ce critère que le juge supranational a fixé le principe de l'irréversibilité de l'exécution provisoire et décliné toute sa jurisprudence. C'est donc à partir de ce critère qu'il faut comprendre dans toute sa latitude la doctrine de la CCJA sur le contentieux de l'exécution provisoire³⁸.

Toutefois, même si en l'espèce la question ne se posait pas, un flou artistique demeure autour de la distinction à faire entre exécution engagée et exécution non engagée, plus précisément sur ce qu'il fallait entendre par la notion de mesure d'exécution qui permet de dire de façon incontestable quand est ce qu'on est devant une procédure d'exécution déjà entamée.

S'agit-il du commandement ? Du dressage du procès-verbal de saisie ? Du premier acte matériel de mise sous main de justice du bien saisi ou partie des biens à saisir ?

À notre connaissance la question n'a pas encore été clairement posée à la CCJA ; en sorte que le doute peut persister. On peut cependant dire qu'il s'agit, pour reprendre l'expression du Professeur Roger Perrot de « *la mesure dont on peut penser que, par son effet d'indisponibilité, elle attirera plus sûrement l'attention du débiteur* »³⁹. Il s'ensuit que la mesure d'exécution peut prendre aussi bien la forme d'un procès-verbal de saisie, d'un acte de saisie (saisie créance) ou de la publication d'un commandement valant saisie (saisie immobilière). En tous les cas le manque de clarté sur cette question soulève plus d'interrogations qu'elle n'en résout.

L'exécution provisoire dans le cadre de l'article 32 de l'Acte uniforme est donc mal ressentie et les règles qui en régissent l'arrêt ou l'aménagement sont très mal comprises. Le réquisitoire qu'en dresse certains commentateurs est des plus violents⁴⁰ ; la fréquence même de ce contentieux particulier témoigne de la forte résistance de certaines juridictions qui persistent à arrêter l'exécution provisoire malgré la position fortement affirmée de la juridiction supranationale.

Devant ces ressenties et les règles complexes de la jurisprudence Karnib on aurait pu s'attendre de la part de la CCJA à une interprétation plus ou moins équilibrée plus ou moins ouverte pour parer à certaines carences. Par exemple, on aurait pu se demander si des soupapes de sécurité n'étaient pas nécessaires pour renforcer le principe de sécurité vis à vis du plaideur ayant momentanément succombé. En France, certains magistrats poussent même le paradoxe jusqu'à relever le risque d'insolvabilité du créancier momentané sans pour autant prononcer l'arrêt de l'exécution provisoire⁴¹. Le Professeur R. Perrot déclarait à ce propos que « *lorsque les textes sont trop rigoureux, le pragmatisme a des excuses* »⁴².

³⁸ Cf notre thèse, B. DIALLO, Les règles du contentieux des Actes uniformes de l'OHADA : analyses et perspectives. Paris I Sorbonne, Fév 2007.p.137 et s.

³⁹ R.PERROT, Droit Judiciaire Privé, Tome III, Procédure de première instance, Sirey, 1991, n° 1430, p.1216

⁴⁰ Maître IPANDA, L'arrêt époux KARNIB : une révolution ? *Question d'interprétation*, Revue camerounaise du droit des affaires n°10 jan- mars 2002.A.OUATTARA, La jurisprudence époux Karnib le glas des articles 180,181, 228 nouveaux du Code de procédure civile ? À propos de l'arrêt n°2/2001du 11 octobre 2001 de la CCJA ; *Ecodroit* n°10 avril 2002 p 32. S. SCOUOP, L'exécution provisoire encadrée, leurs et leurs d'un revirement jurisprudentiel Note sous les arrêts CCJA N° 12, 13 et 14 du 19 juin 2004.

⁴¹ TGI Versailles 1996 RTDC 1996.P.188

⁴² R. PERROT, sous Ordonnance Première Prés Paris 18 juin 1979 RTDC 1979-839.

À cet égard, on pouvait se demander avec la Cour d' Appel dans le cas d'espèce si un titre exécutoire dont on sait précisément qu'il était affecté d'une erreur matérielle dans la liquidation des droits des créanciers n'était pas constitutif de motif sérieux et suffisant pour procéder à l'arrêt de la procédure d'exécution provisoire ?

B- Le Caractère inopérant de l'erreur commise par le juge

Selon la CCJA l'erreur commise par le premier juge qui accorde le titre exécutoire par provision n'est pas un élément susceptible d'ébranler l'irréversibilité d'une exécution déjà engagée. À ce stade, la faculté d'arrêter la procédure appartient exclusivement au créancier poursuivant : « *le titre exécutoire par provision peut donner lieu à une exécution forcée au seul choix du créancier poursuivant (..)* ». En ordonnant donc l'arrêt de l'exécution forcée entreprise on peut dire comme le relevait assez justement le pourvoi que le juge des référés et le juge d'appel se sont arrogé un pouvoir qu'ils n'avaient pas.

On constate que les conséquences sont manifestement excessives pour la compagnie d'assurance SIDAM et son assuré. Mais, aujourd'hui, le phénomène de développement des provisions judiciaires allouées en matière d'assurance s'accompagnent bien souvent d'une inflation des montants accordés à titre de provision ; en sorte que cette pratique entraîne fréquemment de réelles méprises.

Habituellement, certains juges des référés accordent aux victimes des provisions en réparation de préjudices pratiquement égales au montant de leur réclamation. Cette pratique est contestable, le demandeur en paiement d'une provision ne pouvant, par définition obtenir l'intégralité de sa créance. En ne respectant pas ce principe, on dénature le caractère, voire le fondement de la provision.

Les assureurs n'ont peut être pas toujours conscience de ce qu'ils représentent aux yeux de la victime ou de ses proches. Dans le cas d'accident mortel de la circulation comme c'est le cas d'espèce, ils remplacent le coupable et ils représentent en même temps la puissance de l'argent. Combien d'assurés, de victimes, d'ayants droit voient dans le litige qui les oppose aux assureurs, une lutte de pot de fer contre pot de terre. D'où leur « pulsion » légitime d'encaisser le plus rapidement ce que la compagnie a l'obligation de déboursier pour un temps, sans attendre que leurs droits ne soient définitivement établis.

En règle générale, les juges de première instance se montrent généreux à l'égard des victimes d'accident de la circulation ou leurs ayants droit dans l'évaluation des préjudices, prenant leur parti le plus souvent à l'encontre des assureurs, même si les pendules sont souvent remises à l'heure par les magistrats du second degré.

L'idée de justice étant associée à celle de morale, le juge d'instance verra dans cette institution le moyen d'assurer l'équilibre entre des intérêts privés. L'appréciation se faisant in abstracto l'exécution provisoire d'une décision judiciaire peut parfaitement comporter le risque d'erreurs. En effet, un juge un peu trop sûr de lui et de la solidité de sa décision risque facilement d'ordonner l'exécution provisoire dans des sommes hors de proportions. Généralement, les juges de première instance accordent une provision à valoir sur la réparation du dommage en n'ayant constaté que la réalité du dommage et en caractérisant l'obligation de l'assureur.

L'inquiétude à l'heure actuelle est que le titre exécutoire par provision ne devienne « la chose » du juge qui le prononce avant que d'être celle des parties, en l'occurrence du créancier poursuivant. Il relève, en effet, d'avantage de son *imperium* que de sa *juridictio*.

C'est un moyen pour lui d'affirmer et d'assurer sa propre autorité, son « infaillibilité provisoire » selon l'heureuse expression du Pr Perrot⁴³, voire d'asseoir son infaillibilité définitive par l'effet dissuasif du principe d'irréversibilité d'une exécution provisoire déjà engagée.

Le juge aura d'autant moins de scrupules qu'il s'agira de faire payer une puissance financière comme une compagnie d'assurance, pour trouver à la victime ou ses ayants droit un palliatif, le plus rapide, le plus commode mais aussi le plus efficace au drame d'un accident de circulation. L'indemnité ainsi versée prématurément permettra peut être à la victime ou de ses ayants droit de reprendre ses activités. Il suffit pour s'en convaincre de constater le nombre impressionnant de décisions assorties de l'exécution provisoire en matière d'assurance.

⁴³ Perrot RTDC 1984.p.568

Néanmoins, il peut paraître assez choquant que face à une condamnation à provision prononcée par un juge de première instance, le débiteur n'en puisse arrêter l'exécution immédiate alors même que la condamnation repose sur une erreur matérielle manifeste de la part d'un juge qui ne s'est fondé la plus part du temps que sur l'apparence d'un droit, et que le litige principal n'a pas encore discuté. Il ressort donc de l'arrêt rapporté que l'erreur sur le montant de la créance ordonnée pour une exécution provisoire était imputable au premier juge. Cette situation fréquente en droit des assurances est d'ailleurs à la base de nombreux remboursements prononcés par les juges du second degré.

On ne peut que regretter la sous utilisation par les juges de l'allocation partielle du montant total du préjudice reconnu qui permet de concilier les intérêts souvent opposés des parties. La fâcheuse habitude d'accorder systématiquement l'exécution provisoire pour toute la condamnation ou pour les deux tiers (ce qui est encore substantiel) est unanimement décriée mais, malgré tout, parfaitement ancrée dans la pratique judiciaire.

Il en ressort que bien souvent le créancier de l'indemnité d'assurance, une fois l'exécution provisoire prononcée se comporte comme le bénéficiaire d'une décision passée en force de chose jugée. Or, ce comportement peut être à la source de bien des désagréments en cas d'infirmité ultérieure de la décision exécutoire.

II- La réparation du dommage occasionné par l'exécution d'une décision exécutoire par provision ultérieurement infirmée

La restitution des versements effectués est la conséquence inéluctable de l'anéantissement du titre exécutoire : peu importe d'ailleurs que l'exécution de la décision soit le résultat d'une exécution forcée ou d'une exécution spontanée. L'article 32 de l'Acte Uniforme pose à la fois le principe de la responsabilité du créancier poursuivant **(A)** et l'étendue de la réparation attendue **(B)**.

A- Le risque du plaideur téméraire

Il résulte de l'article 32 de l'Acte uniforme et de la motivation de l'arrêt présent que l'exécution d'une décision de justice exécutoire à titre de provisoire n'a lieu qu'au seul choix du créancier poursuivant qui accepte alors le risque d'une condamnation à la réparation intégrale du préjudice causé au débiteur provisoirement condamné si la décision n'est pas ultérieurement confirmée en appel.

Comme nous l'avons relevé précédemment, l'une des justifications de la jurisprudence constante de la CCJA est que toute exécution immédiate d'une décision à titre provisoire fait courir un risque grave à celui qui la subit.

Le plaideur qui poursuit l'exécution par provision encourt donc une responsabilité qui est fondée, non pas sur sa faute ou son abus de droit, mais sur le "risque-activité" ou le "risque-profit" que représente sa demande d'exécution provisoire, eu égard aux conséquences dommageables potentielles de sa demande et aux avantages éventuels qu'il peut en tirer.

Dans la présente affaire, nous nous trouvons bien en présence d'un plaideur qui a manifesté sa volonté de poursuivre l'exécution, puisque les ayants droit ont déjà accompli des mesures de saisie puis ont interjeté appel pour s'opposer à l'arrêt de cette exécution provisoire. Il est normal, dans ces conditions, que celui qui poursuit l'exécution provisoire assume le risque d'avoir à restituer son adversaire dans ses droits en nature ou par équivalent afin de le remettre dans l'état où il se trouvait avant la décision infirmée.

Les ayants droit doivent donc pleinement avoir conscience pour agir avec prudence et, le cas échéant, en supporter toutes les conséquences. Il leur appartient donc de choisir au préalable s'ils décident d'attendre que la décision devienne définitive ou s'ils prennent le risque de l'exécution immédiate qui pourra ensuite, leur être reprochée si la décision vient à être infirmée en appel ou à être cassée.

Au contraire de la théorie du risque, où c'est la victime du risque qui doit en subir les conséquences, ici, c'est celui qui poursuit l'exécution de la décision de justice qui doit réparer le préjudice éventuel subi par la partie adverse. Il s'agit, donc en quelque sorte, d'une application de la théorie du "risque d'activité" ou du "risque-profit", selon laquelle celui qui crée, par son activité, un risque pour autrui doit répondre de ses

conséquences dommageables et, a fortiori, celui qui tire les profits d'une activité doit en supporter la charge. Cette manière de voir est le plus souvent approuvée par la doctrine⁴⁴.

En d'autres termes, le plaideur qui sollicite l'exécution d'une décision provisoire frappée d'une voie de recours doit être suffisamment sûr du bien-fondé de sa position pour pouvoir pronostiquer à coup sûr que cette décision sera confirmée par la juridiction supérieure. Dans le cas d'espèce on voit bien que les ayants droit prennent un risque, mais un risque assumé puisqu' à deux reprises on leur a signifié l'erreur sur le montant de la liquidation de leurs droits. Ils ne devraient donc pas être surpris si ultérieurement ils sont contraints au remboursement.

C'est donc une énorme responsabilité qu'ils assument en continuant l'exécution d'un titre par provisoire dont ils savent pertinemment qu'il est affecté d'une erreur. Il serait sage de ne procéder à des exécutions aux conséquences irréversibles que si l'on est vraiment sûr de son fait. L'euphorie de la victoire ne doit pas tourner la tête du gagnant d'un jour.

M. Toulemon évoque, dans un article du Jurisclasseur périodique, « *la responsabilité du plaideur triomphant et téméraire* »⁴⁵.

M. Perrot rappelle, pour sa part, que "l'exécution provisoire est une exécution conditionnelle qui déroge à l'effet suspensif de l'appel"⁴⁶ et "qu'une certaine prudence est de règle pour éviter un dommage injustifié"⁴⁷.

On ajoutera, en droit comparé, qu'en France précisément, selon une jurisprudence à peu près constante depuis la seconde moitié du 19^{ème} siècle, il est de principe que l'exécution d'une décision de justice exécutoire à titre provisoire n'a lieu qu'aux "risques et périls de celui qui la poursuit", à charge pour lui d'en réparer les conséquences dommageables en cas d'infirmité de cette décision.

La responsabilité de la partie qui poursuit l'exécution est donc, dans cette conception, une responsabilité sans faute, qui échappe à l'application de l'article 1382 du code civil. Cela conduit la Cour de cassation française à casser pour fautive application de l'article 1382 les arrêts qui continuent à exiger la constatation d'une faute dans l'exécution de la décision.

Cette jurisprudence est très ancienne : hormis quelques arrêts du début du 19^{ème} siècle qui avaient fait application de la faute⁴⁸, on trouve dès le 27 avril 1864 un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation qui affirme que "l'exécution, nonobstant appel interjeté, d'un jugement exécutoire par provision constitue une simple faculté dont la partie use à ses risques et périls, et sauf à répondre du préjudice causé par cette exécution en cas d'infirmité"⁴⁹.

⁴⁴ Cf , sur la théorie du risque d' activité : Ph. MALAURIE et L. AYNES, les obligations, Coll. Droit Civil, éd Défrénois, 2004 ; M. TOULEMON, JCP 1968-1-2182

⁴⁵ Cf : TOULEMON, JCP.1968-1.2182

⁴⁶ Cf .R.PERROT, Exécution provisoire aux risques et périls du créancier, note sous Civ.3eme , 1^{er} juillet 1998, Procédures, novembre 1998, n°240,p.8

⁴⁷ Cf.R.PERROT, RTDCIV. 2004, p.353 : « Mainlevée et réparation du préjudice. La preuve d' une faute à la charge du prétendu créancier est-elle nécessaire ? »

⁴⁸ Cf. Par exemple, chambre des requêtes, 13 juillet 1852.

⁴⁹Ce n'était pas encore la théorie pure du risque mais une référence à la simple "imprudence" du plaideur, considérée comme cause de responsabilité en vertu des principes généraux du droit : "Attendu que si la partie qui a obtenu un jugement exécutoire par provision, a le droit d'en poursuivre l'exécution, nonobstant l'appel et sans attendre qu'il y soit statué, elle n'use de ce droit qu'à ses *risques et périls*, et à la charge, en cas d'infirmité, de réparer le préjudice que cette exécution provisoire a pu causer ; Qu'un pareil jugement n'est qu'un titre résoluble, que déjà l'appel interjeté a remis en question et dont le sort dépend du résultat de cet appel ; qu'en cas d'infirmité l'exécution demeure sans titre et n'a plus de base légale ; qu'il serait contraire à l'équité que l'appelant, dont la résistance est en définitive reconnue fondée, dût supporter le préjudice résultant d'une exécution que son adversaire a eu l'imprudence de poursuivre avant d'être assuré de son droit ; qu'il importe peu que cette exécution n'ait pas été déclarée faite de mauvaise foi et avec intention de nuire ; qu'il suffit qu'elle ait entraîné un dommage pour que son auteur soit tenu de le faire aux termes des principes généraux du droit qui rendent chacun responsable de son fait et voient une *faute imputable dans une simple imprudence*" ; (**Ch.Req., 27 avril 1864, S.1.157, p. 1014**). et, dans le même sens, les arrêts des 12 avril 1895 et 11 juin 1903 cités dans le Dalloz Action 2002/2003

Un arrêt postérieur du 12 février 1895 ⁵⁰ a été plus direct en énonçant qu' « *indépendamment de toute mauvaise foi ou intention de nuire, le simple préjudice causé par l'exécution d'un jugement infirmé en appel, suffit pour justifier une condamnation à des dommages-intérêts* ».

Cette solution a été étendue au cas de cassation de la décision exécutée « *Mais attendu que la partie qui exécute une décision judiciaire frappée d'un pourvoi en cassation ou pendant le délai ouvert à son adversaire, pour se pourvoir, le fait à ses risques et périls ; Qu'au cas où cette décision est ensuite cassée, elle doit remettre cet adversaire au même et semblable état où il se trouvait avant la décision annulée et, le cas échéant, l'indemniser du préjudice qu'il lui a causé du fait de l'exécution* »⁵¹

Tandis que la Belgique a elle-même intégré cette solution dans son code judiciaire, dont l'article 1398 dispose que l'exécution provisoire du jugement "n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit", plusieurs autres pays admettant, par ailleurs, le principe de l'exécution provisoire .

Dans l'arrêt ici commenté, la perte de fondement du titre exécutoire par provision suite à son anéantissement entrainera fatalement réparation. En effet, le jugement du tribunal de Bongouanou du 28 Mai 2002 donnant lieu à cette exécution provisoire n'est en principe qu'un titre résoluble dont le sort dépend du résultat de l'appel au fond. Qui plus est, le vice du titre est censé être connu des créanciers poursuivants, puisqu'ils ont été avertis par deux décisions judiciaires. En cas d'infirmité, voire de modification de la décision, les ayants droit se trouvent dépourvus de titre.

La position de la CCJA est une incitation au créancier à la prudence face au risque d' « inversion des balances »⁵² la bénédiction du juge de première instance qui a ordonné l'exécution provisoire ne suffit pas à immuniser le créancier poursuivant, toute la construction jurisprudentielle de la CCJA est donc basée sur ce principe de responsabilité⁵³. Le caractère facultatif de l'exécution explique cette position. L'expression « aux risques du créancier » utilisée par l'article 32 de l'AUPRVE n'est donc pas une formule de style : elle a une connotation technique bien précise qui situe le problème dans le cadre d'une responsabilité « d'activité ». Et c'est bien là le moins.

Le juge supranational en maintenant la jurisprudence Karnib veut inciter le gagnant , devant le premier juge , à se souvenir que son titre est encore précaire du fait de l' appel , que l' éventualité d' une infirmité ne doit pas être exclue et qu' il a donc le devoir de rester prudent en évitant toute mesure qui ne permettrait plus ensuite une « restitution in integrum ».

B- La restitution in integrum

Lorsque le jugement est infirmé ou rétracté dans ses chefs ayant donné lieu à exécution provisoire, cette exécution devient désormais dépourvue de fondement ; d' où il résulte que le gagnant de première instance qui avait bénéficié de l'exécution provisoire devra restituer tout ce qu'il a reçu de manière à revenir au « statu quo ante ».

Les problèmes de restitution des indemnités d'assurance perçues en toute légalité mais dépensées trop hâtivement par les victimes d'accidents ou leurs ayants droit apparaissent régulièrement sous les projecteurs de l'actualité judiciaire. Pourtant, tout bénéficiaire d'une décision résoluble a toujours été sous cette épée de Damoclès que constitue l'infirmité de la décision en appel ou en cassation en attendant que son titre devienne définitif.

Etre obligé de restituer après une longue procédure, une bonne partie de l'indemnité que l'on a reçue et utilisée pour parer au plus pressé, puisque tel est le but , précisément , de l' exécution provisoire, cela peut arriver ; mais cela peut surtout être une véritable catastrophe qui s'abat sur des personnes démunies et

⁵⁰ Cass.12Fév 1895

⁵¹ Civ.2ème, 8 décembre 1960, Bull., II, n° 755 ; Civ. 2ème, 14 février 1963, Bull., II, n° 149

⁵² "La jurisprudence veut inciter le vainqueur d'un jour à ne pas oublier que Thémis pourrait inverser ses balances, et que dans ces conditions une certaine prudence est de règle pour éviter un dommage injustifié". (R. Perrot, RTDC 2004, p. 353, *M esure conservatoire. Mainlevée et réparation du préjudice : la preuve d'une faute à la charge du prétendu créancier est-elle nécessaire ?*)

⁵³ Cf : R. Perrot, *Exécution provisoire aux risques et périls du créancier*, note sous Civ. 3ème, 1er juillet 1998, pourvoi n° 96-18.930, Procédures, novembre 1998, n° 240, p. 8

ruiner des familles entières. Si bien que les victimes ou leurs ayants droit le sont, en quelque sorte, une seconde fois. Tel est, malheureusement, l'enjeu du double degré de juridiction, les Cours d'appel ne suivant pas forcément les décisions des premiers juges.

Selon la juridiction supranationale le créancier poursuivant invité à rembourser doit procéder « à une réparation intégrale ». Le titre exécutoire ayant été annulé par l'effet de l'infirmité de la décision qui lui servait de support, il y a lieu à remise en état. Ainsi, le capital versé devra être remboursé. Mais qu'en est-il des intérêts ?

En France la jurisprudence traditionnelle a d'abord considéré que les intérêts étaient dus à compter du versement⁵⁴. Il paraissait alors normal d'exiger de celui qui poursuit sans titre exécutoire définitif qu'il indemnise son adversaire du préjudice résultant pour lui de la privation des revenus.

Toutefois deux arrêts de la Cour de cassation, ainsi que ceux du Conseil d'Etat sont venus mettre fin à cette jurisprudence⁵⁵. Dorénavant en cas d'infirmité, le prétendu gagnant n'était pas tenu de payer les intérêts légaux courus depuis le jour du versement : il n'est comptable que des intérêts de droit postérieurs à la signification de l'arrêt infirmatif. Il apparaît donc que les revenus afférant à cette période intermédiaire lui restent acquis.

Cette solution, initiée par la chambre sociale en ⁵⁶ a été adoptée par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation le 3 mars 1995 dans les termes suivants : *"la partie qui doit restituer une somme qu'elle détenait en vertu d'une décision de justice exécutoire n'en doit les intérêts au taux légal qu'à compter de la notification, valant mise en demeure, de la décision ouvrant droit à restitution"*.⁵⁷

Les sommes versées par le "perdant" seront remboursées avec intérêts au taux légal à compter de la notification de la décision ouvrant droit à restitution. Cette jurisprudence est toujours en vigueur⁵⁸. Le débiteur prétendu pourra au surplus bénéficier de dommages-intérêts réparant le préjudice subi du fait de l'exécution⁵⁹.

L'argument c'est que celui qui reçoit une somme d'argent en vertu d'un jugement immédiatement exécutoire nonobstant appel devient le détenteur légitime d'un capital que nul ne saurait le contraindre à faire fructifier pour le compte d'autrui.

Dans le domaine spécifique de l'assurance, il apparaît difficile pour une compagnie d'invoquer un préjudice résultant d'une privation momentanée d'une somme d'argent aussi importante soit-elle.

Mais le risque de ne pouvoir obtenir la restitution de la somme versée qu'elle ne doit pas constituer bien un réel danger dont on doit lui donner les moyens pour se prémunir.

À côté de l'arrêt brutal de l'exécution provisoire, le débiteur condamné dispose aussi de la possibilité de demander à ce que soit substituée à l'exécution provisoire initialement prévue une modalité différente d'exécution de la décision attaquée.

L'exécution provisoire ordonnée par le premier juge peut être aménagée de plusieurs manières : fourniture d'une garantie par le gagnant provisoire, consignation offerte par le perdant, désignation d'un séquestre, substitution de garantie, délai de grâce etc.

Dans le contexte africain, face aux risques d'insolvabilité, l'utilisation d'une de ces mesures permettrait peut être d'éviter, à la suite de procédures longues et coûteuses, la restitution par la victime des sommes qui lui ont été précédemment alloués en début d'instance. Deux d'entre elles pourraient facilement et

⁵⁴ Cf Civ.14 Nov.1985.Gaz.Pal.1986.1.panorama 59.

⁵⁵ Chambre sociale Cass du 16 juillet 1987, Gaz.Pal.1987.2.Pau.233 ; CE aff.Pinard du 4 Mai 1984 / 3eme Ch.Civ.9 Déc.1987, Bull.civ.III n° 200.p.118.

⁵⁶ Arrêt précité : Soc., 16 juillet 1987, pourvoi n° 84-45.608, Bull., V, n° 841, p. 624,

⁵⁷ Ass. Plén., 3 mars 1995, pourvoi n° 91-19.497, Bull., A. P., n° 1, p. 1 ; Le Quotidien juridique, 1995-05-16, n° 39, p. 5, note J.-P. D., Semaine juridique, 1995-09-13, n° 37, p. 331, note Ph. Delebecque. Les Petites Affiches, 1995-12-27, n° 155, p. 22, note Y. Picod

⁵⁸ Civ. 2ème, 15 mai 2003, Bull., 2003, p. 548 ; note R. Perrot, RTDC 2003, p. 548 ; Soc., 23 juin 2004, pourvoi n°02-40.929

⁵⁹ JCP proc. civ. F. 518, n° 70 et s ; Dalloz Action 2002/2003, Droit et pratique de la procédure civile, n° 5252 et s

efficacement mises en œuvre. Il s'agit de l'amélioration de l'information des victimes par les divers praticiens intervenant à la procédure et par les magistrats nationaux, et de la consignation qui demeure aujourd'hui encore une exceptionnelle.

- **Une meilleure information des victimes**

Bien des situations difficiles peuvent être évitées, si dès l'origine, les avocats des victimes mettent en garde leurs clients contre l'éventualité d'un remboursement, ou leur donnent des conseils pour mettre les fonds à l'abri. Il est fréquent, toutefois, que les informations ne soient pas toujours comprises par les victimes, qui ne voient que le montant du chèque. Mais il est nécessaire de continuer cet effort d'information des justiciables tout au long de la procédure, cette information devant être faite non seulement par les praticiens, tels que les assureurs, et les avocats des parties, mais également par les magistrats nationaux eux-mêmes.

Il convient donc de procéder à une mobilisation générale des hommes de loi pour minimiser au maximum les risques de restitution en appel. Les juges de première instance se montrent trop souvent généreux à l'égard des victimes dans l'évaluation des préjudices. Il incombe donc aux magistrats de première instance d'être plus prudents et d'éviter d'assortir de l'exécution provisoire des condamnations portant sur la totalité des indemnités. Ils doivent prendre conscience des conséquences fâcheuses d'une systématisation accrue du prononcé de l'exécution provisoire avec des sommes hors de proportions.

Mais il revient avant tout aux avocats, dans le cadre de leur devoir de conseil de bien préciser que les indemnités, qui sont allouées au titre d'une exécution provisoire, devraient être restituées dans le cas où l'instance supérieure réformerait la décision initiale et que, par conséquent, la prudence commande de ne pas dilapider ou d'immobiliser les fonds.

Par exemple, la consignation constitue un moyen efficace pour éviter des restitutions ultérieures, étant donné qu'aucune somme n'est perçue par le créancier.

- **La consignation : une mesure parfois opportune**

La consignation est une mesure qui préserve l'avenir tout en ne donnant vraiment satisfaction à aucune des parties : le créancier ne perçoit rien, alors que le débiteur est obligé de débours. Il est seulement garanti contre le risque de disparition des fonds en cas de réformation. La consignation n'est donc opportune que si les ressources du créancier font craindre une défaillance de sa part et si la décision a quelque chance d'être réformée en appel.

On ne peut que regretter la sous utilisation de la consignation qui paraît pourtant être une mesure adéquate pour faire diminuer le nombre de restitutions.

Gageons que les magistrats prendront conscience de cet écueil et y remédieront rapidement en encourageant sa mise en œuvre.

Il apparaît donc prudent de ne pas abuser de l'exécution provisoire et, surtout lorsque les chances de succès en appel sont incertaines, de ne pas procéder à une mesure d'exécution dont les conséquences ne pourraient pas être réparables en nature.

Dans une approche étroite et formelle de l'arrêt, la solution de la 2^{ème} chambre de la juridiction supranationale du 9 mars 2006 paraît fondée, en ce qu'elle est conforme à la lettre de l'article 32 de l'Acte uniforme et s'inscrit parfaitement dans le sillage de la jurisprudence Karnib. Toutefois, en élargissant l'angle d'approche de la question, la décision de la CCJA apparaît critiquable.

Quelques que puissent être les justifications de la jurisprudence Karnib, elles ne peuvent manquer de susciter des réticences. Si l'on suppose par exemple, que sur la base d'un jugement manifestement vicié par une erreur matérielle (non contestée d'ailleurs) on doit permettre un créancier poursuivant d'exécuter malgré le risque flagrant d'insolvabilité, qu'est ce à dire, sinon de lui demander de « jouer à une loterie judiciaire » dont on connaît déjà l'issue. Est ce bien logique ?

Si l'on ne veut pas que la procédure d'exécution provisoire ne tombe dans la tentation d'assimiler l'impossibilité légale d'ordonner l'arrêt d'exécution provisoire à l'infaillibilité du juge de première instance, il paraît urgent de réécrire l'article 32 de l'AUPRSVE.

Cet article de l' Acte uniforme manque véritablement de souffle d' abord au niveau de son objet car elle laisse subsister l'incohérence actuelle du droit à l' exécution provisoire dans les juridictions nationales en se contentant de réaffirmer un principe largement accepté sans en corriger ses aspects les plus choquants. Il manque également de souffle en ce qu'il ne prévoit aucunement les modalités de l'arrêt ou de la suspension de l'exécution provisoire. Ces modalités peuvent pourtant être réglées par un simple renvoi au droit national, comme il en existe plusieurs dans le traité de Port Louis.

BREVES OBSERVATIONS AU SUJET DU BAIL COMMERCIAL A DUREE DETREMNEE ET DES CONDITIONS DE SON RENOUVELLEMENT PAR TACITE RECONDUCTION SUIVANT LE DROIT OHADA

Bakary TOGORA
Avocat Collaborateur
JURIFIS CONSULT

L'Acte Uniforme de l'OHADA portant droit commercial en ses articles 69 et suivants, offre la possibilité aux parties au contrat de bail, la liberté de fixer la durée de celui-ci. Le bail ainsi conclu, peut l'être à durée déterminée ou non.

En raison de l'importance de cette relation contractuelle, notamment par rapport à la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce qui y est lié, la loi a prévu un cadre permettant une protection accrue en faveur du preneur, généralement l'exploitant du fonds de commerce, c'est bien lui qui bénéficie en définitive d'un véritable droit au renouvellement du bail. Ce droit au renouvellement ne lui est acquis que lorsqu'il justifie au terme de deux années de contrat, d'une exploitation effective et continue du fonds. Ce droit au renouvellement est aussi appelé propriété commerciale.



Photo «anthinea-entreprises.com »

Malgré la réalité de ce droit qui bénéficie au preneur, le bailleur quant à lui, peut, sous certaines conditions définies par la loi, s'opposer au renouvellement du bail et signifier au preneur son refus au moyen d'un congé. Une telle situation n'est pas sans conséquences dans la mesure où le bailleur peut, en prenant la décision de ne pas renouveler ou de s'opposer au renouvellement du bail, s'exposer au paiement de sommes importantes au titre de l'indemnité d'éviction.

Au plan pratique, le renouvellement du bail conclu pour une période déterminée ne va pas sans difficultés. C'est notamment le cas chaque fois que les parties ne prennent pas le soin de préciser la durée exacte de leur bail tant au moment de sa conclusion que lors de son renouvellement. Très généralement, lorsque les parties s'abstiennent de s'exprimer plus clairement leurs intentions de poursuivre ou non la relation contractuelle, leurs relations deviennent non seulement confuses mais aussi contentieuses.

1. LE BAIL COMMERCIAL A DUREE DETERMINEE ET LA FIXATION DE LA DUREE INITIALE

Le contrat portant sur la location d'un immeuble affecté à une activité commerciale, industrielle, artisanale ou professionnelle peut avoir une durée déterminée ou indéterminée fixée librement par les parties concluantes.

Il sera entre autres, réputé conclu pour une durée indéterminée lorsque les parties n'ont pas fixé de terme ou lorsque le bail n'a pas fait l'objet d'écrit entre elles. C'est souvent le cas en pratique dans les pays et territoires de l'OHADA dans lesquels l'écrit n'est pas une « denrée » de premier choix. Pour autant, le législateur entend protéger le preneur dans un contexte tel que le défaut ou l'absence de preuve écrite ne lui soit pas préjudiciable.

Dans le cas du bail à durée déterminée et s'agissant plus précisément de la durée lors du renouvellement, la seule durée qui prévaut est celle précisée dans le contrat conclu par les parties. C'est cette volonté qui s'impose à elles et devient alors leur loi.

En l'absence de durée précisée par les parties pour le renouvellement du contrat de bail conclu à durée déterminée, les dispositions de l'article 97 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général imposent une durée de trois ans.

Il s'agit là d'une durée fixée par la loi lorsque les parties, dans le cadre d'un contrat à durée déterminée renouvelable même par tacite reconduction, ne prévoient pas expressément de durée précise et fixe par rapport à la période du renouvellement. La durée de trois ans s'impose aux parties.

L'échéance du bail constitue une source fréquente de litiges entre bailleur et preneur qu'il faut sans doute chercher à surmonter.

Les conflits qui naissent entre bailleur et preneur trouvent très généralement leurs sources dans la mauvaise rédaction du bail, surtout s'agissant des points relatifs aux conditions de son renouvellement, souvent conjuguées à une interprétation erronée de la loi.

2. CONDITIONS DE RENOUVELEMENT DU BAIL

Le renouvellement du bail à durée déterminée est soumis à des conditions et procédures bien spécifiées par le texte de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général.

Le droit au renouvellement du bail qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée est acquis au preneur qui justifie avoir exploité conformément aux stipulations du bail, l'activité prévue par le contrat, pendant une durée minimale de deux ans par application des dispositions de l'article 91 de l'Acte Uniforme susvisé. Ce renouvellement est soumis à des procédures précises selon qu'il s'agisse d'un bail à durée déterminée ou à durée indéterminée.

Les difficultés sont de plus en plus croissantes au moment du renouvellement du bail à durée déterminée. Dans le cadre d'un bail à durée déterminée, il est fait obligation au preneur d'exprimer son souhait de renouveler le contrat le liant au propriétaire de l'immeuble, au plus tard trois mois avant la date d'expiration dudit bail. La sanction de cette obligation mise à la charge du preneur est la déchéance de son droit au renouvellement.

Il faut tout de même rappeler que si cette demande de renouvellement est faite par acte extrajudiciaire, en occurrence par voie d'huissier, le bailleur ne dispose que d'un délai d'un mois pour faire connaître sa réponse et à défaut, le renouvellement sollicité est réputé avoir été accepté par le bailleur. (Art.92AUDCG).

Le renouvellement du bail soulève au plan pratique des questions tenant au sort des clauses dérogatoires et les points se rapportant à l'indemnité d'éviction.

➤ Le sort des clauses dérogatoires : la tacite reconduction en question

La présence de volonté même expresse des parties contractantes, notamment s'agissant d'une clause de « tacite reconduction », ne peut en aucune façon venir empêcher l'application des dispositions relatives à l'obligation faite au preneur, de demander le renouvellement du bail par acte extrajudiciaire dans le délai impératif de trois mois avant l'expiration de celui-ci.

Hilarion Alain BITSAMANA, dans son dictionnaire de droit OHADA, (Ohadata D-05-33), définit la tacite reconduction comme étant la disposition d'un contrat aux termes de laquelle lors de l'achèvement de la durée prévue pour sa validité, ledit contrat continue automatiquement à produire ses effets pour une nouvelle période prévue par les parties, à moins que l'une d'elles ne manifeste expressément sa volonté d'y mettre fin à la date et selon les modalités fixées, généralement par un préavis.

Dans le cadre d'un bail à durée déterminée, la clause de tacite reconduction ne pourra servir que lorsqu'elle n'entre pas en « collision » avec les dispositions d'ordre public imposant au preneur de formuler une demande expresse de renouvellement.

Bien plus spécifiquement, le preneur qui ne satisfait pas à cette exigence légale, même en présence d'une clause de tacite reconduction est et demeure déchu de son droit au renouvellement sauf au bailleur d'acquiescer par son silence, la poursuite du bail.

Cette « impérativité » s'explique par le fait qu'il s'agit là de dispositions d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent déroger de sorte que de telles stipulations ne tiennent pas lieu de loi à ceux qui les ont faites en raison de leur illégalité.

Lorsque le preneur est déchu de son droit au renouvellement, sauf renouvellement accepté expressément ou implicitement, le maintien de celui-ci au terme du contrat constitue une voie de fait qui ouvre droit au juge, même des référés, d'intervenir pour faire cesser le trouble manifestement illicite.

La compétence du juge des référés s'explique par la déchéance du preneur de son droit au renouvellement ayant pour corollaire la fin du lien contractuel précédemment existant entre le bailleur et le preneur.

Toutefois, lorsque le droit au renouvellement est acquis au preneur en vertu de la loi, le bailleur ne peut s'opposer au renouvellement qu'en réglant au preneur, une indemnité d'éviction.

➤ **L'indemnité d'éviction en question**

Le contentieux relatif à l'indemnité d'éviction tourne autour de deux idées forces :

- Le principe du versement d'une indemnité en cas d'éviction du local commercial du locataire par le propriétaire ;

- L'exception au principe du versement de l'indemnité d'éviction : la faute du locataire.

Il faut alors surtout distinguer selon que l'indemnité d'éviction est due ou non.

Or, très souvent, le litige a pour origine le refus par le bailleur de régler l'indemnité d'éviction auquel prétend le locataire.

En effet, le bailleur peut refuser le renouvellement du bail sans être tenu au paiement d'aucune indemnité.

L'exploitation de l'activité - Le bailleur peut, lorsque le preneur exploite l'activité pendant une période de moins de deux ans ou si ce dernier ne parvient pas à justifier qu'il l'a exploitée conformément aux stipulations du bail, décider de ne plus renouveler le contrat sans avoir à régler une indemnité d'éviction.

Suivant les dispositions de l'article 95 de l'Acte Uniforme susvisé, deux cas peuvent justifier l'opposition du bailleur au droit au renouvellement et sans paiement aucun d'indemnité d'éviction.

Le motif grave et légitime - Lorsque le bailleur justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du preneur, il n'a aucune obligation de régler l'indemnité d'éviction.

L'inexécution par le preneur d'une de ses obligations substantielles, tel le non paiement du loyer, ou la cessation de l'exploitation.

Dans ce cas, il ne pourra être invoqué que si les faits se sont poursuivis ou renouvelés plus de deux mois, après une mise en demeure d'avoir à les faire cesser.

D'ailleurs, cette mise en demeure est une condition impérative de la recevabilité de l'opposition du bailleur.

La démolition de l'immeuble objet du bail - Dans le cas où le bailleur envisage de démolir l'immeuble comprenant les lieux loués et de le reconstruire, le preneur bénéficiera d'un droit de priorité pour se voir attribuer un nouveau bail dans l'immeuble ainsi reconstruit.

Le législateur de l'OHADA n'a pas précisé la forme que doit revêtir la justification à apporter par le bailleur qui sera, en tout état de cause, tenu d'apporter la preuve de sa prétention relativement à la démolition et à la reconstruction des lieux loués conformément au droit commun.

Toutefois, on pourrait aisément imaginé que s'il est établi que l'immeuble doit être totalement ou partiellement démoli comme étant en état d'insalubrité reconnue par l'autorité administrative ou s'il est

établi qu'il ne peut plus être occupé sans danger en raison de son état, alors sa démolition serait justifiée et le preneur ne pourra prétendre à une indemnité d'éviction quelconque.

La reprise des locaux accessoire pour habitation - Dans l'hypothèse d'un bail portant les locaux principaux professionnels et ceux accessoires destinés à l'habitation, le bailleur qui justifie la reprise des locaux accessoires pour les habiter lui-même ou les faire habiter soit par son conjoint, ses ascendants, descendants ou ceux de son conjoint peut s'opposer au renouvellement du bail relativement aux locaux accessoires sans être tenu du paiement d'aucune indemnité d'éviction. (Art.96AUDCG).

Cette reprise ne sera possible que lorsque le preneur ne parvient pas à démontrer que les locaux accessoires sont indispensables à la jouissance de l'exploitation.

Même si le législateur de l'OHADA n'en parle pas, il faudra observer qu'une révision du contrat s'imposera aux parties en raison de la modification de l'objet du contrat en ce sens que le preneur sera privé d'une partie des locaux, objet du bail.

Contrairement au droit français, la reprise dans ce cas précis ne concerne pas la totalité des lieux loués mais seulement ceux destinés à l'habitation.

Autres motifs - L'indemnité d'éviction n'est pas due lorsque le non renouvellement est justifié par une faute du locataire. Il s'agit de l'exception au principe du droit légal au versement d'une indemnité. La faute peut être constituée par le non paiement des loyers et des charges, une absence d'exploitation du fonds, une utilisation non conforme du local pris à bail par rapport à sa destination, la déspecialisation illicite du local, des dégradations dans le local, le défaut d'assurance du local, l'absence de réalisation des réparations locatives, le non règlement des frais de réparations locatives, Etc

Souvent, la défaillance du preneur est sanctionnée par une clause du bail commercial dénommée « clause résolutoire » ou « clause de résiliation de plein droit » et le formalisme de la notification de cette faute est encadrée par la loi.

En tout état de cause, les parties sont libres de négocier et de s'entendre « amiablement » sur le montant de cette indemnité afin d'éviter un contentieux judiciaire.

A défaut d'accord amiable entre le bailleur et le preneur, le montant de l'indemnité d'éviction est fixé par le Tribunal.

Si le bailleur ne propose aucune indemnité d'éviction, le preneur a la faculté de saisir le juge compétent afin d'en obtenir.

En définitive, il ya lieu de faire observer que les dispositions de l'article 92 de l'Acte Uniforme OHADA portant droit commercial général sont d'ordre public. Leur application ne peut être éludée ni par les parties encore moins par le juge.

Par ailleurs, le non respect du délai de trois mois est lui aussi une cause de déchéance du droit au renouvellement tout comme le défaut d'en faire la demande. L'existence de la clause de tacite reconduction n'exonère point le preneur de cette obligation mise à sa charge.

Faut-il donc relire ces dispositions de sorte à ce que les parties contractantes puissent renouveler automatiquement leur bail sans qu'il y ait lieu de recourir à une demande expresse du preneur ?

Toujours est-il que, lorsque le renouvellement intervient expressément ou implicitement, le contrat est valable entre les parties et doit être exécuté de bonne foi.

En revanche, lorsque le bailleur s'oppose au renouvellement alors que le preneur a manqué à l'obligation d'en faire une demande expresse dans le délai indiqué, ce dernier sera sans doute déchu de son droit au renouvellement.

Cette déchéance peut être constatée par le juge des référés qui pourra alors ordonner par l'expulsion du preneur tant de sa personne, de ses biens que de tous occupants de son chef.

D'ailleurs, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA s'est déjà prononcé sur la question en indiquant très clairement que le juge des référés est bien compétent pour constater la déchéance et prononcer l'expulsion du preneur. (CCJA, 2^{ème} Chambre, arrêt N°5 du 30 mars 2006).

Cet arrêt de la haute juridiction de l'OHADA précise que les dispositions faisant obligation au preneur de formuler la demande de renouvellement sous peine de déchéance sont d'ordre public, qu'il ne peut y être dérogé par convention des parties.

Il est ainsi possible que les réformes à venir puissent toucher cette question de tacite reconduction qui entre, le plus souvent, en collision avec ces dispositions légales impératives.

DE LA VALIDITE EN OHADA D'UN PACTE D'ACTIONNAIRE PRECEDENT LES STATUTS ET LA CONSTITUTION DE LA SOCIETE

Bérenger Y. MEUKE
Docteur en droit des affaires
Avocat

Le Pacte d'actionnaires est une convention qui est régie comme telle en droit OHADA par les dispositions nationales relatives au Contrat et au Régime Général des Obligations.

En droit OHADA, notamment s'agissant de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et GIE, il est possible de prévoir, par des dispositions contractuelles spécifiques, des accords entre deux ou plusieurs actionnaires.



Complémentaire aux statuts de la société, le pacte permet aux actionnaires ou à certains d'entre eux d'organiser leurs relations (droits et obligations) au sein de la société (conditions de sortie, clauses de protection,...) et pourrait également permettre à quelques uns, qui individuellement n'auraient pas d'influence sur les décisions prises par la société, d'exercer en commun le contrôle de celle-ci par un simple accord extrastatutaire.

Vu sous cet angle, les statuts précèdent généralement le pacte d'actionnaires.

Toutefois, la pacte sur les droits des actionnaires d'une société non encore constituée ne serait valable qu'à partir de la ratification des statuts qui est le fondement même de la société au sein de laquelle les droits et obligations ressortissants du pacte d'actionnaires sont greffés.

Dès lors, le pacte d'actionnaires ne serait pleinement valable et opposable qu'à la condition que la société est régulièrement constituée.

Il n'en pourrait être autrement.

En effet, la constitution de la société doit précéder le pacte d'actionnaires motif pris de ce que, même s'il s'agit d'une convention libre entre actionnaires, celle-ci a des limites ressortissants tant du droit des contrats que du droit des sociétés :

Limites tirées du Droit des Contrats

Si la société n'est pas précédemment constituée, le pacte d'actionnaires qui est une convention au sens ne peut produire d'effets, le contrat étant dépourvu de cause.

Limites tirées du Droit des Sociétés en OHADA

La liberté contractuelle en matière de pacte d'actionnaires se heurte aux statuts tout comme au respect et à la protection de l'intérêt de la société.

La validité d'un pacte d'actionnaires est donc subordonnée au respect des règles qui gouvernent la création, le fonctionnement et la dissolution des sociétés en OHADA.

Le pacte ne sera valable que s'il est conforme aux stipulations impératives des statuts.

Enfin, le pacte ne doit pas être contraire à l'intérêt social qui n'a lui-même de sens qu'à compter de la constitution de la société.

LA PORTEE DE LA REGLE DITE DU « ZERO HEURE »

Lu pour vous

Filiga Michel SAWADOGO
Agrégé des Facultés de Droit
Université de Ouagadougou

La règle du « zéro heure » figure, du moins sous forme de dérogation, dans le règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA⁶⁰ et le règlement n° 02/03/CEMAC/UMAC/CM du 4 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement dans les Etats de la CEMAC⁶¹. Mais la question traitée par ces textes intéresse hautement le droit des entreprises en difficulté et spécialement celui des procédures collectives régi par l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Cette question paraît relever autant sinon plus de la sécurisation des systèmes de paiements que de la promotion de la bancarisation, même si le règlement ne la traite pas dans la deuxième partie relative aux mécanismes de sécurisation des systèmes de paiement. C'est ce que confirme l'exposé des motifs du règlement lorsqu'il affirme que « la sécurité de ces systèmes implique la reconnaissance et l'irrévocabilité des transactions qui y sont effectuées à partir d'un moment à déterminer ». La signification de cette règle quasi classique du droit des procédures collectives qu'est la règle du « zéro heure » mérite d'être explicitée avant d'évoquer la restriction que lui apporte le règlement.

§ I : La signification et la portée classiques de la règle

La règle dite du « zéro heure » appelle quelques précisions avant l'examen de sa portée en termes d'avantages et d'inconvénients.

A- La signification de la règle

Le jugement qui prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens produit ses effets à partir de sa date, y compris à l'égard des tiers et avant qu'il n'ait été procédé à la publicité. Il entraîne, selon le cas, l'assistance ou le dessaisissement du débiteur en état de cessation des paiements. C'est ce qui ressort des articles 52 et 53 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. En particulier, en cas de liquidation des biens, le débiteur est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires. Tout comme en France où existe une semblable formule⁶², il faut décider que le jugement prend effet dès la première heure du jour où il est rendu⁶³, de sorte que l'hypothèque inscrite le même jour par un créancier est inopposable à la masse des créanciers⁶⁴. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononçait la Cour de cassation française avant 1960⁶⁵. C'est la fameuse règle du « zéro heure » qui entraîne une légère rétroactivité du jugement d'ouverture de la procédure collective mais dont les conséquences ne sont pas nécessairement bénignes.

⁶⁰ Bulletin officiel de l'UEMOA, n° 28 de 2002, édition spéciale.

⁶¹ Pour des développements sur les aspects liés aux systèmes de paiement, voy. Filiga Michel Sawadogo et Alain Traoré, Instruments de paiement et de crédit dans l'espace UEMOA, Collection Précis de droit burkinabè, Imprimerie Presses africaines, 2008, 400 pages, n° 40 et s.

⁶² Article L. 641-9-1, alinéa 1, du Code de commerce. Voy., pour la législation antérieure, le décret du 21 avril 1988, article 14, alinéa 2.

⁶³ Philippe Delebecque et Michel Germain, Traité de droit commercial de Ripert et Roblot, LGDJ, tome 2, 16^e éd., 2000, n° 2909.

⁶⁴ Com., 12 novembre 1979, Gazette du Palais, 1980, 1, Somm., p. 139.

⁶⁵ Com., 10 avril 1957, Gaz. Pal, 1957.2.64.

B- La portée de la règle : les avantages et les inconvénients

Dans le droit commun des procédures collectives, la règle du « zéro heure » présente l'avantage de supprimer toutes les difficultés ayant trait à la détermination du moment précis du prononcé et du début des effets de la décision d'ouverture. Cela permet de rendre inopposables à la masse des actes faits dans la journée du prononcé de la décision d'ouverture, lesquels ont de fortes chances d'être teintés de fraude émanant du débiteur aux abois ou de ses créanciers. La règle favorise ainsi le sauvetage de l'entreprise et l'égalité de traitement des créanciers. Ainsi, il a été décidé en France que le défaut de publication d'un jugement de redressement judiciaire n'a pas d'incidence sur l'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement, c'est-à-dire tout paiement fait après la première heure du jour de son prononcé⁶⁶. En définitive, le dessaisissement se produit de manière plus précoce avec la règle du « zéro heure ».

Toutefois, la règle du « zéro heure » n'a pas que des avantages. Elle comporte même des inconvénients manifestes dans le cadre des paiements interbancaires. Ainsi, selon les principes fondamentaux pour les systèmes de paiement d'importance systémique, la « règle zéro heure » a pour effet d'invalidier toutes les transactions effectuées par le participant en faillite dès le début (« zéro heure ») du jour de mise en faillite (ou d'un événement comparable). Dans un système de paiement à règlement brut en temps réel, les conséquences pourraient être la révocation des paiements qui apparaissent déjà réglés et que l'on pensait définitifs. Dans un système à règlement net différé, une telle règle pourrait entraîner l'annulation de la compensation de toutes les transactions. Cela impliquerait de recalculer toutes les positions nettes et pourrait provoquer de profondes modifications des soldes des participants. Dans les deux cas, des répercussions systémiques pourraient s'ensuivre. Le risque systémique est, par exemple, celui que l'incapacité d'un participant au système financier à remplir ses obligations entraîne, pour les autres institutions financières, l'impossibilité de s'acquitter en temps voulu de leurs propres obligations⁶⁷. C'est, en d'autres termes, le risque de faillites en chaîne ou, tout au moins, de perturbation d'un système huilé.

C'est en raison de ces inconvénients de la règle du « zéro heure » que l'exposé des motifs du règlement souligne que la sécurité des systèmes de paiement « implique la reconnaissance de l'irrévocabilité des transactions qui y ont été effectuées à partir d'un certain moment ». De là découle l'adoption de la règle dérogatoire, qui apparaît comme une nécessité pour le bon fonctionnement des systèmes de paiement.

§ II : L'apport du règlement : la dérogation en faveur des systèmes de paiement

Il est certain que le législateur communautaire OHADA a dû s'inspirer de certaines législations qu'il faut évoquer avant d'examiner les dispositions du règlement concernant cette dérogation.

A- Les sources de la dérogation

Du fait des inconvénients de la règle du « zéro heure », le Groupe de travail sur les principes et pratiques applicables aux systèmes de paiement, fonctionnant au sein du Comité sur les systèmes de paiement et de règlement sous l'égide de la Banque des règlements internationaux, a préconisé son abandon par les États qui la reconnaissent. Par la suite, l'Union européenne l'a circonscrite dans la directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres.

⁶⁶ Humann C., note sous Cour d'appel de Rennes, 19 septembre 1999, Crédit industriel de Normandie contre Maître Lize, ès qualité, JCP Entreprise et Affaires, n° 40, 16 novembre 2000, 1812-1814.

⁶⁷ Comité sur les systèmes de paiement et de règlement, Principes fondamentaux pour les systèmes de paiement d'importance systémique, Rapport de janvier 2001 du Groupe de travail sur les principes et pratiques applicables aux systèmes de paiement, travaux menés sous l'égide de la Banque des règlements internationaux, encadré 1.

En France, cette directive a été incorporée par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 qui a modifié la loi bancaire du 24 janvier 1984 dans son article 93-1 devenu l'article L. 330-1 du Code monétaire et financier⁶⁸.

Ce sont sûrement ces dispositions qui ont inspiré celles du règlement de l'UEMOA du 19 septembre 2002 sur les systèmes de paiement. Ce dispositif institue d'importantes dérogations au droit des procédures collectives dans l'objectif de garantir la sécurité des participants aux systèmes de paiements en permettant, entre autres, « un dénouement normal, à la fin du jour du prononcé du jugement d'ouverture, du processus des opérations en cours. Le report à 0 heure des effets du jugement est donc écarté »⁶⁹ et c'est plutôt le report inverse qui est institué concernant ces opérations : c'est à partir de zéro heure du jour suivant le prononcé que le jugement d'ouverture pourra produire effet.

B- La formulation de la dérogation

Les dispositions du règlement du 19 septembre 2002 concernant la règle dite du « zéro heure », en l'occurrence les articles 6 et 7 qui ont des équivalents dans le règlement de la CEMAC du 4 avril 2003 (art. 266, 267 et 268), sont très claires quant à l'objectif à atteindre.

Il résulte ainsi de l'article 6 que : « Nonobstant toute disposition contraire, les ordres de transferts introduits dans un système de paiements interbancaires conformément aux règles de fonctionnement dudit système sont opposables aux tiers et à la masse et ne peuvent être annulés jusqu'à l'expiration du jour où est rendu le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un participant, même motif pris qu'est intervenu ce jugement.

Ces dispositions sont également applicables aux ordres de transfert devenus irrévocables. Le moment auquel un ordre de transfert devient irrévocable dans le système est défini par les règles de fonctionnement dudit système ».

Quant à l'article 7, il est libellé comme suit : « Nonobstant toute disposition contraire, la compensation effectuée en chambre de compensation ou à un Point d'Accès à la Compensation dans le respect des règles de fonctionnement du système de paiement interbancaire concerné est opposable aux tiers et à la masse et ne peut être annulée au seul motif que serait intervenu un jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un participant audit système ».

⁶⁸ « I- Un système de règlements interbancaires ou de règlement et de livraison d'instruments financiers s'entend, d'une procédure nationale ou internationale organisant les relations entre deux parties au moins, ayant la qualité d'établissement, d'institution ou d'entreprise mentionnés à l'article L. 518-1, d'entreprise d'investissement ou d'adhérent à une chambre de compensation ou d'établissement non résident ayant un statut comparable, permettant l'exécution à titre habituel, par compensation ou non, de paiements ainsi que, pour ce qui concerne les systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, la livraison de titres entre lesdits participants.

Sans préjudice des dispositions du 4 du IV de l'article L. 622-7, le système doit soit avoir été institué par une autorité publique, soit être régi par une convention-cadre respectant les principes généraux d'une convention-cadre de place ou par une convention type. Le ministre chargé de l'économie notifie à la Commission européenne la liste des systèmes bénéficiant des dispositions du présent titre.

Lorsqu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires est ouverte à l'encontre d'un participant à un système de règlements interbancaires ou de règlement et de livraison d'instruments financiers de l'Espace économique européen, les droits et obligations découlant de sa participation ou liés à cette participation audit système sont déterminés par la loi qui régit le système, sous réserve que cette loi soit celle d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

II- Nonobstant toute disposition législative contraire, les paiements d'instruments financiers effectués dans le cadre de systèmes de règlements interbancaires ou dans le cadre de systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, jusqu'à l'expiration du jour où est rendu un jugement de redressement ou de liquidation judiciaires à l'encontre d'un établissement participant, directement ou indirectement, à un tel système, ne peuvent être annulés, même au motif qu'est intervenu ce jugement.

III- Ces dispositions sont également applicables aux instructions de paiement ainsi qu'aux instructions de livraison d'instruments financiers, dès lors qu'elles ont acquis un caractère irrévocable dans l'un des systèmes mentionnés au II. Le moment et les modalités selon lesquels une instruction est considérée comme irrévocable dans un système sont définis par les règles de fonctionnement de ce système ».

⁶⁹ Christian Gavalda et Jean Stoufflet, Droit du crédit, tome II : Effets de commerce, chèque, carte de paiement, transfert de fonds, Litec, 5^e éd., 2003, n° 400.

C'est dire que dans les conditions définies par les articles 6 et 7 du règlement, il est impérativement dérogé à la règle du « zéro heure », ce qui est de nature à sécuriser les systèmes de paiement. En effet, les paiements régulièrement effectués ne peuvent être remis en cause rétroactivement. Bien plus, ceux qui sont effectués dans la journée du prononcé du jugement sont valables. Il en est de même de la compensation déjà effectuée.

La règle du « zéro heure » demeure cependant en vigueur dans le droit commun des procédures collectives dans le but notamment d'assurer l'égalité de traitement des créanciers, mais avec cette exception de taille relative aux paiements et aux compensations interbancaires. Elle semble utile dans la mesure où beaucoup de pays l'ont adoptée. Par ailleurs, les inopposabilités, celles de la période suspecte comme découlant du dessaisissement, ne sont généralement pas mises en œuvre dans le cadre des procédures collectives, si bien que la règle dérogatoire n'entraîne en fait aucun inconvénient.

Il reste à se demander si un règlement de l'UEMOA peut modifier un acte uniforme de l'OHADA. La question est complexe d'autant que le règlement de l'UEMOA et l'acte uniforme de l'OHADA sont tous les deux des actes directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure (Traité de l'OHADA, art. 10 ; Traité de l'UEMOA, art. 6) et qu'aucun principe général du droit ne semble permettre de faire prévaloir l'un sur l'autre. En l'espèce, on peut invoquer la compétence de l'UEMOA-BCEAO en matière monétaire et bancaire, ou faire appel au critère chronologique qui entraîne que la loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure (lex posterior derogat priori) et à la maxime "specialia generalibus derogant" ou "generalia specialibus non derogant" (les lois spéciales dérogent aux lois qui ont une portée générale ou subsistent malgré celles-ci) pour faire prévaloir le règlement UEMOA sur le point qu'il traite. Une telle approche ne nous paraît pas déraisonnable. Il en résulterait ainsi une certaine coordination permettant à chaque règle d'avoir un domaine d'application. Ainsi, la règle générale serait celle de l'OHADA qui entraîne que le « zéro heure » reste en vigueur dans tous les domaines à titre de principe et l'exception serait celle du règlement UEMOA qui l'écarte dans les domaines qu'il vise.

Au titre du droit comparé, il y a lieu de noter que la formulation du règlement n° 02/03/CEMAC/UMAC/CM du 4 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement (art. 266 à 268) peut aider à comprendre celle du règlement UEMOA, étant précisé que probablement le législateur CEMAC possédait le texte de l'UEMOA lorsqu'il légiférait et pouvait ainsi lui apporter les clarifications et précisions utiles.

Ainsi, selon l'article 266 du règlement CEMAC, « nonobstant toute disposition contraire, les ordres de transfert introduits dans un système de paiement interbancaire conformément aux règles de fonctionnement dudit système sont opposables aux tiers et à la masse des créanciers, et ne peuvent être annulés jusqu'à l'expiration du jour où est rendu le jugement d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un participant, même au motif qu'est intervenu ce jugement.

Ces dispositions sont également applicables aux ordres de transfert devenus irrévocables. Le moment auquel un ordre de transfert devient irrévocable dans le système est défini par les règles de fonctionnement dudit système ».

Aux termes de l'article 267 dudit règlement, « nonobstant toute disposition contraire, la compensation effectuée en chambre de compensation, dans le respect des règles de fonctionnement du système de paiement interbancaire concerné, est opposable aux tiers et à la masse des créanciers, et ne peut être annulée au seul motif que serait rendu un jugement d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un participant audit système.

L'article de 266 du présent règlement s'applique aux ordres de transfert dans un système de paiement interbancaire, résultant des calculs de la chambre de compensation de ce système, effectués entre les participants et la contrepartie centrale et entre une contrepartie centrale d'un autre système ou avec la Banque centrale ».

Enfin, selon l'article 268 du même texte, « nonobstant toute disposition contraire, lorsqu'une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est ouverte à l'encontre d'un participant à un système de paiement interbancaire, la convention-cadre régissant le système peut prévoir la révocation de plein droit des opérations en cours au titre de la participation au

système et la compensation de plein droit des créances et dettes réciproques existant au titre de cette participation.

La révocation et la compensation de plein droit sont opposables aux tiers, aux créanciers saisissants et à la masse des créanciers ».

Si l'apparementement entre les deux règlements des deux communautés sœurs que sont l'UEMOA et la CEMAC semble bien clair, il reste qu'ils ne sont pas identiques. En effet, le règlement CEMAC se singularise principalement par :

- d'abord, le fait de viser le règlement préventif, qui est une procédure s'ouvrant avant la cessation des paiements à la demande du débiteur lui-même et *a priori* non impliquée par la règle du « zéro heure » ; le fait de viser cette procédure est donc plutôt une précaution ;

- ensuite, la mention que l'article de 266 du présent règlement s'applique aux ordres de transfert dans un système de paiement interbancaire, résultant des calculs de la chambre de compensation de ce système, effectués entre les participants et la contrepartie centrale et une contrepartie centrale d'un autre système ou avec la Banque centrale ; cela est de nature à permettre la couverture de la plupart des hypothèses où l'on voudrait déroger à la règle du « zéro heure » ;

- enfin, le fait de faire produire à la convention-cadre liant les participants au système de paiement interbancaire un effet légal opposable aux tiers et à la masse ; c'est une sécurité utile quant on sait que les conventions ne dérogent pas aux règles d'ordre public.

En conclusion, la règle du « zéro heure » a des fonctions de facilitation de la gestion des procédures collectives, surtout de fixation du point de départ des effets du jugement d'ouverture et, par voie de conséquence, du dessaisissement du débiteur. Ainsi, certains actes défavorables du débiteur aux abois seront inopposables à la masse des créanciers. Le règlement de l'UEMOA et celui de la CEMAC dérogent à cette règle pour protéger les systèmes de paiement et éviter les risques systémiques. Si l'utilité de la dérogation aura certainement un porté pratique, il n'est pas évident que les syndicats de l'espace OHADA mettaient en œuvre la règle du « zéro heure » qui semblait de fait ignorée. Mais peut-être que la dérogation aura un effet paradoxal : celui de faire connaître et appliquer la règle dans les domaines non embrassés par celle-ci. De manière générale, il convient que les organes des procédures collectives mettent effectivement en œuvre les règles légales visant à établir ou rétablir l'égalité entre les créanciers et à favoriser l'atteinte des objectifs poursuivis, à savoir le sauvetage de l'entreprise et le paiement des créanciers, qui semblent perdus de vue dans la pratique africaine.