



## ETUDES

- L'implication des professions juridiques et judiciaires dans le renforcement de l'application du droit OHADA (**Me Mamadou KONATE et Dr Bérenger MEUKE**) présentée par **Me KONATE** à l'occasion du Colloque OHADA de mai 2013 à Kinshasa en RDC .....4
- L'encadrement du bail commercial et les hésitations entre protectionnisme et libéralisme : étude comparative (**Dr Moussa DOUGOUNE**) .....16
- La CIMA et les clauses exclusives de garantie dans les contrats d'assurance : *l'assurance sans couverture de risque ?* (**Dr Bérenger MEUKE**) .....34

## CHRONIQUES

- Les mesures d'exécution et la nécessité de disposer de titre exécutoire (Note sous Arrêt, Cour d'Appel de Daloa, chambre civile et commerciale, arrêt n° 63 du 14 janvier 2005. Affaire CFAO c/ DA et la SGBCI), **Dr Bakary DIALLO** .....41

## INFORMATIONS PRATIQUES

- Brèves de jurisprudence CCJA pour le second semestre de l'année 2012 (**Me Jérémie WAMBO**) .....44

## LU POUR VOUS

- Le traitement des opérations de saisie attribution sur compte bancaire impliquant le tiers saisi à l'aune des dispositions de l'AUVE de l'OHADA (**Dr Boubacar BADJAGA**) .....54
- Les récents développements de jurisprudence communautaire OHADA en matière d'injonction de payer (**Me Jérémie WAMBO**) .....63
- La sécurité alimentaire et le droit à l'alimentation à l'épreuve des investissements internationaux en Afrique de l'Ouest : *les risques d'une désillusion* (**Pr François COLLART-DUTILLEUL et Alhousseini DIABATE**) .....71

## LEGISLATION

- Nouvelles règles de fiscalisation du secteur des Télécoms au Mali à travers l'institution de la Taxe sur l'Accès au réseau de Télécommunication Ouvert au Public (TARTOP) (**Oumar KEITA**) .....83

## LIBRES PROPOS

- Libres propos sur la laïcité (**Dr Abdourahamane TOURE**) .....88



Me Mamadou KONATÉ

Chers lecteurs,

C'est toujours avec autant d'engouement que de plaisir que nous reprenons le même exercice qui nous réussit depuis quelques années déjà :

Prendre la plume pour partager des idées, exprimer des opinions et transmettre notre sensibilité et notre sensation sur divers sujets, nombreux et variés, allant du droit et de sa pratique, passant par des choses ayant trait à la vie de l'entreprise et des sociétés commerciales, des acteurs économiques, mais aussi, les affaires qui concernent l'Etat, la Nation et la Cité constituent ce que nous exposons dans ce qui est devenu votre Revue d'informations juridiques et judiciaires : « **Jurifis Infos** ».

Aujourd'hui, vous êtes plus 1700 abonnés qui nous lisent et nous font confiance. Vous ne cessez de nous manifester, qui votre confiance, qui votre soutien, qui vos encouragements, le tout de façon régulière et constante.

Au nom de tous ceux qui travaillent au maintien, au développement et à la promotion du droit à travers la Revue JURIFIS INFOS, je vous adresse mon salut et vous remercie du fond du cœur.

Vos compliments, vos encouragements et vos nombreux messages, aussi réconfortants et palpitants les uns que les autres, nous galvanisent et nous incitent à proposer cette nouvelle édition. Cette édition que nous vous livrons avec un certain retard, tente de s'ouvrir à d'autres questions, d'une toute autre allure juridique que celles que nous traitons habituellement, notamment dans les rubriques dites droit « *des affaires* », issu de l'OHADA stricto sensu.

L'équipe d'animation et de rédaction a bien pris en compte vos préoccupations et ne manquera pas de vous offrir prochainement des réflexions plus en rapport avec le droit bancaire, le droit de la consommation, le droit de la concurrence, le droit de la distribution, le droit

fiscal, le droit du financement et bien encore..., le tout, bien évidemment en lien avec les pratiques et coutumes professionnelles ayant cours dans nos Cabinets, dans nos juridictions, nos Entreprises et avec nos Exploitants et Acteurs économiques.

Dans ce numéro, Jurifis Infos revient bien évidemment sur la situation politico-sécuritaire et institutionnelle d'un pays, le Mali, qui nous est à la fois précieux et cher. Le point de vue qui sera développé sera en rapport également avec l'élection présidentielle au Mali.

La Revue aborde également la sempiternelle question de l'implication des professions juridiques et judiciaires dans le renforcement de l'application du droit OHADA. Ce point sera mis en exergue par le texte d'une communication donnée il y'a quelques temps à Kinshasa, République Démocratique du Congo, à l'occasion du colloque organisé sur le thème « *OHADA : nouveaux défis* » dans le cadre des festivités du 20e anniversaire de l'organisation juridique sous régionale.

Dans cette communication, Docteur Bérenger MEUKE, qui en est le co-auteur, et moi-même, avançons que « *l'on ne peut pas raser la tête d'une personne sans elle-même* ». Dès lors, nous estimons que « *l'absence de participation ou la faible présence des professionnels du droit et de la justice, dans le processus même de création des Actes uniformes, en raison de son originalité, ne sont pas sans conséquences véritables sur la mise en œuvre du droit OHADA et son appropriation par ses acteurs et usagers.* » Nous recommandons que les professionnels du droit, du chiffre voire de la fiscalité demain, soient étroitement associés à l'élaboration des textes, dès la phase de conception, jusqu'à celle de révision et qu'ils soient à même de les évaluer également. Mieux, nous faisons le constat **de l'illusion à attendre une implication véritable des professionnels du droit dont l'activité s'exerce dans un cadre purement national, pour renforcer l'application d'un droit OHADA qui, lui, s'exerce dans un cadre communautaire.**

La parution de ce numéro est aussi l'occasion pour la revue de faire une place de choix à ce qui convient d'appeler désormais en droit issu de l'OHADA, le concept de « *bail à usage professionnel* ». Pour Docteur Moussa DOUGOUNE, Enseignant-Chercheur, qui se penche sur ce sujet, « *le juriste français pourrait prendre*

*cela comme une ambiguïté verbeuse mais en réalité ce n'est ni plus ni moins que l'expression d'une volonté non équivoque d'étendre le protectionnisme au-delà du critère de commercialité. Les rédacteurs n'ont pas jugé utile de distinguer le statut des baux commerciaux de celui des baux professionnels. Le désir de rééquilibrer les rapports entre bailleur-preneur, voir protéger le locataire, est récurrent et profite indistinctement aussi bien aux professions autres que commerçants. »*

Toujours dans cette édition, Docteur Bakary DIALLO, Avocat, revient sur un intéressant arrêt rendu il y a un moment déjà par la Cour d'Appel de Daloa en Côte d'Ivoire, le 14 janvier 2005. Il y exprime quelques opinions sur la notion de titre exécutoire en OHADA. Pour lui, « la saisie-conservatoire n'est pas une mesure d'exécution. Sans doute la saisie-conservatoire peut donner l'illusion de sauvegarder très efficacement les intérêts du créancier. Mais parce qu'il n'y a pas transfert d'un patrimoine à un autre, parce qu'il n'y a pas un commandement de payer sa situation reste exposée. »

Cette nouvelle parution est également l'occasion pour JURIFIS INFOS d'aborder plusieurs autres thèmes que vous découvrirez en lisant ce numéro.

Par exemple, Docteur Bérenger MEUKE, Avocat, explique dans un article relatif aux clauses exclusives de garantie dans le contrat d'assurance en zone CIMA, que le fait de « permettre à l'assureur d'exclure dans certains cas sa garantie revient à vider le contrat d'assurance de sa substance en réduisant son champ à néant. »

Docteur Boubacar BADJAGA, Magistrat, ouvre un coin du voile sur le traitement des opérations de saisie-attribution impliquant un tiers, notamment lorsqu'elles portent sur des sommes se trouvant sur un compte bancaire.

M. Oumar KEITA, juriste et jeune Inspecteur des Impôts, par ailleurs Secrétaire permanent de l'Association « TICS DU DROIT » que je préside, nous donne des précisions sur le nouveau cadre fiscal du secteur des Télécoms au Mali, désormais en vigueur depuis l'institution de la Taxe sur l'Accès au réseau de Télécommunication Ouvert au Public (TARTOP).

Professeur François COLLART-DUTILLEUL et M. Alhousseini DIABATE reviennent sur la problématique de la sécurité alimentaire et le droit à l'alimentation à l'épreuve des investissements internationaux en Afrique de l'Ouest. Selon eux, « les investissements internationaux dans l'agriculture des pays en développement sont nécessaires et légitimes. Il est tout aussi légitime que l'investisseur retire un profit significatif de la mise en œuvre de tels investissements. Mais encore faut-il que le contrat encadre l'exploitation de l'investisseur avec des contraintes économiques, environnementales et sociales conformes aux intérêts fondamentaux de l'Etat d'accueil et des populations locales. La sécurité alimentaire est le premier de ces intérêts. »

Comme dans l'édition précédente, notre Confrère et ami, néanmoins cadet, Jérémie WAMBO, Assistant Juriste Référendaire près la CCJA, nous a à nouveau gratifié de son expertise connaissance de l'évolution de la jurisprudence CCJA. Il le fait pour nous mais pour vous. L'essentiel des décisions de jurisprudence de la CCJA pour le 2nd semestre de l'année 2012 est indiqué et signalé sous sa direction.

Enfin, pour toujours mieux vous servir, l'équipe d'animation a souhaité vous donner la parole dans une rubrique qui a cours depuis le dernier numéro et qui est intitulée « *Libres Propos* ».

Cette rubrique accueillera vos opinions et vos points de vue.

Dans cette dernière rubrique, Docteur Abdourahamane TOURE, Avocat, livre son propos sur la laïcité et estime que « le juriste trouve dans le maintien de la morale traditionnelle les règles qui constituent l'ossature même du droit. Il suffit pour ne pas faire naître la dispute, de les dépouiller de tout caractère transcendant et de les appliquer seulement à raison de leur utilité, sans souci de la raillerie des sceptiques ».

*Bonne lecture*

Pour recevoir la Revue Jurifis Info par e-mail  
et vos éventuels critiques et encouragements, écrivez à :

- [jurifisinfo@jurifis.com](mailto:jurifisinfo@jurifis.com) ;

- [mko@jurifis.com](mailto:mko@jurifis.com) ;

- [bme@jurifis.com](mailto:bme@jurifis.com) ;

- Consultez directement la Revue en ligne : [www.jurifis.com](http://www.jurifis.com)



## L'IMPLICATION DES PROFESSIONS JURIDIQUES ET JUDICIAIRES DANS LE RENFORCEMENT DE L'APPLICATION DU DROIT OHADA



**Mamadou I. KONATE**  
Avocat Associé  
JURIFIS CONSULT

« *On ne peut raser la tête d'une personne sans elle* »<sup>1</sup> (proverbe bambara du Mali)

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) s'est fixée, dès sa création, le 17 octobre 1993 à Port Louis, l'objectif principal de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire existant dans les États Parties.

L'idée de créer une organisation communautaire de l'envergure de l'OHADA est née dès le début des années 1990, alors que les États africains se trouvaient en pleine récession, ce qui se traduisait par « *Une diminution marquée des investissements directs (étrangers) dans les États de la zone franc* »<sup>2</sup>.

L'originalité de l'OHADA (le Traité) réside aussi bien dans son objectif - qui est de créer un droit « *commun* » à l'ensemble des États membres -

que dans l'ampleur de l'intégration communautaire qu'il propose. Cette originalité se retrouve également dans le corpus juridique que produit l'Organisation. Le Traité OHADA est venu enrichir le vocabulaire juridique d'un nouveau concept, pour désigner la production normative de l'Organisation : l'**Acte uniforme**<sup>3</sup>.

Depuis 1997, année d'entrée en vigueur des premiers Actes uniformes, nul ne peut nier à l'OHADA l'évidence de sa réussite, tout au moins pour ce qui est de la création des normes en vigueur dans le cadre de l'OHADA. Cette création s'est traduite par la prise en main d'un cadre juridique uniformisé, désormais régi par au moins neuf Actes Uniformes<sup>4</sup> déjà en vigueur à ce jour. Ces textes traitent de diverses matières que l'on retrouve dans le champ matériel du droit des affaires (OHADA), allant du droit



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

commercial général au droit des sociétés, en passant par le droit des sûretés, les voies d'exécution et les procédures de recouvrement de créance, les procédures collectives et le traitement des difficultés des entreprises, le transport des marchandises, l'arbitrage, la comptabilité et le droit applicable aux sociétés coopératives etc.



1 <http://www.stages.alternatives.ca/archives/221>

2 <http://koubi.fr/spip.article177>

3 <http://www.acpbusinessclimate.org/pseef/documents/Note%20conceptuelle.pdf>

4 <http://www.ohada.org/actes-uniformes0.html>



Me Mamadou I. KONATE

Ces domaines qui sont régis par les Actes uniformes sont également ceux qui sont pris en compte dans la composante légale de quatre indicateurs **Doing Business** : la création d'entreprises, l'obtention de prêts, la protection des investisseurs et la question de l'insolvabilité<sup>5</sup>.

Parmi ces Actes uniformes nés à partir de 1997, deux (2) ont déjà été révisés et deux autres sont en cours de révision, le tout suivant des modalités et une démarche tout aussi originales que celles mises en œuvre par le Secrétariat Permanent avec l'aide et l'appui de la Société Financière Internationale (SFI) et de la Banque Mondiale (BM).

En effet, le Secrétariat permanent de l'OHADA, avec l'appui d'IFC

(Groupe Banque Mondiale), a engagé un processus d'évaluation systématique et exhaustive des Actes uniformes en vigueur. Cette démarche rentre dans le cadre de l'amélioration du cadre juridique de l'OHADA, en même temps qu'elle vise à identifier et à relever les qualités et défauts intrinsèques des Actes uniformes, au regard de l'objectif de développement du secteur privé que poursuit l'organisation communautaire, tout en prenant en considération les contingences des environnements nationaux ayant un impact sur les textes susvisés.

Les experts recrutés dans ce cadre ont été chargés de rédiger des avant-projets d'amendement à certains Actes Uniformes. Ce vaste chantier

de relecture suit son cours et devrait permettre sous peu, d'avoir une législation dont l'application devrait de plus en plus être en adéquation avec les réalités que vivent, au plan pratique, les principaux acteurs de la communauté OHADA, au nombre desquels les professions juridiques et judiciaires.

En effet, les professions juridiques et judiciaires participent directement ou indirectement à la mission de distribution du service public de la justice, de manière telle que leur présence et leur rôle sont indispensables à la bonne marche de la justice et pour la mise en œuvre du droit en général et de celui émanant de l'OHADA en particulier.

<sup>5</sup> *Doing Business dans les Etats membres de l'OHADA 2012*



Dès lors, l'absence de participation ou la faible présence des professionnels du droit et de la justice, notamment les professions juridiques (notaires) et judiciaires (avocats et autres auxiliaires de justice) dans le processus même de création des Actes uniformes, en raison de son originalité (mode de création des Actes uniformes) ne sont pas sans conséquences véritables sur la mise en œuvre du droit OHADA et son appropriation par ses acteurs et usagers.

De plus, l'appropriation toute relative de ce droit OHADA par ces professionnels, y compris au plan pratique, liée en grande partie au niveau de formation de ces derniers, bien en deçà de la normale, constitue un handicap qui impacte négativement sur la propension d'un droit communautaire qui poursuit cet objectif d'attirer les investissements directs étrangers, mais également, empêche le développement des échanges économiques tant au plan national

qu'au dans le cadre de la communauté.

Sur un tout autre plan, les cadres juridiques applicables aux professions juridiques et judiciaires sont encore conçus et établis à la dimension nationale, alors que ces cadres s'appliquent à des professionnels qui appliquent un droit OHADA à travers un champ de compétence plus large, sur l'étendue de la communauté. Dans un tel contexte, à quoi sert-il aujourd'hui d'être avocat, inscrit au Barreau du Cameroun, dans un contexte professionnel qui lui est OHADA et qui s'étend sur seize autres « territoires » qui ne reconnaissent pas ou ne permettent pas à l'avocat inscrit au Barreau du Cameroun d'exercer, de s'établir ou de s'installer sans restrictions : ne faut-il pas avancer vers la mise en place d'un Barreau spécialisé, dans le cadre de l'OHADA, au-delà des Etats partie et à la dimension plutôt communauté OHADA ?

Une telle avancée permet de poursuivre la dynamique de développement du droit OHADA. De la même manière que le droit OHADA a été unifié dans son corps, que la jurisprudence l'a été par la reconnaissance de la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) pour ce qui est de l'interprétation des Actes uniformes. Que reste-t-il d'autres si ce n'est d'aller vers un processus d'unification du cadre d'exercice « des professions juridiques et judiciaires de l'OHADA », tout au moins pour ce qui est des conditions d'accès à ces professions, de la formation requise, des règles professionnelles, de gestion et d'administration, et d'obtenir le rattachement de la corporation « unifiée » à la CCJA, ce, sur la base d'une structuration qui pourrait alors se rapprocher de celle du Conseil National des Barreaux en France ?

Il apparaît de manière très évidente que l'implication des professions juridiques et judiciaires dans le renforcement de l'application du droit de type OHADA, nécessite tout d'abord que ceux-ci ne soient plus en marge de l'OHADA, mais également et surtout, que les cadres juridiques établis pour assurer l'exercice professionnel passent de la dimension nationale à celle tout simplement communautaire.

En l'état actuel des choses, une réelle et plus grande implication de ces professionnels du droit serait de nature à renforcer l'application du droit OHADA qui s'avère insuffisante (I) voire impossible (II) aujourd'hui.



## I - UNE IMPLICATION INSUFFISANTE DES PROFESSIONS JURIDIQUES ET JUDICIAIRES DANS L'APPLICATION DU DROIT OHADA

A l'occasion d'un séminaire sur le « *Rôle de l'avocat dans la construction d'un Etat de droit* » tenu à Cotonou, au Bénin, à l'initiative de la Chaire Unesco des droits de la personne et de la démocratie de la faculté des droits et des sciences politiques de l'Université d'Abomey-Calavi, le directeur de cabinet du ministre de la justice, ouvrant les travaux dudit séminaire, affirmait que la qualité de la justice dépend, en tout état de cause, de la qualité des personnes chargées de l'animer ; au nombre desquelles figure l'avocat. « *C'est à lui que les citoyens s'adressent en premier lieu pour connaître les possibilités qui leur sont offertes* »<sup>6</sup> dans le cadre de la distribution du

service public de la justice. Il incombe donc à l'avocat de veiller aux principes directeurs du procès, sa contribution à l'enracinement de la démocratie et de l'Etat de droit est de premier plan.

Mais au-delà de l'avocat, ce sont l'ensemble des professions juridiques et judiciaires qui sont appelées à jouer un rôle significatif dans la création, l'application de la loi en général. Il incombe à ces professions, d'accompagner le justiciable dans sa quête de droit, et d'assurer une certaine présence aux côtés de l'Etat et des pouvoirs publics, gardiens de la loi et de sa

bonne application.

S'agissant du droit OHADA, son application est et demeure largement tributaire tant de la qualité des textes juridiques qui en sont issus (A) que de celle des professionnels qui sont chargés de la mettre en œuvre. Les attributs strictement professionnels de ces derniers ainsi que le niveau et la qualité de formation juridique sont assez déterminants d'une bonne assise du droit OHADA. D'ailleurs, que vaut une norme sans une procédure qui la soutient d'une part et des professionnels qui la mettent en œuvre au moyen de ces procédures (B) d'autre part.

### A) LE RENFORCEMENT DE L'APPLICATION DU DROIT OHADA PAR UNE PLUS FORTE IMPLICATION DES PROFESSIONS JURIDIQUES ET JUDICIAIRES DANS LE PROCESSUS DE CREATION ET D'AMELIORATION DE LA QUALITE DES ACTES UNIFORMES

La procédure législative est l'ensemble des actes successivement accomplis, par le Gouvernement et le Parlement, pour parvenir à la création d'actes de valeur législative, la loi, et lui assure son entrée en vigueur.

Il existe plusieurs façons de créer la loi et ce, très souvent, en fonction de la matière traitée par celle-ci.

De façon générale, le processus législatif est en principe conduit par le pouvoir législatif, même si dans bien des cas, ce processus fait activement participer le pouvoir exécutif à la production normative, ce qui, au plan pratique, confère une certaine ascendance au pouvoir exécutif.

S'agissant du Traité OHADA, il faut

rappeler que le dispositif juridique qu'il instaure est d'une simplicité remarquable.

Le Traité présente ainsi les instruments par lesquels se réalisera l'intégration juridique (les Actes Uniformes) et les organes chargés de la supervision de la mise en œuvre du projet, du contrôle de l'application des Actes et de la vulgarisation du droit harmonisé<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> <http://www.lanouvelletribune.info/index.php/societe/vie-societale/191-construction-dun-etat-de-droit>

<sup>7</sup> <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=321> (COMPRENDRE L'ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES (O.H.A.D.A.) de **Alhousseini MOULOUL**)

C'est en novembre 1992 que les Ministres en charge de la Justice, réunis à Dakar (Sénégal), ont décidé de créer dans chaque Etat-partie, une Commission Nationale OHADA chargée de contribuer à l'étude des Actes Uniformes.

C'est bien à cette suite qu'à l'occasion du premier séminaire tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) les 14 et 15 mars 1994, la méthode de travail commune de création des Actes Uniformes a été adoptée :

- Le Secrétariat Permanent prépare les projets d'Actes Uniformes qu'il propose aux Gouvernements des Etats parties,

- Les Gouvernements disposent alors d'un délai de quatre-vingt-dix (90) jours pour transmettre leurs observations au Secrétariat Permanent,

- Aux termes de l'article 7 al 2 du Traité révisé, ce délai « *peut être prorogé d'une durée équivalente en fonction des circonstances et de la nature du texte à adopter, à la diligence du Secrétariat Permanent* »,

- A l'expiration du délai imparti, le Secrétaire Permanent établit un rapport auquel il joint les observations des Gouvernements et le projet d'Acte Uniforme,

- l'ensemble est transmis à la CCJA qui dispose d'un délai de

soixante (60) jours pour émettre son avis,

- Au terme de ce délai de soixante (60) jours, le Secrétaire Permanent prépare le texte définitif du projet d'Acte Uniforme qu'il propose à l'ordre du jour de la prochaine session du Conseil des Ministres.



On peut alors remarquer que quatre (04) organes interviennent dans la préparation des Actes Uniformes : le Secrétariat Permanent, les Commissions Nationales (Etats partie) et la CCJA, avant qu'ils ne soient adoptés par le Conseil des Ministres de l'OHADA.

A la différence du processus législatif classique et ordinaire, la procédure mise en place dans le cadre de l'OHADA ôte aux Parlements et aux organes de l'exécutif leurs pouvoirs législatifs et réglementaires en ce que les Actes

Uniformes déterminent non seulement les principes généraux mais aussi leurs modalités d'application.

Ce mode de création d'acte à valeur législative retenu par l'OHADA est d'une originalité sans précédent. Cependant, il peut être reproché à une telle démarche la mise à l'écart, tout au long du processus de ces acteurs essentiels de l'OHADA que sont les professions juridiques et judiciaires. Est-ce à dire que ceux-là, par réticence ou par manque d'intérêts, sont exclus des « *forces vives de l'OHADA* »<sup>8</sup>.

Pour faciliter la réception du droit OHADA et sa cohérence avec le droit interne, l'implication des seules commissions nationales ne semble pas suffisante, en attendant d'« *uniformiser leur défectueux fonctionnement afin qu'elles soient les bras séculiers de l'action d'un Secrétariat Permanent plus ambitieux* »<sup>9</sup>.

Il est souhaitable que les professionnels du droit, du chiffre voire de la fiscalité demain, soient étroitement associés à l'élaboration des textes, dès la phase de conception, jusqu'à celle de révision et qu'ils soient à même de les évaluer également.

Le rôle de ces derniers ne devrait pas se limiter à la diffusion et à la mise en œuvre du droit OHADA, mais devrait aller bien au-delà pour intégrer leur présence tout le long du processus de création des Actes Uniformes.

<sup>8</sup> <http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/289/conference-forces-vives-ohada.pdf>

<sup>9</sup> <http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/481/rapport-general-orleans.pdf>



Pour ce faire, les professions juridiques et judiciaires doivent être dotées d'une réelle connaissance des difficultés pratiques relatives à l'application du droit OHADA dans les Etats parties et avoir une parfaite connaissance et/ou idée des attentes des autres acteurs, professionnels et usagers du droit OHADA.

Une telle connaissance, accumulée tout au long de leur exercice professionnel, pourrait bénéficier à considérablement améliorer un droit OHADA et faciliter ainsi une implication complète et totale des professionnels du droit dans son application.

Sans compter que cette implication active des professionnels du droit, dans le cadre du processus même de création ou d'amélioration des Actes Uniformes, est, sans aucun doute, le gage du renforcement de leur implication dans l'application du droit OHADA dont ils sont les acteurs et les promoteurs.

## B) LE RENFORCEMENT DE L'APPLICATION DU DROIT OHADA PAR LA FORMATION SPECIFIQUE ET COMPLEMENTAIRE DES PROFESSIONS JURIDIQUES ET JUDICIAIRES

Les normes ne sont rien sans une procédure et les professionnels sont eux-mêmes inutiles s'il leur arrivait d'être en méconnaissance des lois et des procédures.

En effet, pour que « *the law in the book* » (la loi dans les textes) se traduise dans la réalité par the « *law in action* » (le droit positif), il importe de développer une véritable culture juridique commune aux praticiens du droit applicable aux affaires.

Le nombre de colloques, de conférences et toutes les autres publications à l'échelle régionale et internationale déjà intervenus sur le droit OHADA en si peu de temps, traduit à la fois ce besoin de savoir et de formation et le bouillonnement culturel dans le sens d'une accélération.

La formation pratique constitue, en raison de son impact culturel

profond, durable et mesurable, un accompagnement indispensable au développement du droit OHADA et de sa bonne application.

Doter les professionnels de l'OHADA d'une culture commune passe inévitablement par leur assurer une formation commune et un perfectionnement dans le domaine du droit unifié des affaires.

Le manque de formation aurait eu pour effet immédiat de réduire et la valeur et la portée de ce droit ; notamment parce qu'il conduirait les juridictions nationales chargées de régler en première instance et en appel un important contentieux, relatif à l'application des Actes uniformes (article 13 du Traité de l'OHADA), à appliquer des normes internes en lieu et place de normes communautaires (qu'ils ne maîtrisent pas) qui devraient trouver à s'appliquer plutôt. C'est sans doute l'une des raisons qui explique, entre

autres, la faible production de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) qui n'aura rendu en matière contentieuse que environ 540 arrêts<sup>10</sup> qui ne peut rendre plus de décisions qu'elle n'ait saisie de pourvoi.

Aussi, quelle que soit la qualité de la formation professionnelle reçue au préalable par les magistrats, avocats, notaires et autres auxiliaires de justice, la nécessaire formation complémentaire, spécifique en droit communautaire OHADA est incontournable.

Dès l'avènement du droit OHADA, les observateurs n'ont pas manqué de faire part de leurs inquiétudes sur ce plan-là.

Inquiétudes devant un monde nouveau, pour lequel l'enseignement universitaire et/ou les écoles de formation n'ont très

<sup>10</sup> Chiffres communiqués par le greffe de la CCJA au 31 mars 2013

souvent guère préparé les praticiens de ce droit.

Ce manque de formation des praticiens faisait craindre une mauvaise application et une mauvaise utilisation du droit de type OHADA.

C'est pour se prémunir contre cela et dans une perspective d'uniformisation des pratiques que le législateur avait décidé de la création d'un établissement de formation interafricain, à même de faire prendre conscience aux professionnels du droit de l'intérêt de ce droit uniforme.

C'est ainsi qu'a été instituée l'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) basée à Porto- Novo, en République du Bénin. L'ERSUMA est destinée, selon les fondateurs de l'OHADA, à devenir une institution clef, bien que dépendante du Secrétariat Permanent.

Selon les termes mêmes de l'article 41 du traité, cette école concourt : « à la formation et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des Etats parties ».

Sur le plan pédagogique, le programme correspond au droit matériel OHADA. Cependant l'école n'assure pas à titre principal la formation professionnelle de base (formation initiale) des professions juridiques et judiciaires.

Mais, les professionnels ainsi formés

de la même manière sur le droit matériel uniforme, quel que soit le pays auquel ils appartiennent, constituent sans nul doute une garantie d'une bonne application du droit uniforme par les juridictions de première instance et d'appel des Etats parties, car statistiquement, les recours en cassation sont rares<sup>11</sup>.

Cette institution joue déjà un rôle non négligeable en ce qu'elle permet aux professionnels du droit des Etats membres d'avoir une formation « homogène », uniforme et d'acquérir ainsi une compétence homogène en droit des affaires. Cela dit, le système a ses limites car cette formation n'est pas obligatoire et l'accès à cette école est laissé à la diligence des autorités étatiques, qui proposent les candidats à la formation. Le nombre de professionnels proposés par pays nous paraît d'ailleurs assez limité.

On s'est également très vite rendu compte que l'ERSUMA à elle seule ne pouvait pas jouer ce rôle de formation pour tous les professionnels de l'espace OHADA, faute de moyens financiers suffisants.

A l'heure du bilan on peut dire que de nombreux professionnels ignorent encore le droit OHADA, ce qui nuit incontestablement à sa bonne application.

Il semble donc qu'il faille préconiser une nouvelle stratégie. Une formation délocalisée et individualisée, faiblement envisagée

déjà pour certains pays de la zone OHADA, identifiés comme ayant des problèmes communs d'application des normes communautaires.

Cela permettra de réduire les coûts de mise en œuvre des formations par la limitation des déplacements des séminaristes sur le site de l'ERSUMA, mais aussi, la mise en place de sessions de formation plus focalisées sur les difficultés propres à chaque Etat-partie.

Une nouvelle politique de sélection et de prise en charge des participants selon des critères plus ouverts devrait être établie. Ces critères devraient tenir compte des spécificités et des besoins de chaque Etat-partie pour être efficace.

Le recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication devra être encouragé avec la mise en place de formations à distance au moyen de visioconférence.

Les programmes doivent permettre de répondre aux besoins de formation spécialisée, identifiés dans les Etats- Parties. Ces programmes doivent également permettre aux professionnels, les moins impliqués dans la mise en œuvre du droit OHADA, de rattraper leur retard et de continuer à participer activement à l'application du droit communautaire.

<sup>11</sup> Voir renvoi précédent

Dans tous les cas, il est à espérer qu'à l'avenir, l'action de l'ERSUMA ne sera pas limitée à la formation des formateurs, mais au contraire, s'ouvrira à la formation initiale, en attendant d'en faire la grande école régionale de formation des professions juridiques et judiciaires africaines et de l'ensemble des juristes de la zone OHADA. Les moyens financiers de l'OHADA devront, dans ce cas, être à la hauteur d'une telle ambition.



La formation continue des professions juridiques et judiciaire participe donc également du renforcement de l'implication de ces derniers dans l'application du droit OHADA.

## II - UNE IMPLICATION IMPOSSIBLE DES PROFESSIONS JURIDIQUES ET JUDICIAIRES DANS L'APPLICATION DU DROIT OHADA

L'engagement sans cesse renouvelé d'une plus forte présence et implication des professionnels du droit, des chiffres voire de la fiscalité dans la sphère OHADA, commande en effet que pour une réelle application du droit uniforme, l'OHADA reconnaisse les

organisations professionnelles et les différents corps de métier représentatifs de ces professions.

L'implication des professions juridiques et judiciaires dans l'application et la mise en œuvre du droit OHADA est rendue quasi-

impossible du fait non seulement de l'absence de structuration communautaire de ces professionnels du droit (A), mais également de la non reconnaissance des organisations professionnelles par l'OHADA (B).



## A) UN CADRE D'EXERCICE PROFESSIONNEL JURIDIQUE ET JUDICIAIRE INADAPTÉ ET EN MARGE DE L'OHADA

Nonobstant l'œuvre déjà accomplie jusqu'ici par l'OHADA en matière d'unification juridique et judiciaire, les manquements actuels révèlent que cette organisation est limitée dans l'atteinte de la mission qui lui a été confiée.

L'application du droit OHADA devrait en principe s'envisager au plan communautaire et non se réduire au plan national.

Or, pour envisager l'application du droit OHADA au plan communautaire, il semble qu'il faille, au préalable, envisager l'exercice des professions juridiques et judiciaires également au plan communautaire.

Chaque pays a ses règles nationales propres régissant l'accès et l'exercice de la profession<sup>12</sup>. Les différents ordres professionnels sont régis par des lois nationales. Pour cause, il s'agit surtout d'organisme regroupant, sur un territoire donné, l'ensemble des membres d'une même profession, généralement exercée de manière libérale, et qui assure une forme de régulation de la profession en question.

Même si l'administration des ordres paraît autonome, c'est l'Etat qui leur confie le mandat de réglementer et de surveiller les activités professionnelles de sorte qu'ils sont

les intervenants de première ligne du système professionnel.

Le rôle des ordres encadrant les professionnels juridiques et judiciaires n'est plus à démontrer dans l'amélioration de la qualité du droit et dans la construction de l'Etat de droit.

C'est donc très difficilement que l'on pourrait concevoir une implication

réelle des professions du droit dans l'application du droit communautaire lorsque les ordres professionnels dans lesquels sont inscrites leurs actions sont quant à eux à la dimension nationale.

Par ailleurs, une telle implication semble quasi-impossible dans la mesure où ces ordres professionnels régis par les lois nationales sont, sur les plans communautaires, sans liens



<sup>12</sup> *La profession d'avocat dans l'espace francophone: principaux textes et documents*

entre eux, ni institutionnels encore moins fonctionnels.

Le cadre d'exercice professionnel semble donc complètement inadapté en ce qu'il faut impérativement, si l'on veut encourager l'application d'un droit communautaire, choisir d'inscrire le cadre d'exercice des professions juridiques et judiciaires dans une logique elle-même communautaire.

C'est en cela que les professions du droit pourront s'impliquer utilement dans l'application du droit OHADA.

***D'ailleurs, n'est-il pas illusoire d'attendre une implication véritable des professionnels du droit dont l'activité s'exerce dans un cadre purement national, pour renforcer l'application d'un droit OHADA qui, lui, s'exerce dans un cadre communautaire ?***

Si les professions juridiques et judiciaires ont un rôle à jouer dans la mise en œuvre du droit OHADA, c'est également à la condition que le rôle des ordres professionnels soit étendu au plan communautaire, pour une meilleure application d'un droit qui est lui aussi communautaire.

Dès lors, le cadre d'exercice des professions juridiques et judiciaires ne saurait rester en marge de l'OHADA sans que l'on ne prenne le risque de rendre impossible l'implication de ces derniers, dans le renforcement de l'application du droit OHADA.

Une telle approche mérite d'être soutenue sans réserve en ce que l'harmonisation des professions juridiques et judiciaires au sein de l'espace OHADA est une nécessité impérieuse dont les acteurs particuliers du procès ne peuvent faire l'économie.

A la réalité, dans le même temps qu'elles participent de manière éminente à des fonctions communautaires, les professionnels du droit, tels qu'ils existent dans l'espace OHADA, ont une activité structurée dans le cadre national et sur des bases nationales, ce qui implique naturellement une hétérogénéité à bien des égards.

De ce point de vue, l'espace juridique OHADA risque fortement d'être cloisonné, compartimenté par des barrières plus ou moins visibles, entre les Etats-parties, voire à l'intérieur de ceux-ci, et entre les différentes professions juridiques et judiciaires.

Le professionnel du droit dans l'espace OHADA vit un changement inexorable et une accélération exponentielle dans la pratique de sa profession qui ne connaît pas une simple évolution, mais une véritable révolution.

Seule une parfaite connaissance et une maîtrise complète des nouvelles normes et institutions communautaires permettraient de garantir une application efficace du droit des affaires en OHADA.

Seul un cadre d'exercice professionnel communautaire permettrait de jouer le rôle qui est celui des professions juridiques et judiciaires dans la mise en place des normes qui régissent le droit OHADA et garantir aux entreprises un accompagnement approprié à leurs besoins.

En fait, le professionnel du droit « communautaire » est un juriste, rattaché à un système juridique de l'un des Etats-parties. Mais, à côté de son droit national non harmonisé, ce praticien ne peut éviter un droit harmonisé déjà considérable, de par son volume et sa durée. Il ne pourra, dès lors, apporter une réelle contribution à la construction du droit harmonisé, que pour autant que les différentes professions nationales de cet espace communautaire s'organisent et se spécialisent, le tout pour se communautariser également.

On attend des professionnels du droit qu'ils jouent leur rôle en apportant leur contribution originale et essentielle à l'enrichissement et la construction du droit harmonisé des affaires pour en renforcer l'application.

Or cette contribution et implication décisive ne peuvent passer que par la mise en place d'un cadre communautaire pour l'exercice de leur profession.

## B) LA NÉCESSITÉ D'HARMONISER OU D'UNIFIER LE CADRE D'EXERCICE DES PROFESSIONS JURIDIQUES ET JUDICIAIRES

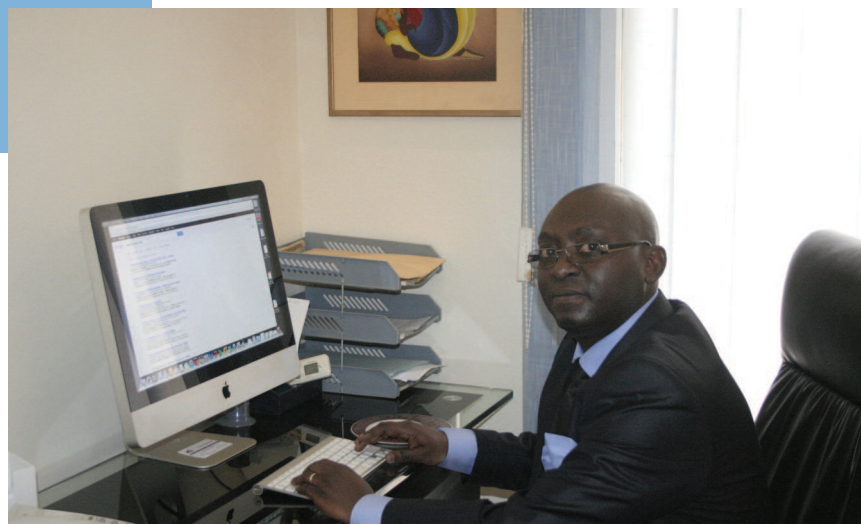
L'implication des professions juridique et judiciaire dans la réussite de l'application du droit OHADA et de sa mise en œuvre est un vœu pieux tant que ces derniers ne seront pas reconnus par l'organisation communautaire.

*En effet, de la même manière que l'on a unifié le droit, unifié la jurisprudence, ne faut-il pas unifier outre les conditions d'accès aux professions juridiques et judiciaires, par le biais de la formation, du niveau requis, des règles professionnelles et la gestion commune en les rattachant à la CCJA ?*

Il n'existe pas de professions juridiques et judiciaires spécialisés et répertoriés comme tels sur un tableau existant auprès de la CCJA, dans le contentieux des Actes uniformes au stade de la cassation. Il y a lieu de le regretter et de le déplorer.

L'absence d'ordres professionnels spécialisés, critiquée par une partie de la doctrine, n'est pas pour faciliter l'application du droit OHADA.

La qualité de la personne prétendant exercer par exemple le ministère d'Avocat devrait être sûre et garantie par des listes établies par les barreaux nationaux. Or, les textes de l'OHADA apparaissent tout de même limités quant à cette exigence.



Me Bérenger MEUKE

L'alinéa 1 de l'article 23 du Règlement de Procédure de la CCJA dispose tout simplement que : « *est admis à exercer ce ministère, toute personne pouvant se présenter en qualité d'avocat devant une juridiction de l'un des Etats-Parties au Traité. Il appartient à toute personne se prévalant de cette qualité d'en apporter la preuve à la Cour* ».

On ne peut pas dire que l'article 23 du Règlement, par l'imprécision de ses termes, va dans le sens d'une garantie absolue vis-à-vis du plaideur.

La qualité de la personne prétendant exercer cette profession ne doit pouvoir être remise en cause. Or, il n'appartient qu'aux différents barreaux nationaux d'établir de façon incontestable la liste de ces personnes devant être tenue à la disposition de la CCJA au niveau de chaque Etat-partie.

Certains observateurs proposent donc que les barreaux nationaux se regroupent dans un Conseil qui représenterait la profession auprès de la CCJA.

***La CCJA pourrait-elle continuer à fonctionner correctement sans un barreau spécialisé ?***

Il est incontestable, tout d'abord, que l'activité de l'Avocat auprès de l'instance de cassation n'est pas de même nature que celle qui s'exerce devant une juridiction du fond.

Cette activité requiert une compétence spéciale en la forme comme au fond. En la forme, l'Avocat doit être capable de mettre en jeu une technique particulière, fondée sur une procédure entièrement écrite basée sur la distinction du fait et du droit.



Au fond, l'activité auprès de la CCJA doit consister en une « *espèce fixée* » qu'il doit rattacher à une généralité de cas, aussi compréhensible que possible, pour dégager un principe général ayant un large domaine d'application.

Le recours en cassation n'est pas en effet, « *un super- appel* » ordinaire, mais une voie de recours extraordinaire au sens technique comme au sens figuré du terme.

Jacques Boré explique d'ailleurs que dans de nombreux pays, dotés d'une juridiction de cassation dont l'activité est gouvernée par la distinction du fait et du droit, l'idée s'est naturellement imposée qu'il était souhaitable, pour la bonne information et le libre choix des justiciables, de réserver la représentation de ceux-ci à des professionnels spécialisés, groupés en corps distincts ou inscrits à un tableau spécial.

Dans une communauté de droit qui se construit et se développe, les Avocats et les autres professionnels du droit OHADA occupent, ou devraient occuper, un rôle charnière. Ils sont aux avant- postes. Ce sont eux qui sont appelés à proposer aux juges des lectures plus ou moins audacieuses des Actes Uniformes de par les actes qui sont déferés devant le juge.

C'est à l'Avocat et aux professionnels du droit OHADA qu'il revient d'identifier et de faire émerger les éléments de droit uniforme de l'affaire dans laquelle ils assistent, représentent ou rédigent

pour le compte d'une partie, en première instance, devant une juridiction nationale, dans l'Etat où il a obtenu son habilitation, dans un Etat d'accueil ou en instance de cassation devant la juridiction supranationale.

Le juge supranational est tributaire, après tout, des affaires qui sont portées devant lui par les plaideurs, car le juge est lié par l'objet du litige, par les termes du litige, tels qu'ils sont déterminés par les prétentions des parties.

Les Avocats sont et doivent être les interprètes des préoccupations de leurs clients. Il leur revient donc de suggérer les solutions que commande l'invocabilité des Actes uniformes.

A ce propos, l'ancien Président de la Cour de Justice des Communautés

Européennes, le Danois Ole Due, faisait fort justement remarquer que : « *tous les grands principes du droit communautaire ou international qui nous semblent aujourd'hui si évidents, comme l'effet direct, la primauté du droit communautaire, le respect des droits fondamentaux, les droits de la défense ont été consacrés à l'occasion d'affaires dans lesquelles un avocat a identifié et a su convaincre le juge de la nécessité de le résoudre en formulant un principe général applicable non seulement de l'affaire en cause, mais aussi à celle en devenir* » .

Il est donc peut-être venu le moment pour les différents Barreaux des Etats-parties de l'espace OHADA, de prendre les dispositions nécessaires afin de mettre en place un ordre professionnel communautaire, un « *Barreau OHADA* » nécessaire pour faire face et accompagner la profonde mutation qu'a entraîné l'OHADA.

## ORDRE COMMUNAUTAIRE DES PROFESSIONS JURIDIQUES AUPRÈS DE LA CCJA

Une plus forte présence et implication des professionnels du droit, de la fiscalité et des chiffres dans l'application du droit OHADA doit pouvoir être réalisée à travers les organisations professionnelles qui doivent être elles-mêmes communautaires.

C'est dans une telle perspective que nous préconisons la mise en place d'un cadre communautaire OHADA d'exercice de chaque profession juridique et judiciaire, y compris des règles professionnelles et disciplinaires communes et la reconnaissance par l'OHADA des organisations professionnelles nationales.

## L'ENCADREMENT DU BAIL COMMERCIAL, LES HÉSITATIONS ENTRE PROTECTIONNISME ET LIBÉRALISME : Etude comparative France, USA, Canada, Ohada

### INTRODUCTION

Le thème abordé ci-dessous est si vaste et si complexe qu'il pourrait faire l'objet d'une thèse, si ce n'est pas déjà le cas. Large, parce qu'il requiert une analyse croisée de plusieurs systèmes de droit. Et sa complexité est due au fait que les systèmes étudiés, en dépit leur diversité, semblent à la fois proches et éloignés. Notre seule ambition est de revisiter les législations sur le bail commercial à la lumière d'un questionnement multiple.

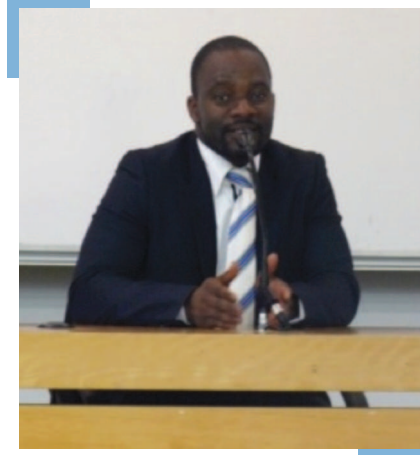
En cette matière particulière les législateurs font preuve d'une grande hésitation. Cela explique pourquoi les méthodes de régulation des rapports contractuels des bailleurs et preneurs commerciaux n'ont pas manqué de nourrir les polémiques au sein de la doctrine et des praticiens<sup>13</sup>.

Pourtant, les raisons de telles démarches hésitantes n'échappent à personne. Elles sont d'ordre socio-économique, d'où la difficulté de trouver un nécessaire juste milieu. Il n'est pas ici le lieu de reprendre par détail les motifs rendant la défense de l'ordre public socio-économique impérative. Mais on rappellera seulement que l'ordre public socio-économique demeure un concept flou qui, en réalité, trouve son

expression claire dans les mesures réglementaires (au sens large du terme). Or le propre même de ces mesures est de restreindre les conséquences ou la portée de la rencontre des volontés individuelles au risque de nuire à la liberté contractuelle. Le bail commercial fait partie de ces types d'actes dont l'encadrement ne peut pas dépendre de la seule volonté des parties. D'un autre côté, l'inflation législative est à bannir en la matière.

On comprend, dès lors, pourquoi la démarche des législateurs est hésitante alors même que ces derniers se doivent d'être rassurants. Ils le sont, certes, dans une certaine mesure, mais les cadres fixés sont soit trop rigides soit trop laxistes.

Il convient de modérer le propos ou du moins de ne pas aller vite en besogne en rendant un jugement hâtif. La nature hybride, mi-contrat mi-droit de propriété, de la relation bailleur-preneur et le soupçon d'un contrat d'adhésion, ayant longtemps prévalu, l'adoption d'une législation, tenant compte de l'évolution des contextes socio-économiques, n'est pas une tâche facile. Il est donc normal que les législateurs ânonnent. Et souvent les disparités de méthode limitent, ici et là, la valeur des comparaisons.



**Moussa DOUGOUNE**  
Docteur en Droit Privé  
Promoteur du  
Centre du Droit Bancaire et des Affaires

Le conflit d'intérêt, susceptible de naître du rapport bailleur-preneur, ne peut pas relever totalement de la sphère contractuelle puisque ce rapport est déséquilibré à l'origine par l'omnipotence du bailleur. Mais si la sphère contractuelle, en raison du déséquilibre originel, n'est pas propice à un encadrement efficace du bail commercial, les législateurs ne peuvent pas pour autant l'ignorer.

La loi sur le bail commercial ne peut, donc, être que le fruit d'une tractation perpétuelle entre les fervents défenseurs du droit de propriété, les adeptes de la théorie de l'autonomie de la volonté et partisans de l'interventionnisme législatif pour garantir la protection des agents économiques.

<sup>13</sup> J. GHESTIN, *les principaux contrats spéciaux* éd. L.DG.D.J 2012, p. 781 et s.

C'est dans ces circonstances qu'ont été adoptés la loi du 30 septembre 1953 en France et le « Landlord Tenant Act de 1954 » en Angleterre. Les différentes réformes législatives qui les ont suivies, ont été moins marquées par ces tractations puisque le protectionnisme avait séduit un plus grand nombre.

Toutefois, les dispositifs antérieurs aux années cinquante, le Landlord Tenant Act de 1927 et la loi du 30 juin 1926 en France, demeuraient empreints d'une vision attachée au caractère sacro-saint de la propriété même si à l'époque on a voulu accroître la protection du locataire. Des décennies plus tard, leur marque indélébile est toujours identifiable. En effet, il a fallu attendre les années 50 pour que se mette en place un cordon de sécurité autour du commerçant exploitant un fonds de commerce.

Pendant ce temps, aux Etats-Unis, les commerçants n'avaient pas de faveur particulière puisque le « *Judge Made Rule* » laissait une grande place à l'expression des volontés individuelles. Le problème était et est très complexe puisque les divergences d'opinion entre les différentes juridictions ne sont pas rares, étant donné que la matière relève de la compétence de chaque Etat. Le droit de propriété est une matière étatique, il ne peut donc pas exister au niveau national un modèle législatif unique.

Il convient de rappeler que jusqu'en 1954, au Royaume Uni comme aux USA, le bail commercial était considéré comme la résultante d'un transfert d'un « *Interest in Property* », un droit réel. Ce libéralisme était plus protecteur à l'égard du bailleur puisqu'il était marqué du sceau du droit de propriété. Il a fallu attendre le « *Landlord Tenant Act* » de 1954 pour qu'un regard neuf et plutôt compatissant au sentiment d'insécurité qu'éprouve le locataire soit jeté sur la situation particulière des preneurs commerçants.

Pour le droit Ohada, cette nouvelle (datant de 1995 donc très peu d'antécédent historique) « *législation* » dont les principes directeurs sont inspirés des règles d'autres législations contemporaines, les difficultés sont moindres en théorie. En effet, les rédacteurs de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général (AUDCG) n'ont pas eu à sillonner plusieurs lieux pour trouver un cadre législatif au bail commercial. Pourtant ce droit n'échappe pas aux critiques pour deux raisons : il n'a pas su pallier les imperfections inhérentes aux méthodes reproduites et il peine à s'adapter aux réalités locales.

On lui reconnaît, tout de même, le mérite d'emboîter timidement le pas aux prédécesseurs et de privilégier une approche essentiellement protectionniste en dépit des terminologies utilisées dans le titre du livre VI de l'AUDCG.

Le texte parle de « *Bail à usage professionnel et fonds de commerce* ». Le juriste français pourrait prendre cela comme une ambiguïté verbeuse mais en réalité ce n'est ni plus ni moins que l'expression d'une volonté non équivoque d'étendre le protectionnisme au-delà du critère de commercialité. Les rédacteurs n'ont pas jugé utile de distinguer le statut des baux commerciaux de celui des baux professionnels. Le désir de rééquilibrer les rapports entre bailleur-preneur, voire protéger le locataire, est récurrent et profite indistinctement aussi bien aux professions autres que commerçants.

Cette approche s'inspire des modèles anglo-saxons et pourrait bien séduire le législateur français dans un futur proche. En effet, en offrant la possibilité<sup>14</sup> aux parties, à un professionnel<sup>15</sup>, de conclure un bail commercial, le législateur du 4 août 2008 a, peut-être, ouvert la voie à un cheminement inexorable vers l'extension des personnes concernées par le statut des baux commerciaux. Et le III ajouté à l'article L 145-1 du Code de commerce, accordant éventuellement<sup>16</sup> le bénéfice du statut des baux commerciaux aux colocataires non-exploitants et non immatriculés, semble confirmer la généralisation du protectionnisme législatif.

Toutefois, la portée de ce protectionnisme, ne serait-ce que

<sup>14</sup> Une dérogation expresse à l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986.

<sup>15</sup> Art. L 145-2-I Code de commerce

<sup>16</sup> Selon la lecture que l'on peut faire dudit texte. V. Jehan-Denis BARBIER, *La réforme du statut des baux commerciaux*

<http://www.barbieravocats.com/pages/doctrine-cabinet-barbier-avocat-de-la-cours.cfm?id=38>



par égard pour l'absolutisme du droit de propriété, ne peut être que relativisée. Par protectionnisme, il est, bien évidemment, fait allusion à cette politique visant à prévoir un cadre formel duquel doivent nécessairement s'inspirer les rédacteurs du bail commercial afin de garantir un minimum de droit au locataire. Ce formalisme reflète le désir profond de ne pas laisser le commerçant à la merci du bailleur-propriétaire. Le devoir régalien de l'état de protéger les agents économiques se trouve dès lors au cœur du débat. Ce dernier s'articule

autour de plusieurs questions cruciales dont les réponses ne s'imposent pas avec évidence. Le bail commercial est au centre des interrogations.

S'agit-il d'un contrat d'adhésion ? Tout porte à croire qu'il n'en est rien et on peut en être heureux. Cette affirmation conduit à privilégier sa nature contractuelle. Cela étant dit, le bail commercial est-il vraiment un acte issu de la négociation ? Si effectivement négociation il y a, les parties y ont-elles pris part à armes égales ?

Une réponse affirmative rendrait difficile la justification d'une incursion intermittente du protectionnisme dans une logique à dominance libéraliste (I). Mais si l'âpre négociation accouchant du bail commercial est une manifestation certaine et concrète de la liberté contractuelle, le libéralisme est éprouvé par l'éclosion du protectionnisme dans une logique de coexistence de droits antagoniques (II).

## I - L'INCURSION DU PROTECTIONNISME DANS UNE LOGIQUE À DOMINANCE LIBÉRALISTE

Le bail, comme tout autre contrat, obéit à la loi de l'offre et de la demande. Les premières conditions sont posées par le bailleur. Il invite le locataire à y adhérer. Le bail commercial n'est certes plus l'œuvre exclusif du bailleur mais il n'en demeure pas moins l'artisan principal. Le législateur tente donc de s'immiscer dans cette relation pour apporter au locataire une certaine sécurité. Cette immixtion se traduit par la conception de dispositifs s'inscrivant dans une logique de dépassement du paradigme du droit de propriété (A), et cela aura pour conséquence de rééquilibrer, au demeurant, les rapports contractuels (B).

### A) LE DÉPASSEMENT DU PARADIGME DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

La définition classique du droit de propriété en France est fournie à l'article 544 du Code civil selon lequel « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements* ». Cette reprise de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont le contenu a été, à plusieurs reprises, érigé au rang de principes généraux,

pourrait conférer au bailleur un droit absolu sur la chose qu'il met en location. Cela supposerait une seule analyse, celle du bail à travers le prisme de la propriété.

Mais une telle analyse, quoiqu'elle soit juridiquement et logiquement concevable dans une certaine mesure, nuirait aux intérêts de toutes les parties.

L'encadrement du bail commercial,

suppose donc un dépassement de l'absolutisme du droit de propriété, cela se traduit concrètement par l'abandon de l'analyse du bail à travers le paradigme de la propriété (1). De manière générale, cet abandon est définitivement consacré en partie. Un abandon partiel laisse pourtant subsister un doute. Le bail commercial n'est certes plus l'œuvre exclusif du bailleur mais il n'en demeure pas moins l'artisan principal. Cela amoindrit la capacité

négociatrice du locataire. Fort heureusement la théorie du bail, contrat d'adhésion, est réfutable et réfutée (2).

### 1 - L'abandon de l'analyse du bail à travers le prisme du droit de propriété

Analyser le bail commercial à travers le prisme de la propriété reviendrait à considérer que le propriétaire a le droit d'user de la façon la plus absolue de son bien. Cela est en partie exact, quoiqu'il faille nuancer le propos.

Louer au prix voulu, la partie de son choix, au locataire de son choix et exiger la restitution du bien en temps voulu, telles devraient être les prérogatives inhérentes à la propriété. C'est du moins ce qui résulterait d'une acception inconditionnelle des théories faisant de la propriété une prolongation de la liberté individuelle ou lui conférant une fonction sociale.

Pourtant une législation qui s'inscrirait dans cette logique se justifierait difficilement. Deux raisons permettent de justifier cette affirmation. Primo, la liberté individuelle ne se conçoit qu'à travers les libertés fondamentales d'autres individus. La liberté du bailleur ne se conçoit qu'à la limite

de celle du locataire. Secundo, donner à bail son bien, c'est également exercer sa liberté individuelle, voire la limiter. En donnant à bail son local, le propriétaire jouit de sa liberté.

Les restrictions apportées à l'absolutisme se justifient, alors, par le fait que deux libertés sont en concurrence. En somme, le droit conféré au preneur en raison du contrat de location, serait une prolongation de sa liberté individuelle. Sa sphère et ses limites sont déterminées par celles de la liberté du bailleur.

Donc, pour oser le protectionnisme, il faut éviter l'enlèvement insidieux dans le paradigme du droit de propriété.

En « *Common Law*<sup>17</sup> », la jurisprudence<sup>18</sup> considérait que le bailleur transférait l'exclusivité de la possession de son bien lorsqu'il le mettait en location. Cela conférerait au locataire le même droit qu'un usufruitier. Le rapport bailleur-preneur commercial obéissait alors à une logique inhérente au droit des biens. L'approche n'était pas forcément protectrice des droits du locataire puisque les clauses du bail étaient indépendantes de sorte que le non-respect d'une clause par le bailleur n'exonérait pas le locataire du paiement des loyers<sup>19</sup>. Pourtant,

le non-paiement d'un loyer autorisait, la plupart du temps, le bailleur à invoquer la déchéance du terme, « *The Acceleration* ».

L'approche moderne oscille entre le droit des biens et le contractualisme<sup>20</sup>. L'aspect droit des biens se manifeste à travers la possibilité pour le créancier hypothécaire (Mortgagor) d'obtenir une sûreté sur la tenure du bail (leasehold mortgage). Contrairement, par exemple, au droit Québécois, où l'approche contractuelle limite le gage du créancier hypothécaire aux meubles corporels. L'aspect contractuel<sup>21</sup> pourrait être l'interdépendance des clauses du bail permettant au locataire de se soustraire de ses obligations si le bailleur ne respecte pas l'une des stipulations contractuelles. Le revers de la médaille, pour le locataire en cas de défaillance, serait de voir le bailleur renoncer au contrat de façon anticipée, « *Anticipatory Repudiation*<sup>22</sup> », en l'absence de toute clause de déchéance. La notion « *Anticipatory Repudiation* » s'inscrit plus dans une logique contractuelle qui autorise le cocontractant à renoncer au contrat en cas de doute sur l'aptitude de l'autre à exécuter ses obligations.

Le protectionnisme naît donc avec cette approche mi-droit des biens

17 MILTON R. FRIEDMAN & PATRICK A. RANDOLPH, JR., *FRIEDMAN on leases* § 4.1, at 4-18 (Patrick A. Randolph, Jr., ed., 5th ed. 2005).

18 *Spencer Inc., Inc., v. Chuck Bohn*, 923 P.2d 140 (Colo. Ct. App. 1995).

19 AMERICAN LAW OF PROPERTY §3.11 at 203.

20 v. **Roger B. Chard** and **Lawrence Shoffner**, *Michigan Lease Drafting and Landlord-Tenant Law*

<http://www.icle.org/modules/books/chapter.aspx?chapter=3&book=2002557114&lib=RealProperty&sections=1&from=store>

21 E. ALLEN FARNSWORTH, *CONTRACTS* § 7.15-.17 (2ed. 1990).

22 v. *Roberta R. Kwall*, *Retained Jurisdiction in Damages Action Based on Anticipatory Breach: a Missing Link in Landlord Tenant Law*, 37 *Case W. Rev.* 173,277 (1986).

mi-contrat. Le locataire obtient un droit concurrentiel. En l'exerçant, le droit du locataire entre en concurrence avec celui du bailleur.

Du côté français, dès 1926 il y a un changement dans les approches législatives, généralement suivies par les tribunaux. Le statut de baux commerciaux rimait de plus en plus avec un protectionnisme tatillonnant. Le dogme de la propriété a dû être revisité et repensé à partir de 1953. Le législateur français a privilégié une approche contractuelle tout en étant attaché à la protection du commerçant. Mais une étude rétrospective nous enseigne que jusqu'en 1989, le juge était l'artisan principal de la construction d'un cadre protecteur réservé aux commerçants. Y avait-il chez le législateur une incapacité de quitter, peu ou prou, le paradigme de la propriété ? C'était fort probable dans la mesure où il n'avait pas prévu l'extension du domaine d'application et des bénéficiaires du statut protecteur, limitant ainsi les restrictions au droit du bailleur. Il a fallu que le juge s'en charge.

La jurisprudence, en dépit du vide juridique, admettait que les parties puissent assujettir leur rapport aux statuts de baux commerciaux même si le locataire n'était pas commerçant<sup>23</sup>. Le juge du fond avait

la liberté d'apprécier l'existence et la portée d'un tel accord<sup>24</sup>. L'approche est très protectrice puisque le locataire pouvait bénéficier du statut de baux commerciaux sans avoir la qualité de commerçant. Et il suffisait de démontrer que le bailleur n'avait manifesté sa volonté de se prévaloir des conditions auxquelles est subordonné le bénéfice du statut<sup>25</sup>. Enfin, le bail commercial pouvait simplement résulter d'un maintien dans les lieux au-delà du terme convenu<sup>26</sup> dans le bail dérogoire. Et une renonciation au bénéfice du statut de baux commerciaux antérieurement au terme du bail dérogoire n'avait pas d'effet<sup>27</sup>.

On constate, alors, dans les pays concernés une certaine tendance à vouloir dépasser le paradigme de la propriété au profit d'approches plus ou moins protectionnistes. Ce dépassement se fait, toutefois souvent, avec hésitation au point qu'on pourrait soupçonner que l'aspect protectionniste ne serait qu'une apparence. En effet, le déséquilibre originel dans la relation des parties laisse supposer qu'il y aurait, plutôt, l'adhésion du locataire au contrat de bail, qu'un véritable contrat consensuel dont les clauses seraient limitées par la loi.

Mais le processus d'élaboration de ce contrat, en dépit des précisions

législatives parcimonieuses, conduit à réfuter la théorie du bail contrat d'adhésion.

## 2 - Le refus de la théorie du bail contrat d'adhésion

Il y a lieu, à ce stade, de s'affranchir de cette vrai-fausse opinion selon laquelle le bail commercial serait un contrat d'adhésion afin de répondre véritablement aux différentes interrogations que son encadrement suscite.

La position du législateur français peut être recherchée dans les différentes affirmations et prohibitions contenues dans l'article L 145-1 et suivants du Code de commerce. On mentionnera, en premier lieu, la disposition<sup>28</sup> selon laquelle « *sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre....* ». Elle est particulièrement intéressante parce qu'elle fixe d'avance les conditions dans lesquelles va naître la propriété commerciale. Donc le bailleur ne peut pas se contenter de rédiger des clauses qui lui sont favorables et solliciter l'adhésion du futur locataire. Cette insistance particulière, « *nuls et de nul effet* », montre bien qu'on est loin du contrat d'adhésion. L'adhésion du locataire, aux arrangements

23 Cass. Civ. 8 déc. 1982, Gaz. Pal. 1983.1, panor. P.111

24 Cass. Civ. 3 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989.1.4-JCP 1989.IV.2

25 Cass. Civ. 4 mars 1987, Gaz. Pal. 1987.1, panor. P.117.

26 Cass. Civ. 3, 20 fév. 1985, Gaz. Pal. 1985.2, panor, p. 274.

27 Cass. Civ. 20 févr. 1985, Rev. Loy. 1985.291-JCP éd. C. 1986.II.20639.

28 Art. L 145-15 du Code de commerce



imaginés par le bailleur, ne suffit pas à écarter les effets de telles dispositions et ce d'autant plus que ces dernières sont d'ordre public.

Le protectionnisme semble omniprésent dans l'esprit de la loi et les dispositions visent expressément ce que peuvent ou ne peuvent pas faire les parties en cours de bail. Or le « bail » n'est pas un « *ovni* ». Il ne vient pas de nulle part. Son élaboration est le fruit d'un processus complexe dont la première étape est la recherche d'un accord préalable, le « *pré-bail* ».

Durant cette phase, « *pré-bail* », où le locataire n'a nulle propriété, au nom de quoi s'organise la protection décidée par les législateurs ? Difficile à dire mais tentons un raisonnement.

Avant la naissance de la propriété commerciale, le locataire n'a pas de droit de propriété. Il a, tout au plus, un projet d'acquisition de la propriété commerciale. Pourtant il semble pouvoir bénéficier d'une protection accrue. N'y voyons rien de paradoxal mais simplement une stratégie voulue par les législateurs pour créer les conditions utiles à l'acquisition de la propriété future. Dès lors, on est en présence de deux droits de propriété en concurrence. Un droit de propriété réel, celui du bailleur, et d'un potentiel droit de propriété « *futur et fictif* », puisque portant sur une notion renvoyant à une universalité (le fonds de commerce conférant un droit au

renouvellement du bail), font l'objet de cette protection.

Le titulaire de la propriété « *future et fictive* », quoique son droit soit éventuel, va, dès la phase de négociation du bail, jouir de la protection du législateur à travers l'institution d'une obligation de négocier de bonne foi.

Quel serait alors le lien entre le contrat d'adhésion et l'obligation de négocier de bonne foi? La réponse n'est pas si évidente mais elle est simple. Au premier contact, le bailleur élabore un projet de contrat qu'il soumet au futur locataire. La négociation commence sur la base de ce projet, donc on peut imaginer que le bailleur sollicite l'adhésion du locataire.

Obliger les parties à négocier de bonne foi revient à prévenir les situations de chantage. En effet, un bailleur pourra toujours contraindre le locataire (dans le besoin) à adhérer au projet de bail en prétextant la présence d'un auteur preneur intéressé. Le locataire qui ne souhaite pas rater cette belle occasion adhérerait alors au projet qu'il aurait souhaité modifier.

Pour prévenir ce type de chantage ou même réduire la facilité de rétractation du bailleur sur de faux prétextes, alors même que le locataire a engagé des frais pour entamer les pourparlers, il semble possible d'avoir recours au droit commun<sup>29</sup> pour encadrer cette

phase « *pré-bail* ». Les parties se voient imposer un devoir de négocier de bonne foi.

Une telle obligation emporte prohibition, pour les parties, d'entrer en négociation et de s'en détourner de manière abusive. Il est, donc naturel, de se demander pourquoi imposer au bailleur une obligation de négocier de bonne foi puisqu'il jouit d'un droit absolu sur le bien objet de sa propriété. En effet, une telle obligation constitue une grave atteinte à son droit de propriété. Mais il n'est nul besoin de rappeler son importance. Pourtant les législateurs se gardent de prendre position ou le font de manière détournée. La raison paraît évidente, à ce stade il n'y a guère d'engagement contractuel mais la question semble diviser la doctrine. On sait l'abondance des débats sur la question des obligations précontractuelles.

Dans l'avant-projet rédigé sous la direction de Pierre Catala, l'article 1104 dispose : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties* ».

Pourtant le vide juridique est constatable et l'hésitation perceptible puisque cette phase précontractuelle pourra éventuellement relever du droit commun en raison de l'imprécision

29 Art. 1134 Code civil

du contenu de l'obligation de bonne<sup>30</sup> foi. Mais le vrai problème c'est que cette obligation est explicitement relative à l'exécution du contrat et non à sa formation. Elle pourrait difficilement être invoquée pour faire échec à une tentative du bailleur d'obtenir l'adhésion forcée du locataire à son projet de bail.

En réalité, c'est le juge (français, américain ou canadien) qui fait son affaire de la régulation des rapports du potentiel bailleur et preneur. L'absence d'indication spécifique fournie par le législateur favorise la casuistique tant les éléments d'appréciations sont subjectifs. Ainsi le bailleur qui solliciterait l'adhésion du futur locataire à son projet, en menaçant de s'adresser à un nouveau prétendant pourrait être condamné par le juge.

Il n'est pas non plus exclu qu'un locataire encourt la sanction pour rupture abusive des pourparlers même si le contrat proposé par le bail s'apparente à un contrat d'adhésion.

C'est ainsi qu'en jurisprudence canadienne (Québec) un propriétaire a pu obtenir dédommagement en raison de la rupture abusive commis par le futur locataire. Le tribunal<sup>31</sup> a reconnu que : « *S'est soustraite à ses engagements contractuels et a omis de satisfaire à son obligation de bonne foi,*

*la personne qui refuse la signature du bail commercial après avoir accepté une offre de contrat sans communiquer les raisons de son désaccord même si le projet de bail comprenait plusieurs clauses qui n'ont pas été négociées ou acceptées au préalable par les parties et, en particulier, l'ajout de stipulations concernant diverses garanties exigées du propriétaire ; si elle n'avait pas l'obligation d'accepter ces clauses exorbitantes de l'entente de location, elle avait l'obligation d'informer le propriétaire de sa position, de lui faire connaître de manière diligente les clauses avec lesquelles elle était en désaccord dès lors qu'il n'est pas rare qu'un bail commercial contienne des stipulations additionnelles à celles mentionnées dans une offre de location et en particulier des clauses de garanties non exceptionnelles ni abusives ».*

Pour trancher un éventuel conflit, le juge américain recherche dans la « *Letter of Intent* », un engagement quelconque pris par les parties. La jurisprudence abonde et se contredit en la matière. Certains tribunaux se focalisent sur la qualité des parties, d'autres sur les termes employés<sup>32</sup> dans la « *Letter of Intent* ». C'est au rédacteur de l'acte, si les parties ne souhaitent pas s'engager dès les premières rencontres, de mesurer les termes qu'il emploie. La partie qui invoque l'existence de l'obligation de négocier, se prévaut généralement du « *Restatement Second 205* », lequel impose « *a duty of good faith and Fair dealing*<sup>33</sup> ».

Cette « *Letter of Intente* » aura d'autant plus de force lorsqu'elle contient des stipulations précises et une détermination des éléments essentiels du bail. Or, lesdits éléments doivent être déterminés selon les prescriptions législatives. La loi encadre donc la liberté de détermination des éléments essentiels du bail, une autre marque du protectionnisme.

Mais à qui profite-t-il réellement ? D'aucun pourrait désigner, sans hésitation, le locataire eu égard à la rupture définitive, à la fois, avec un contractualisme pur et le paradigme du droit de propriété. Nous sommes plutôt d'avis de voir dans les approches modernes des moyens de rééquilibrer les rapports contractuels, au besoin par une interpolation.



30 *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, no 272 et suiv.

31 *Cour supérieure Québec* 26 -6-2008 2424-8643 *Québec Inc. c. Sam Lévy & Associés inc.*, 2008 QCCS 2789

32 *W.R. Grace & Co.- Conn. V Taco Tico Acquisition Corp. Et al.*, 216 Ga App. 423, 454 W.E. 2d 789 (1995) ; *Warwick Associates v. FAI Insurance Limited, et al*, 275 A.D.2d 653, 713 N.Y.S.2d 178 (Sup. Ct App Div 1st dept 2000).

33 *Une obligation d'exécuter de bonne foi et un comportement juste.*

## B - LE RÉÉQUILIBRAGE DES RAPPORTS CONTRACTUELS PAR L'INTERPOLATION

D'une manière générale, et ce peu importe la législation concernée, les parties sont autorisées à introduire des clauses qui leur tiennent à cœur. C'est une marque certaine du libéralisme. Cette liberté demeure strictement encadrée lorsque sont concernés certains éléments que l'on peut catégoriser selon qu'ils concernent le statut primaire du bail commercial (1) ou selon qu'ils touchent ou non au devenir du bail après la naissance de la propriété commerciale (2).

### 1 - L'encadrement de la liberté de détermination du statut primaire

Bien que l'expression statut primaire paraisse inappropriée, elle permet de qualifier les « règles minimales » que l'appellation bail commercial engendre. Il s'agit notamment de la détermination de la durée, de la mise à disposition de la chose louée et de la méthode de résiliation du bail.

S'agissant d'abord de la durée, et bien, le droit français se distingue de par sa spécificité. Celle-ci consiste en l'institution d'une durée minimum de neuf ans<sup>34</sup>, sauf conclusion d'un bail dérogoire<sup>35</sup>. La rigueur de la règle, supposée protéger le locataire, est telle qu'il fallait aménager une porte de sortie pour les parties. Le bailleur est tenu de laisser à la disposition du locataire le bien pendant neuf mois mais le locataire est libre de dénoncer son bail par période triennale avec un préavis de six mois. Cette dernière formalité est absente en droit américain<sup>36</sup>, ce qui rend le modèle d'autant plus libérale puisque la durée du bail est fixée par accord. Lorsque le terme arrive, aucune des parties n'est tenue de notifier congé, sous réserve de l'existence d'une stipulation contractuelle.

Les sorties aménagées<sup>37</sup> par le législateur français pallient, en quelque sorte, les difficultés relatives à la durée du bail. La sécurité

recherchée par le locataire, et souvent par le bailleur<sup>38</sup>, peut souvent être source d'ennui. Si les affaires du locataire ne marchent pas, il sera tenu de payer son loyer jusqu'au terme du bail, du moins jusqu'à la fin de la période triennale.

Ce souci, mineur par rapport à la sécurité du locataire, ne se rencontre pas en droit américain ni en droit Ohada. Le législateur français a fait un choix que l'on est libre d'approuver ou non, mais ce choix est sécuritaire. Le droit américain et Ohada<sup>39</sup> laissent aux parties le soin de fixer la durée du bail<sup>40</sup>. Cette souplesse, en plus de l'absence<sup>41</sup> de distinction entre bail commercial et bail professionnel, rapproche les deux dernières législations et les éloigne du droit français. Elle pourrait, on peut le regretter, favoriser la prolifération des baux précaires.

En droit Ohada l'absence d'écrit permet la qualification du bail en

34 L. 145-4 Code de commerce

35 Art. L 145-5 Code de commerce

36 Daniel B. BOGART, Celest HAMMOND, *Commercial leasing, a transactional primer*, Carolina Academic Press, ed. 2007, p.41.

37 Le locataire dispose de la faculté de résiliation anticipée triennale. Après chaque période de 3 ans, il peut mettre fin au contrat de bail, simplement en donnant congé au minimum 6 mois avant, au bailleur. Il n'a pas à fournir de motif pour cette résiliation. Il est possible que le locataire renonce à cette faculté par stipulation contractuelle. Les parties peuvent en subordonner l'exercice au versement d'une indemnité au profit du bailleur (Cass. civ. 3ème, 21 juin 1995, JCP E 1995, II, 743, n. Auque)

Le locataire dispose également de la faculté de résilier son contrat de bail dans les cas où, il part à la retraite ou, quand il devient invalide. Cette résiliation peut intervenir à tout moment, il faut cependant respecter 6 mois de préavis.

Le bailleur dispose lui aussi de la faculté de résiliation triennale, mais, elle n'est possible qu'en cas de reconstruction de l'immeuble, de surélévation ou de restauration de celui-ci.

38 Il veut avoir l'assurance que son bien sera occupé de manière stable ce qui lui permettra de rembourser son prêt.

39 Art. 104 de l'Acte Uniform portant organisation de droit commercial général.

40 Art. 104 AUDC

41 Art. 103 de l'Acte Uniform portant organisation de droit commercial général.

contrat à durée indéterminée<sup>42</sup>. Le bail est donc soit à durée déterminée soit à durée indéterminée, à l'instar du droit canadien<sup>43</sup> (Québec). Le libéralisme est prépondérant en la matière et il est source d'incertitude. Mais la bonne nouvelle pour les parties c'est qu'en l'absence de possibilité de dénonciation triennale, telle en droit français, la résiliation du bail peut être obtenue à tout moment<sup>44</sup>, à condition de respecter un préavis de six mois<sup>45</sup>. La souplesse est remarquable mais le processus est complexe puisque le locataire bénéficiaire du droit au renouvellement peut s'opposer au congé signifié par le bailleur.

On remarque qu'une grande confusion règne à certains égards. En effet, dans un bail à durée indéterminée il n'est nul besoin de conférer un droit au renouvellement au locataire puisqu'un tel bail n'a pas de terme<sup>46</sup>. Cela rappelle, bien que les circonstances soient différentes, l'article 145-9 alinéa 2 du Code de commerce français, selon lequel la tacite reconduction du bail, après expiration, entraîne une requalification en bail à durée indéterminée. Le congédiement n'intervient après reconduction qu'au terme d'un préavis de six et

pour le dernier jour du trimestre civil. La loi de modernisation de l'économie a effectué une retouche fine à l'article L 145-9 du Code de commerce en supprimant la référence aux usages locaux.

Mais ces deux législations semblent se démarquer du droit américain, sur ce point. En effet, ce dernier conçoit la reconduction tacite en matière de bail à usage d'habitation où le bail est « *Periodic in nature*<sup>47</sup> ». Cela signifie que l'arrivée du terme, à moins que l'une des parties ne notifie congé, reconduit le bail. Mais en matière commerciale, seule une clause contractuelle pourrait éventuellement avoir cet effet. Les usages locaux font office de référence, cette matière étant essentiellement jurisprudentielle.

Pour en revenir à l'Acte Uniforme en droit Ohada prévoyant la possibilité de requalifier le bail, on est en droit de s'interroger qui du bailleur et du locataire la loi semble protéger puisque cette approche, en apparence libérale, demeure empreinte d'un protectionnisme déguisé. En effet, la requalification du bail vise à assurer une certaine stabilité qui pourrait profiter aux deux parties.

Le législateur se veut à la fois protecteur à l'égard du locataire et promoteur du contractualisme.

Quant à la fixation du loyer, elle relève de la liberté contractuelle mais en réalité le bailleur est maître du jeu. La véracité de ce propos est, il convient de le reconnaître, toute relative.

Le statut<sup>48</sup> des baux commerciaux en France impose la prise en compte de la valeur locative (estimée par un expert ou un juge d'où l'appellation valeur locative judiciaire ou statutaire) en cas de conflit. Cumulée avec le principe du plafonnement<sup>49</sup>, la règle de la valeur locative vient sensiblement réduire la liberté de fixation, ou du moins, d'évolution du prix du bail. Seulement, ces deux notions ou principes ne trouvent lieu à s'appliquer qu'au moment du renouvellement ou de la révision<sup>50</sup>. Dès lors il est permis de penser que la protection voulue par le législateur perd un peu de son intensité en raison de la prépondérance du contractualisme, bénéfique au bailleur, au moment de la conclusion du bail. Et l'on sait qu'en vertu de cette liberté, le loyer renouvelé peut être fixé d'avance

42 Art. 104 AUDC

43 Art. 1880 Code Civil Québec

44 Art. 1877 et 1887 du Code civil du Québec.

45 Art. 125 de l'acte préc.

46 Nous estimons qu'il faut considérer que le texte de l'article 125 alinéa 2 de l'Acte Uniform ne s'applique qu'à un bail à durée déterminée. Aucune possibilité de sortie avant terme, d'un bail à durée déterminée, n'est prévue, sauf en cas d'inexécution d'une clause. Dans cette dernière hypothèse, c'est la clause résolutoire qui est mise en jeu.

47 Daniel B. BOGART, Celeste HAMMOND, op. cit., p. 41.

48 Art. 23 du décret du 30 septembre 1953

49 Art. L 145-34 Code de commerce.

50 MARIE-PIERRE DUMOND-LEFRANC, *Bail : choix du régime applicable*, Dalloz 2010, p. 209.



sans faire échec à la possibilité, d'ordre public<sup>51</sup>, du locataire de solliciter une révision triennale<sup>52</sup> même en l'absence d'une clause y faisant référence. En voilà une autre preuve du protectionnisme modéré à la française!

Nos contradicteurs pourront éventuellement arguer que le plafonnement « *est une aberration économique* » puisqu'il peut rendre inférieur à la valeur locative le prix du loyer perçue. D'aucuns ont pu suggérer que le plafonnement soit aboli en raison de sa perversité<sup>53</sup>. Le bailleur serait donc injustement défavorisé, ce qui pourrait constituer une atteinte à son droit de propriété. Mais qu'ils soient rassurés, la fixation d'un loyer dérisoire pourrait être cause de requalification et de nullité du bail<sup>54</sup> et un loyer excessif fixé le jour de la signature du bail ne sera éventuellement contestable qu'au moment de la révision<sup>55</sup>. Et, il convient de le signaler, la modification du loyer peut être soumise à une expertise, obligatoirement contradictoire<sup>56</sup>.

Les augmentations ultérieures peuvent être soumises aux stipulations contractuelles et dans les limites légales fixées. En France,

les indices de référence demeurent l'indice du coût de la construction et l'indice des loyers commerciaux. Aux USA et à Londres, on parle de « *Fair Market Value* ». Ce concept de « *Fair Market Value* », très proche de la méthode Ohada<sup>57</sup>, ne semble pas s'éloigner du modèle français où les restrictions se limitent à l'interdiction de « *toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties* »<sup>58</sup>.

La valeur locative, « *Base Rent* » est déterminée aux USA selon le marché. La révision de ce « *Base Rent* » se fait soit par indexation sur le « *Consumer Price Index* », soit selon le marché soit selon un pourcentage défini à l'avance par les parties. Les fluctuations du marché peuvent être défavorables au bailleur, dès lors l'indexation sur le « *Consumer Price Index* » ou la fixation d'un pourcentage à l'avance protège mieux le bailleur<sup>59</sup>. Cette dernière méthode rappelle, en droit français, les baux à paliers. Elle procure une certaine quiétude au bailleur en raison de la prévisibilité

contractuelle inhérente. Mais encore faut-il que la clause y faisant référence, de même que celle relative à l'indexation, soit bien rédigée.

Généralement en France, la rédaction de la clause d'indexation et le choix de l'indice ne se fera pas au hasard. Il faudra observer deux principes essentiels : la réciprocité et l'automatisme. Le bailleur qui se trompe d'indice ou qui introduit une clause contraire à la réciprocité s'expose à une action en annulation de la clause<sup>60</sup>. La conséquence logique serait la restitution des majorations de loyer obtenues sur le fondement de ladite clause. Il en va ainsi lorsque le bailleur refuse d'appliquer une clause jouant à la baisse. La réciprocité n'est pas respectée<sup>61</sup> en dépit de l'existence des critères de base (la variation de l'indice, une périodicité déterminée et une automatisme de la révision).

Le locataire français jouit donc d'une plus grande protection puisque le plafonnement du loyer est susceptible de rendre celui-ci inférieur au prix du marché. La rigueur de la règle est telle que même « *les travaux de mise en conformité des locaux avec leur*

51 Civ. 3e, 30 janv. 2002, n°00-15.202, Bull. Civ. III, n° 21.

52 Art. L 145-38 Code commerce.

53 Professeur Jean Derrupé, Rev. Dr. Immob. 1999, p. 473.

54 Civ. 3e, 20 déc. 1971, n° 70-13.450, Bull. civ. III, n° 644.

55 MARIE-PIERRE DUMOND-LEFRANC, op. cit., p. 210.

56 Cass. 3e civ., 3 févr. 2010, n° 09-10.631.

57 L'article 117 Acte Uniforme Portant Organisation du Commercial Général autorise le juge à évaluer le loyer selon des critères objectifs : la situation des locaux, la superficie, l'état de vétusté, le prix des loyers commerciaux couramment pratiqués dans le voisinage. C'est donc le marché qui détermine la hausse ou non du loyer.

58 Art. L 112-2 Code Monétaire et financier.

59 Daniel B. BOGART, Celeste HAMMOND, op. cit., p. 76.

60 Art. L 145-39 du Code de commerce

61 CA Douai 21 janv. 2010 n° 08/08568

*destination ne sauraient justifier un déplaçonnement du loyer renouvelé<sup>62</sup>».*

Mais le bailleur peut s'y retrouver grâce au pas-de-porte. En outre, la raison d'être du plafonnement étant, « *essentiellement de protéger les locataires contre les hausses excessives de loyer entre les variations locatives de trop grandes amplitudes, de manière à préserver l'équilibre de leur exploitation<sup>63</sup>* », sa suppression ne saurait être conseillée.

On peut donc regretter qu'en droit Ohada il n'existe pas de disposition imposant ou incitant au plafonnement du loyer. Il est vrai que l'intervention du juge pour trancher les questions de réévaluation pourrait donner l'impression d'un plafonnement judiciaire. Mais l'Acte Uniforme demeure silencieux sur la question. Le législateur a peut-être voulu limiter son intervention dans la sphère contractuelle en ignorant la question du plafonnement.

Le plafonnement participe de la logique d'encadrement de la liberté de détermination des éléments essentiels du bail et de son devenir.

## **2 - L'encadrement de la liberté de détermination des éléments relatifs au devenir du bail**

### **- la protection générale contre la mise en jeu des clauses résolutoires**

L'article L 145-41 du Code de commerce français prévoit que la clause ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux<sup>64</sup>. A peine de nullité le commandement doit mentionner ce délai. Or le propriétaire pourrait être tenté de réduire ce délai (à 15 jours) à l'aide d'une clause spéciale. Il le fera à ses risques et périls puisqu'une telle clause n'a pas droit de cité dans un tribunal français.

Il en serait autrement dans une Cour du Québec, le Code civil ayant admis la possibilité pour le bailleur de fixer le délai dans sa mise en demeure. C'est ainsi que l'article 1605 du CCQ (Code Civil Québec) dispose « *la résolution ou la résiliation du contrat peut avoir lieu sans poursuite judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure.* »

Cette disposition très libérale n'était pas très populaire au sein des tribunaux<sup>65</sup>, lesquels imposaient au bailleur l'obligation d'agir en justice pour obtenir la résiliation malgré l'existence d'une clause résolutoire. Il faut dire que les choses semblent

un peu brouillées ! Le législateur, par un élan de libéralisme, laisse le soin aux parties de déterminer le délai dans la mise en demeure mais la jurisprudence oblige le bailleur à poursuivre la résiliation judiciaire ce qui lui enlève son caractère automatique alors même qu'il existe une clause résolutoire. En 2003 une Cour d'appel<sup>66</sup> remet en cause cette vision des tribunaux et décide, finalement, que « *rien ne permet de conclure à l'invalidité de cette clause. En outre, ce genre de clause semble aller dans le sens que le législateur a voulu favoriser en adoptant la règle prévue à l'article 1605 C.C.Q. Comme il a été prouvé que les locataires ont fait défaut de respecter leur obligation de payer le loyer convenu, le juge aurait donc dû conclure que la locatrice pouvait effectivement résilier le bail de plein droit.* »

En France, la présence d'une clause résolutoire réduit le pouvoir d'appréciation du juge mais la résolution de plein droit n'est acquise qu'au bout d'un mois de mise en demeure infructueuse. Le droit Ohada<sup>67</sup> se positionne également ainsi. Les rédacteurs de l'Acte Uniforme ont, peut-être, voulu une position intermédiaire entre le protectionnisme français et le libéralisme canadien ou américain.

62 Cass. civ., 3e ch., 30 juin 1999, n° 97-19002.

63 Pedamon, Rev. Trim. Dr. Com. 1993, p. 637.

64 Cass. Civ. 3ème 19 fév. 1997, .D. Aff. N° 15, p. 469

65 Place Fleur de Lys c. Tag's Kiosque Inc. [1995] R.J.Q. 1659 (C.A.)

66 9051-5909 Québec Inc. c. 9067-8665 Québec Inc,

67 Art. 133 al. 3 AUCC

En effet, en droit Ohada, le formalisme semble avoir séduit le législateur et l'article 133 de l'Acte Uniforme en est la preuve palpable. La résiliation, en dépit de l'existence d'une clause résolutoire, ne peut conduire à la fin du rapport contractuel qu'après une mise en demeure infructueuse. Elle est même exigée à « *peine de nullité* » et le délai d'un mois semble incompressible.

Ce délai doit permettre à l'autre partie de remédier à sa carence en exécutant ses obligations contractuelles. La liberté contractuelle est dès lors limitée, le bailleur ou le locataire ne pouvant mettre un terme à la relation au moindre manquement. Le protectionnisme gagne du terrain et éclot dans une logique de coexistence de droits de propriété antagonistes.



## II - L'ÉCLOSION DU PROTECTIONNISME DANS UNE LOGIQUE DE COEXISTENCE DE DROITS DE PROPRIÉTÉ ANTAGONIQUES

L'efflorescence du protectionnisme s'explique par la coexistence de droit de propriétés antagoniques à valeur économique presque égale. On connaît la nature et l'objet du droit du bailleur. Celui du locataire est, relativement, fictif et sa

protection est justifiée par la notion de propriété commerciale (A) dont la fluctuation semble, toutefois, être la cause du flottement législatif dans l'encadrement du bail commercial (B).

### A - LA THÉORIE DE LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ COMMERCIALE

Elle permet de justifier l'éclosion du protectionnisme dans une logique de coexistence de droits de propriété antagoniques. Si l'absolutisme du droit du bailleur, du fait du caractère sacré de la propriété, a semblé un motif de l'incursion intermittente du protectionnisme, l'éclosion de cette dernière a été initiée concomitamment à l'acquisition d'une propriété commerciale par le locataire. Cette théorie est savamment imaginée pour la préservation de la valeur économique du bail.

Elle n'est abordée que maintenant parce qu'elle n'est qu'une illusion au moment de la signature du bail. En effet, la propriété dont il s'agit est purement fictive. On l'appellera « *la propriété commerciale*<sup>68</sup> » et elle demeure fictive parce qu'elle renvoie essentiellement au droit d'obtenir le renouvellement du bail.

Or elle ne naît véritablement qu'au cours du bail et concomitamment ou peu après la naissance de la clientèle. Faut-il alors que la protection du locataire débute à ce moment précis ? Assurément non ! Le législateur anticipe et garantit au preneur la possibilité d'obtenir le renouvellement de son bail plus tard s'il remplit certaines conditions. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il est exigé une durée minimum d'exploitation du fonds de commerce (généralement deux ans).

Avant d'acquérir la propriété commerciale le locataire doit d'abord signer le contrat de bail, la première étant la résultante du second. A ce moment, il n'a nulle propriété. Le bailleur est le maître absolu. Il élabore le contrat de bail selon ses besoins et envies. Le locataire l'accepte ou ne l'accepte pas.

68 P. CHAUVEAU, « Les métamorphoses de la propriété commerciale », in *Mél. Brethe de la Gressaye*, 1967, p. 109.

Une fois le bail signé, l'exercice d'une activité, commerciale ou professionnelle, pendant une certaine durée confère le droit au renouvellement du bail. On assiste à la naissance du droit de propriété du locataire selon la théorie avancée. Cette dernière est confortée par les dispositions respectives de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme.

De la juxtaposition de la propriété commerciale et du droit de propriété du bailleur naît un conflit d'intérêt que le législateur peine à résoudre d'où le tâtonnement dans l'émergence d'une solution salvatrice. Certaines ambiguïtés persistant, en dépit de la volonté claire de protéger le locataire, des précisions restent attendues.

Il serait, par exemple, souhaitable de préciser en droit français si l'article 1722 du Code civil pouvait être un obstacle à l'obtention de l'indemnité d'éviction si la destruction du bien n'est que partielle. De même que le sort du droit au renouvellement, en cas de vente du bien après congédiement du locataire, aurait dû être mieux encadré.

On saluera tout de même certaines avancées, toujours d'origine prétorienne, en matière de protection de la propriété commerciale. D'abord la protection

est étendue au sous-locataire<sup>69</sup>, lequel dispose d'un droit propre. Mais l'encadrement de ce droit obéit à une logique contractuelle puisque l'accord du bailleur à la sous-location est indispensable, et l'objet du bail principal ne doit pas former un tout « *indivisible matériellement ou dans la commune intention des parties* ». Ensuite, en qualifiant de propriété commerciale l'exploitation autonome « *d'un ensemble de moyens matériels et immatériels pour conquérir une clientèle* » la jurisprudence<sup>70</sup> offre aux franchisés la protection due au franchiseur titulaire d'une propriété commerciale. Enfin, le principe de l'obligation d'exploiter vient d'être repensé pour reconnaître que « *l'obligation d'exploiter est une condition d'application du statut des baux commerciaux dont l'inexécution ne peut pas entraîner la résiliation du bail en l'absence d'une clause imposant l'exploitation effective et continue du fonds dans les lieux loués*<sup>71</sup> ».

La propriété commerciale n'a pas son équivalent en « *Common Law* », en dépit d'un attachement farouche au droit au renouvellement du bail. Ce n'est donc qu'une banale question de terminologie ?

Le Landlord Tenant Act Anglais de 1954 laisse également la liberté aux parties de prévoir une telle clause. Mais l'obligation de « compenser la perte » de son commerce autorise à

penser que le locataire anglais<sup>72</sup> peut se prévaloir d'une propriété commerciale. En effet, la section 37 offre la possibilité au locataire d'obtenir « *compensation for refusal of new tenancy*<sup>73</sup> ». Peu importe le motif invoqué par le bailleur, à moins qu'il ne soit en mesure de prouver la défaillance du débiteur par rapport à ses obligations contractuelles, la compensation est « *payable where the landlord successfully applies, on relevant grounds, for termination without renewal of the tenancy* ».

La grande particularité du modèle anglais demeure la méthode de détermination de l'indemnité d'éviction. Deux méthodes cumulatives sont employées. Le montant est estimé, à la fois, en fonction de la valeur du fonds et de la durée de la location.

En droit Ohada, la doctrine s'intéresse à la défense de la propriété commerciale mais elle s'est contentée de reprendre à son compte les positions déjà exprimées là-dessus. On ne lui en tiendra pas rigueur, après tout le droit Ohada est en partie une copie du modèle français. On retrouve<sup>74</sup> le droit au renouvellement, sans possibilité d'y déroger, à condition d'avoir exploité le fonds pendant deux ans<sup>75</sup>. La réalisation de ces conditions rend vaine toute opposition du bailleur à moins que celui-ci ne soit disposé à

69 Art. L 145-32 Code de commerce

70 Cass. Com. 27 mars 2002, comm. Philippe CASSON, LPA 27 oct. 2003, n° 14.

71 Cass. Civ. 3, 10 juin 2009, n°07-18.618 et n°08-14.422

72 Sect. 37 (3A) art. 19 Landlord tenant Act 1954 part II.

73 Section 37 (1C)

74 Art. 123 Acte Uniforme portant organisation du Droit Commercial Général (AUDCG).

75 Art. 123 AUDCG



payer une indemnité d'éviction<sup>76</sup>. L'approche n'est ni singulière ni novatrice, le législateur français avait déjà ouvert la voie. Et la touche finale est apportée par le juge français<sup>77</sup> considérant que cette indemnité est due même en cas de cession du bien. On réservera tout de même l'hypothèse où l'article 1722 du Code civil trouvera lieu à s'appliquer.

Les exceptions prévues (la défaillance du locataire, la reprise du bien par le bailleur pour le reconstruire<sup>78</sup>) sont d'autant de facteurs de modération de l'expansion du protectionnisme mais surtout la récurrence du paradigme du droit de propriété. Le constat est le même en droit français<sup>79</sup>, d'où l'inutilité d'épiloguer longuement.

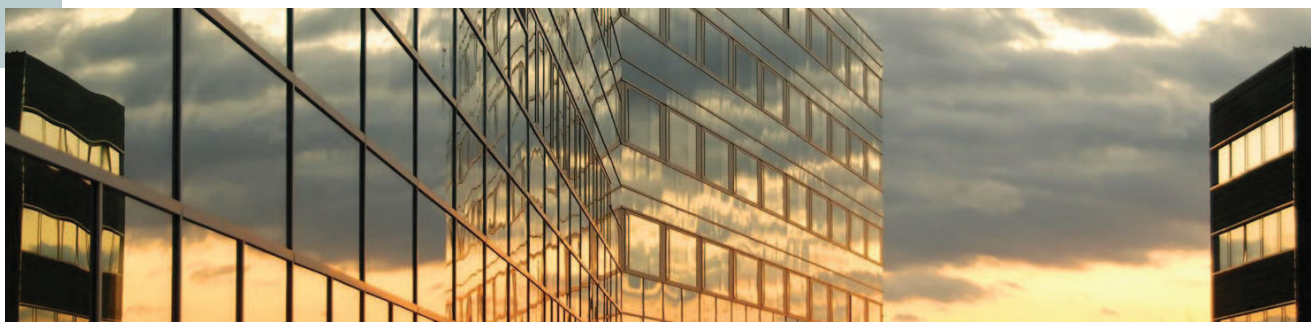
Toutefois la particularité de certaines notions employées en Common Law aiguise aisément la curiosité de

l'observateur en raison du caractère dubitatif de l'approche privilégiée. En effet, il est question d'un renouvellement, par « *levée d'option*<sup>80</sup> », selon les conditions fixées contractuellement dans le bail<sup>81</sup>. Qu'il soit optionnel, cela va de soi et c'est un principe très ancien<sup>82</sup>. Mais que le renouvellement du bail intervienne selon les conditions fixées par les parties pourrait laisser la porte ouverte à un contractualisme « *trop libéral* ».

Des risques d'abus sont à craindre mais ils semblent minorés par l'interventionnisme judiciaire<sup>83</sup> aux conséquences interpolatrices. Le juge pourra fixer le « *Interim Rent* », loyer payable en attendant le renouvellement effectif du bail. En outre, le bailleur qui, au lieu de poursuivre la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers, accepte un versement effectué par le locataire au moment de la demande

de renouvellement est supposé avoir consenti, de sorte que le risque d'abus semble minoré.

On notera également que l'amendement apporté au Landlord Tenant Act de 1954 en 2004 autorise la renonciation au bénéfice du renouvellement du bail de manière anticipée. Ce « *Agreement to exclude security of tenure*<sup>84</sup> » est le genre de clause type que le juge français n'hésiterait pas à remettre en cause si la renonciation est antérieure au terme du bail<sup>85</sup>. Le législateur anglais a, tout de même, tenu à encadrer les conditions d'une telle renonciation en exigeant un délai de quatorze jours de réflexion (sous réserve de l'hypothèse où les parties ont recours à un avocat pour accélérer la procédure) pour la signature d'un bail contenant ce type de clause. Le futur locataire pourra ainsi solliciter le conseil d'un professionnel et sa déclaration devra contenir certaines mentions impératives.



76 Art. 126 AUDCG

77 Cass. Civ. 3, mardi 13 sept. 2011, pourvoi n° 10-18241.

78 Art. 127 AUDCG

79 v. art. L 145-17 Code de commerce

80 *Internationnal Aviation Terminals Inc. v. Harnett (BCSC) January 9, 1996 Vancouver Reg. No. C933872*

81 *Clark Auto Body Ltd v. Integra Custom Collision Ltd., 2007 BCCA 24 reversing 2006 BCSC 1730.*

82 *Crosby v. Moses*, 92 N.Y. 634 (1883); *Elston v. Shilling*, 42 N.Y. 79 (1870); *Bogan v. Moses*, 22 Misc. 94, 48 N.Y.S. 546 (Sup. Ct., App. Term, 1897); *Wallace v. Arkell*, 28 Misc. 502, 59 N.Y.S.597 (Sup. Ct., App. Term, 1899).

83 *Lakes & Associates v. 372363 B.C. Ltd. (1998)*, 22 R.P.R (3d) 148 (B.C.S.C.).

84 Le 'contracting out' or s.24-s.28 exclusion.

85 Art. L 145-15 Code commerce

## B - LES FLUCTUATIONS DE LA THÉORIE DE LA PROPRIÉTÉ COMMERCIALE : CAUSE DU FLOTTEMENT LÉGISLATIF

Au regard des différentes acceptions de la notion de propriété commerciale et de la sanction afférente, il est regrettable de constater qu'elle n'est pas assez explicite et stable pour servir de fondement et conforter l'éclosion du protectionnisme dans une logique de coexistence de droits antagoniques. En somme, il est possible d'identifier quelques éléments rétifs à l'éclosion totale du protectionnisme. Il n'existe pas de liste exhaustive mais on peut se focaliser sur certaines zones d'ombre qui témoignent des fluctuations de la théorie de la propriété commerciale. Les interrogations relatives aux conséquences du refus de renouvellement du bail (1) sont en suspens puisque la réponse donnée par le législateur, du moins l'interprétation qu'en fait le juge, est évasive. De même l'absence de précisions législatives relatives à la question connexe de la cession du bail ou de l'indemnité d'éviction (2) suscite chez certains juges un sentiment de perplexité.

### 1 - Les conséquences du refus de renouveler le bail : la perte de propriété commerciale

Le bailleur a le droit de refuser de renouveler le bail, le principe est commun aux législateurs objets de cette étude. Les conditions et les conséquences de ce refus peuvent sensiblement varier d'un droit à un autre. Si les conditions du refus sont connues et acceptées de manière générale, les conséquences demeurent, quelque peu, floues et ajoutent à la fluctuation de la théorie de la propriété commerciale.

Du côté français, deux décisions de justice ont joué les trouble-fête, la doctrine s'en est étonnée et la juridiction suprême a fait un rappel à l'ordre. Ce qui n'aura pas pour effet de dissiper les doutes sur les conséquences du refus de renouveler le bail.

Si le principe est le droit de rompre les relations contractuelles<sup>86</sup>, même sans motif sérieux et légitime, à condition de verser l'indemnité d'éviction, rien dans les articles L. 145-14 et suivant ne semble expliciter les conséquences d'un refus non motivé et ou non régulier. Certains juges du fonds ont tenté de reconnaître au locataire le droit de se maintenir dans les lieux, estimant que l'irrégularité affecte la validité du congé<sup>87</sup>. Naturellement la Cour de cassation<sup>88</sup> fait un rappel à l'ordre et réaffirme la validité du congé

conformément à sa position traditionnelle.

Que le congé soit valable, en cas de refus de renouvellement avec offre d'une indemnité d'éviction, cela va de soi. Mais qu'il le soit sans offre d'indemnité d'éviction fragilise le droit du preneur. En cette dernière hypothèse, la validité du congé ne peut être admise que s'il existe des motifs graves et légitimes. Ce raisonnement semble partagé de manière générale. C'est ainsi que la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA)<sup>89</sup> considérerait que l'inexécution renouvelée (après une mise en demeure) d'une obligation contractuelle pouvait conduire à une éviction sans indemnité. La règle demeure protectrice pour le locataire puisque le propriétaire est contraint d'effectuer une mise en demeure et de subir les conséquences d'une nouvelle inexécution avant de tenter un congédiement sans indemnité.

Il est vrai que le maintien dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité garantie son dédommagement, le refus de renouvellement, sans indemnité, pourrait contraindre le preneur à avoir recours au juge pour obtenir indemnisation. Ce recours étant

<sup>86</sup> Cass. 3e civ., 25 nov. 2009, n° 08-21.029: *JurisData* n° 2009-050452

<sup>87</sup> v. Myriam ROUSSILE, sous Cass. 3e civ. 28 oct. 2008, *JCP E* n° 7, 18 févr. 2010

<sup>88</sup> Cass. 3e civ., 28 oct. 2009, n° 07-18.520

<sup>89</sup> CCJA, arrêt n° 006/2009 du 26 février 2009 SEYWA c/ZOUZOUA

<sup>90</sup> Art. L. 145-9 et L. 145-10 du Code de commerce

soumis à la forclusion<sup>90</sup> et prescription biennale<sup>91</sup>, on peut estimer, du moins théoriquement, que le risque de perdre sa propriété est réel. Ce qui pourrait constituer une expropriation pour cause d'utilité privée sans contrepartie.

Ce risque est plus grand en droit Ohada, la jurisprudence ayant considéré que « *le preneur bénéficiaire du droit au renouvellement peut faire face à la défaillance du bailleur en s'opposant au congé à lui donné au plus tard à la date d'effet de celui-ci en notifiant sa contestation au bailleur par acte extrajudiciaire ; faute d'une telle contestation dans les délais, le bail à durée déterminée cesse à la date fixée par le congé*<sup>92</sup> ». La solution n'est pas rassurante parce qu'elle affirme la validité du congé, entoure l'opposition d'une formalité lourde sans mentionner l'obligation pour le bailleur de faire une offre d'indemnisation. Enfin le tribunal considère qu' « *Il est donc plus loisible et judicieux pour le locataire de déguerpier des lieux comme les autres locataires et de demander ensuite le paiement d'une indemnité d'éviction. Faute d'une opposition au congé donné par l'appelant, c'est à bon droit que doit être infirmée la décision du premier juge* ».

Il est, toutefois, rassurant de savoir que le congé sans indemnité d'éviction n'est valable que si le motif invoqué est « *grave et légitime* ». Le juge en apprécie la portée en fonction des situations.

Il exige, en outre, une mise en demeure infructueuse. Cela semble s'inscrire dans une logique de renforcement de la protection du locataire. Toutefois, le flottement législatif est constatable en la matière puisque le législateur ne se prononce pas sur l'inutilité de la mise en demeure lorsque l'infraction est irréversiblement consommée.

Mais la pire des situations qui peut illustrer le flottement législatif en droit Ohada demeure la tentative de recherche d'un équilibre entre le droit du bailleur à s'opposer au renouvellement du bail lorsque le fonds a été exploité pendant moins de deux ans et la protection de la propriété commerciale. En effet, étant donné qu'il n'existe pas de durée minimum pour le bail commercial, comme en droit français, le bailleur pourra manifester sa réticence afin de prévenir la reconduction d'un bail à durée déterminée. Mais le locataire peut bénéficier d'une protection relative en cas de renouvellement. Tacite ou exprès, cette reconduction du bail se fait pour une durée minimum de 3 ans<sup>93</sup>. Cela peut lui procurer un semblant de stabilité.

En Common Law, si l'opposition formée par le locataire au congé<sup>94</sup> donné par le bailleur prospère en raison de l'insuffisance ou l'absence de motif, le juge ordonne le renouvellement du bail. Nous avons là une position qui contraste avec le

principe français selon lequel peu importe la pertinence du motif invoqué par le bailleur, le congé est valable (sous réserve d'octroi d'une indemnité d'éviction). Mais en réalité, dans l'exemple anglais, lorsque le bailleur n'entend pas rester dans la relation contractuelle, le tribunal statue en faveur de l'octroi d'une indemnité au locataire. S'il est possible d'envisager théoriquement le renouvellement du bail, en dépit de l'opposition du bailleur, c'est parce qu'une application conjointe des sections 30 (1) et 24 (1) du Landlord Tenant Act de 1954 crée une légère confusion.

Le texte du Landlord Act de 1954 amendé en 2004 ne modifie pas fondamentalement les données du problème mais il simplifie et améliore les procédures.

Dans certains Etats américains, les juges semblent avoir, très tôt, fixé la solution. Le congé irrégulier, délivré au locataire, demeure valable. Il est loisible d'intenter une action pour obtenir des dommages et intérêts. C'est ainsi qu'il a été jugé que « *When the landlord wrongfully evicts the tenant, the latter shows a cause of action for damages by averring and proving the following facts: (1) the existence of an unexpired contract of renting; (2) occupancy of the premises in question by the tenant; (3) eviction or dispossession by the landlord; (4) damages attributable to such eviction*<sup>95</sup> » Un « *wrongful eviction* »

91 Art. L.145-60 du Code de commerce

92 Cour d'Appel de Lomé • Arrêt du 05/09/2006, ARRET N° 135/06 SOCIETE ECOBANK-TOGO QUICK-SERVICE SYSTEME

93 Art. 123 AUDCC

94 Section 25 notice

95 McKenzie v. Carte, 385 S.W.2d 520, 528 (Tex. Civ. App. — Corpus Christi 1965, writ ref'd n.r.e.)

n'est ni plus ni moins qu'un congé irrégulier ou injustifié dont la sanction se résume à l'octroi de dommages et intérêts. Le droit au renouvellement, optionnel, ne fait donc pas obstacle à la liberté de congédiement si celle-ci s'accompagne d'une indemnisation. La nuance avec la position française est infime. Mais les deux positions obéissent à une logique de protectionnisme favorable au bailleur. Ce dernier demeurera débiteur d'une indemnité correspondant à la valeur de la propriété commerciale du locataire. La balance semble équilibrée mais en réalité, le fait que le droit au renouvellement soit estimé au moment de ce refus est assez aléatoire pour le locataire. L'évaluation d'un fonds n'est pas une science exacte. La part de spéculation (à la hausse comme à la baisse) est très importante. L'indemnité d'éviction pourrait donc être inférieure à la valeur réelle de sorte que finalement le locataire est lésé.

La notion de droit au renouvellement, donc celle de la propriété commerciale, n'a d'intérêt que pour l'obtention d'une indemnité. Même l'irrégularité du congé délivré par le bailleur ne suffit pas à donner une plus grande portée. Ce droit est donc incertain et instable, à l'inverse du droit de propriété du bailleur. Ce qui nous prouve d'ailleurs que le dépassement du paradigme de la propriété n'est qu'une illusion. Souvent les législateurs, l'exemple

en droit Ohada<sup>96</sup>, donne cette fausse impression que la faculté de demander le renouvellement est un droit absolu en mettant en exergue la prohibition des clauses faisant échec à ce droit.

Il est assez juste de considérer que la notion de propriété commerciale, une fiction, est trop fluctuante pour donner une assise solide au protectionnisme. C'est ainsi que le contractualisme, socle du libéralisme, revient à la charge et ce notamment en matière de cession de bail ou de l'indemnité d'éviction.

## **2 - Les obstacles à la cession du bail ou de l'indemnité d'éviction : les limites de la propriété commerciale**

Les clauses restrictives, contenues dans le contrat de bail, constituent les obstacles de prime abord. Le plus souvent, la portée de ces clauses est telle que souvent la restriction se transforme en interdiction de céder. Seule l'intervention d'un juge pourrait rééquilibrer les rapports en de telles circonstances. L'exemple type serait une clause prévoyant que toute cession doit être constatée par acte authentique. Ainsi le locataire, cédant du fonds de commerce, ne saurait ignorer une telle clause au risque de dissuader le cessionnaire. En effet, ce dernier pourrait ne pas souhaiter avoir à payer des frais (de notaire) supplémentaires, surtout s'il y a d'autres intermédiaires à rémunérer. En cette hypothèse particulière la loi française semble hésitante. Elle prohibe toute clause

empêchant la cession du fonds de commerce. Les clauses restrictives, destinées à protéger le bailleur, sont valables mais leurs effets doivent nécessairement être limités.

En cas de conflit, le juge tranche, pas nécessairement en faveur du locataire.

L'Acte Uniforme, en son article 118, admet qu'en cas de cession totale d'éléments « *permettant l'activité dans les lieux.....la cession s'impose au bailleur* ». La règle semble limpide mais elle n'aborde pas la question de la clause restrictive. Le mutisme du législateur, en dépit des allusions faites au respect de la notification de la cession au bailleur et de l'exécution correcte des obligations contenues dans le bail, pourrait être source de difficultés si la jurisprudence retenait une interprétation stricte du texte. Elle pourrait considérer que les clauses restrictives sont contraires à l'esprit du texte car celui-ci n'a pas prévu d'autres conditions particulières que celles précédemment mentionnées.

## **Conclusion**

Il ressort de cette étude une constatation indéniable et commune aux législations contemporaines : une difficulté de trouver la meilleure façon de réguler les rapports des bailleurs et preneurs commerciaux.

Il suffit, pour s'en convaincre, de faire une comparaison entre les règles applicables en matière de baux à usages d'habitation et celles

<sup>96</sup> Art. 123 AUDCC



conçues pour les baux commerciaux. Les premières sont, indiscutablement, protectrices à l'égard du preneur. C'est un choix délibéré et assumé généralement en raison de l'impératif de la lutte contre l'exclusion et la précarisation. Les législateurs n'hésitent pas, comme dans l'exemple français, à prévoir des périodes pendant lesquelles les mesures d'expulsion sont temporairement suspendues.

Pour le preneur commercial, il existe un seuil minimum de protection qu'aucune législation n'ose, toutefois, franchir. Il s'agit des formalismes, plus ou moins lourds selon le droit invoqué, entourant la résiliation du bail pour défaut d'exécution des obligations inhérentes.

Si le preneur commercial a également pu bénéficier des faveurs de la loi dans une certaine mesure, c'est en somme parce que la notion de propriété commerciale vient contrebalancer la théorie de l'absolutisme du droit de propriété. Mais en raison de la relativité et de l'imprécision des critères distinctifs et des implications juridiques, la notion de propriété commerciale peine souvent à justifier ce protectionnisme. Cela conduit inévitablement le législateur à faire un choix entre l'apologie du droit de propriété et le libéralisme imbibé dans l'encrier du contractualisme. Pris entre le marteau et l'enclume, le choix le plus raisonnable serait d'opter pour la loi des parties. Mais

elle doit nécessairement être encadrée pour prévenir des abus.

Peut-être serait-il plus adéquat et légitime de ne plus voir la propriété commerciale simplement comme « *la reconnaissance que l'exploitation d'un commerce ou d'une activité artisanale dans les lieux loués est créatrice d'une valeur économique liée à l'implantation de l'activité* ». Cela permettrait de ne pas limiter les motifs du droit au renouvellement. En effet, on pourrait évoquer la valorisation des lieux loués grâce à l'exercice pérenne d'une activité (qu'elle soit commerciale, artisanale, et même professionnelle) pour justifier le droit à une protection légale pour le preneur. Ainsi, seuls des motifs graves et légitimes pourraient justifier son expulsion. Et la reprise du bien par le bailleur ne devrait pouvoir intervenir qu'en ces hypothèses lorsque le bail est conclu à durée déterminée. La plupart des textes l'ont déjà prévu mais les législateurs ne vont pas assez loin. Il aurait peut-être fallu prévoir un système de majoration de l'indemnité d'éviction, il serait ainsi tenu compte de la valeur ajoutée que l'exploitation a procurée au local. Cela serait d'autant plus justifié lorsque le bailleur entend mener des travaux et augmenter le loyer à brève échéance (dans l'année du congédiement de l'ancien locataire).

C'est évident qu'un local abritant une activité pérenne acquiert de la valeur au fil du temps. Il faudrait donc reconnaître l'effort de valorisation du preneur. Cette

reconnaissance, en plus du concept de propriété commerciale, pourrait justifier l'abandon partiel et temporaire, déjà initié, du principe de l'absolutisme du droit de propriété.



## LA CIMA ET LES CLAUSES EXCLUSIVES DE GARANTIE DANS LE CONTRAT D'ASSURANCE<sup>97</sup> : « L'assurance sans couverture de risque ? »

**P**ORTALIS écrivait qu'« *il est sans doute permis de traiter sur des choses incertaines, de vendre et d'acheter de simples espérances ; mais il faut que les incertitudes et les espérances qui sont la matière du contrat ne soient contraires, ni aux sentiments de la nature, ni aux principes de l'honnêteté* »<sup>98</sup>.

La détermination du risque garanti par un contrat d'assurance est une question aussi importante que complexe.

Au nom du principe de l'autonomie de la volonté et de sa conséquence relative à la liberté contractuelle, les parties à un contrat d'assurance sont, théoriquement, libres de définir le champ d'application de leur convention en déterminant la nature et l'étendue de la garantie, et en excluant certains risques, exception faite d'une assurance obligatoire ou d'une réglementation impérative.

*« La distinction des clauses définissant l'objet de la garantie et des clauses d'exclusion du risque dans le contrat d'assurance conduit à un cruel constat : celui de l'échec d'une disposition spéciale, censée mieux protéger et plus adaptée au mécanisme de l'assurance. Si le propos est abrupt, la réalité l'est tout autant : la possibilité conférée à l'assureur d'exclure sa garantie par des clauses rédigées par ses soins et interprétées à sa manière, aboutit à*



**Bénénger MEUKE**  
Docteur en Droit des Affaires  
Avocat

*vider cette garantie de toute substance et partant, à faire disparaître le contrat.* »<sup>99</sup>

De cette distinction, dépend le régime juridique applicable et notamment la charge de la preuve, les exigences de fond et de forme et la sanction découlant du non-respect de ces prescriptions.

Ainsi, permettre à l'assureur d'exclure dans certains cas sa garantie revient à vider le contrat d'assurance de sa substance en réduisant son champ à néant.

Dès lors, pourquoi distinguer entre deux clauses dont l'une, celle d'exclusion qui priverait l'autre de tout effet.

C'est d'ailleurs parce qu'il était devenu « l'un des plus employés », que le législateur français, par une loi du 13 juillet 1930, avait réglementé le contenu du contrat d'assurance s'agissant « d'indiquer quelles étaient les clauses licites sans laisser aux assureurs le droit d'insérer dans leurs polices toutes les clauses de leur choix. »

Le législateur CIMA a donc tout naturellement emboîté le pas en prévoyant à l'article 8 du Code des assurances CIMA que le contrat d'assurance doit indiquer la nature des risques garantis.

Quant aux clauses d'exclusion de garantie, après que ce même article les valide, sur la forme, à la

<sup>97</sup> Organisation intégrée de l'industrie des assurances dans les Etats africains dénommée Conférence Inter-africaine des Marchés d'Assurances, en abrégé CIMA

<sup>98</sup> Portalis, exposé des motifs du contrat de vente, chap.3, Des choses qui peuvent être vendues.

<sup>99</sup> Laurence BRUGUIER-CRESPY « Essai de distinction entre les clauses définissant l'objet de la garantie et les clauses d'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance » : Université de Versailles-St-Quentin-en-Yvelines (2001-2002)

condition d'être mentionnées « *en caractères très apparents* », leur licéité se trouve consacrée par l'article 11 du même Code suivant une formulation qui, nous semble-t-il, pourrait être à l'origine de difficultés d'interprétations et de contentieux.

En fait, après avoir imposé à l'assureur un principe contraignant de garantie reposant sur la prise en charge par ce dernier des pertes et dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré, ce principe se trouve immédiatement anéanti et cette suite contrariée par l'adjonction de la mention « sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police ».

Le principe est donc la garantie et l'exclusion dérogeant à l'engagement général de l'assureur de couvrir le risque est l'exception.

Or, force est de constater que dans la pratique, « *la non garantie* », par la voie d'exclusion soulevée très souvent à tort par l'assureur, est devenu le principe et la garantie, l'exception.

En effet l'assuré se trouve doublement en position de faiblesse à l'égard de l'assureur, c'est ce dernier qui met le contrat au point et qui formule, comme il l'entend, les conditions exactes de sa garantie, l'assuré n'a pas toujours les connaissances techniques et juridiques nécessaires pour appréhender, avec exactitude, l'étendue des exclusions prévues par l'assureur.

A la réalité, l'on devrait chercher à mieux protéger l'assuré contre une perte importante d'une part de la garantie, laquelle serait due à une trop grande utilisation des

exclusions, directes ou indirectes de garantie, mais aussi à une trop grande imprécision sur les conséquences de ces exclusions<sup>100</sup>.

*« Malheureusement, la loi ne l'a qu'insuffisamment tranché. Hormis le dol et la faute intentionnelle, toutes les fautes de l'assuré sont en principe garanties, sauf exclusion contractuelle. C'est donc en combinant les dispositions légales et les exclusions contractuelles que les assureurs s'efforcent, non sans mal, de cantonner leur garantie à ce qu'ils considèrent comme un risque assurable... »<sup>101</sup>*

**Toute la problématique est donc celle de savoir à quelles conditions les clauses d'exclusion de garantie sont valables<sup>102</sup>.**



100 F. CHAPUISAT « La méfiance de la jurisprudence et du législateur à l'égard de l'exclusion de garantie » RGAT 1983, P.5

101 J. BIGOT « Les limites du risque assurable » RGAT 1978, P. 169

102 M. H. MALEVILLE « Le point sur la validité de certaines exclusions de garantie insérées dans les contrats d'assurance de responsabilité civile professionnelle » RGAT 1995, P. 759



## I - CONDITIONS DE VALIDITE DES CLAUSES EXCLUSIVES DE GARANTIE

L'article 8 du Code des assurances CIMA impose que la police d'assurance indique la personne assurée et la nature des risques garanties.

La nature des risques garanties a pour composantes l'évènement assuré et les conditions auxquelles sa réalisation et ses conséquences devront répondre pour mettre en jeu la garantie de l'assureur, puis les exclusions qui, par retranchements, écartent certains faits du périmètre ainsi défini.

Aussi, du partage entre conditions de la garantie et exclusions au contrat, résultera en cas de sinistre, la distribution des rôles entre assuré et assureur.

Le principe est donc celui de la liberté d'insertion des clauses d'exclusions de garantie dans le contrat d'assurance.

Or, d'après le Code, pour être efficace, les exclusions doivent être formelles, limitées, mis à la connaissance de l'assuré<sup>103</sup> et exprimées en caractères très apparents<sup>104</sup>.



**La clause d'exclusion doit être formelle** - Le législateur a certainement voulu que la portée ou l'étendue de l'exclusion soit nette, précise, sans incertitude, pour que l'assuré sache exactement dans quel cas et dans quelles conditions il n'est pas garanti. C'est l'incertitude sur la portée de la clause qui pourrait la mettre donc en infraction avec les dispositions légales<sup>105</sup>.

**La clause d'exclusion doit être limitée** - L'exclusion ne doit pas être, de par sa portée, trop générale, en y écartant par exemple de la garantie « *l'inobservation des lois et règlements* », ou exprimée par des formules qui rendent les faits exclus non limités.

Mieux, l'exclusion ne devrait pas effacer, par soustraction, la garantie accordée par ailleurs.

C'est ainsi par exemple que les clauses d'exclusion ne seraient pas limitées lorsque, par leur nombre et leur étendue, elles viendraient à vider le contrat d'assurance de toute sa substance<sup>106</sup>.

La rigueur des magistrats à l'égard de telles dispositions contractuelles devrait, nous semble-t-il être de mise<sup>107</sup>.

En effet il n'en saurait être autrement.

L'assuré en présence d'une clause d'exclusion imprécise peut-il se faire

<sup>103</sup> Article 6 du Code CIMA « l'assureur est tenu avant la conclusion du contrat de fournir une fiche d'information sur (...) les exclusions »

<sup>104</sup> Article 8 du code CIMA « Les clauses des polices édictant (...) des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents »

<sup>105</sup> Voir par exemples: Cass 1re civ, 8 oct 1974: D 1975, Jurisp. 513 / Cass 1re civ, 20 mars 1989: Resp. Civ et assur 1989, n° 238

<sup>106</sup> Voir par exemples : Cass 1re civ 25 oct 1989: RGAT 1990. 351 / Cass 1re civ 15 déc 1999 : RGDA 2000. 60

<sup>107</sup> H. GROUDEL « L'application erratique de l'article L 113- du Code des assurances » Resp. civ et assur 1992, chron. 41 / « A propos de l'application de l'article L 113-1 du Code des assurances » « Resp. civ et assur 1993, chron. 15 » / « Irrésistible ou résistible ascension de l'article L 112-2 du Code des assurances » Resp. civ et assur 1994, chron. 11



une opinion suffisamment précise des limites de la garantie ?

Si l'approximation figurant dans l'exclusion peut être précisée dans l'esprit de l'assuré professionnel, elle peut faire l'objet d'une appréciation discrétionnaire de l'assureur, de sorte que les cocontractants risquent d'invoquer chacun leur propre conception de la norme et de rendre ainsi incertaine l'étendue de la garantie due.

Par conséquent, de telles stipulations doivent être annulées parce que leur imprécision réside dans l'appréciation subjective et aléatoire d'un individu se référant à des éléments incertains<sup>108</sup>.

La Cour de Cassation française n'avait pas d'ailleurs manqué dans son important arrêt du 22 mai 2001, de préciser « *qu'une clause ne peut être formelle et limitée dès lors qu'elle doit être interprétée* »<sup>109</sup>.

Il nous semble alors qu'il faut condamner avec la dernière énergie, les pratiques consistant à introduire dans le contrat d'assurance des clauses d'exclusions nécessitant pour leur compréhension, une interprétation<sup>110</sup>.

**Les clauses d'exclusion doivent être rédigées en caractères très apparents**  
- Cette dernière exigence devrait se

matérialiser par la clarté et la lisibilité de la clause d'exclusion, le tout sur la base d'une rédaction en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du reste du texte.

Les pratiques consistant à réduire systématiquement la taille de police de telles clauses pour les rendre finalement difficile à lire voire impossible, sont également à sanctionner.

Mieux, le lecteur doit être attiré par un texte qui tranche sur son environnement, de sorte qu'il n'est pas suffisant que le caractère soit gras, l'encre différente, si la clause ne se détache pas de son contexte<sup>111</sup>.

**Les clauses d'exclusion doivent être portées à la connaissance de l'assuré** - Le droit des assurances issu du traité CIMA connaît plusieurs

types de support sur lesquelles doivent figurer les informations précontractuelles et contractuelles destinées à l'assuré y compris celles relatives aux exclusions de garantie<sup>112</sup>.

Connu sous les dénominations de notice, note de couverture, résumé, abrégé, digest ou même encore conditions générales ou fiche d'information, la validité de ces documents d'information ne serait pas à vrai dire compromise par une appellation divergente de celle prévue par le législateur<sup>113</sup>.

Toute la difficulté réside surtout dans la preuve que doit apporter l'assureur en ce qu'il a effectivement porté à la connaissance de l'assuré l'information relative aux exclusions en lui remettant le document d'information les contenant.



108 H. GROUDEL « Un nouveau risque d'instabilité des clauses d'exclusion » *Resp. civ et assur.* 1991, *chron.* 16

109 Cass 1re civ, 22 mai 2001 : *RGDA* 2001. 944

110 H. GROUDEL « Feuille d'interprétation des clauses d'exclusion de garantie dans les polices d'assurances » *Resp. civ et assur* 1989, *chron.* 19

111 Voir par exemples : CA Versailles, 12 nov 1999 : *D* 1999, *inf rap.* 269 / Cass 1re civ 31 oct 1989: *RGAT* 1990. 67

112 Guy COURTIEU « Notes et notices d'information... vers un excès de formalisme ? » *Resp. civ et assur* n° 3, mars 2007, *Etude* 6

113 Voir par exemples : Cass 1re civ 31 oct 1989: *RGAT* 1990. 67 / Cass 1re civ 31 mars 1993 : *Resp. civ et assur* 1993, n° 206

La clause d'exclusion deviendrait alors tout simplement inopérante lorsqu'elle n'est pas portée à la connaissance de l'assuré, ce serait le cas lorsqu'elle figure dans un lexique annexé au contrat sans que les conditions spéciales de celui-ci n'en fassent état<sup>114</sup> ou encore lorsqu'elle est purement absente d'une note de couverture<sup>115</sup>.

Avec l'exigence d'une exclusion limitée, le législateur a sans doute souhaité que la portée ou l'étendue de l'exclusion s'accompagne de netteté, de précision, de certitude, pour que l'assuré sache dans quels cas et conditions il n'est pas garanti.

En lisant la clause, l'assuré doit être en mesure de percevoir que, dans telle situation où il se trouverait placé, une exclusion s'appliquerait.

D'ailleurs, il est de jurisprudence constante que même les clauses claires et précises doivent être expliquées<sup>116</sup>.

**L'acceptation par l'assuré des risques non couverts** - L'assureur doit pouvoir justifier de ce que l'assuré a accepté les risques non couverts portés à sa connaissance.

L'assureur qui entend se prévaloir d'une clause d'exclusion de garantie, doit justifier l'avoir portée

à la connaissance de l'assuré lors de la souscription du contrat, en tout cas avant l'accident<sup>117</sup>.

Dès lors, la seule indication par mention pré-imprimée à la première page du formulaire de demande d'adhésion que «... l' (les) assuré(s) reconnaissent avoir reçu, pris connaissance préalablement à la présente demande d'adhésion, et rester en possession des conditions générales d'assurance qui précisent notamment les risques non couverts » ne suffirait pas à démontrer que les exclusions ont été effectivement portées à la connaissance de l'assuré ou encore que ce dernier les aurait acceptées.

Il est donc impératif que l'exclusion soit connue et acceptée sans équivoque par l'assuré<sup>118</sup>.

Or, ce n'est pas forcément le cas lorsque le document contractuel faisant mention des exclusions est par exemple intitulé « conditions générales valant notice d'information », de sorte que l'on pourrait confondre les deux documents.

La notice d'information est un document spécifique et distinct des conditions générales et particulières regroupant synthétiquement et de façon claire et précise les risques garantis ainsi que les modalités de la mise en jeu de l'assurance<sup>119</sup>.

Par ailleurs, la signature de l'assuré qui ne serait pas précédée de la mention « lu et approuvé » ne permettrait pas non plus d'établir que celui-ci ait pris connaissance et accepté les clauses d'exclusion<sup>120</sup>.

Il incombe alors à l'assureur, tenu d'attirer l'attention de l'assuré sur une clause d'exclusion, de prouver l'exécution de son obligation d'information et de conseil<sup>121</sup>.

**Mais alors qui doit livrer la preuve de l'application d'une clause d'exclusion de garantie ?<sup>122</sup>**



114 Voir par exemple: Cass 1re civ 31 oct 1989: RGAT 1990. 67

115 Voir Par exemple : Cass 1re civ 25 nov 1992 : RGAT 1993. 392

116 Voir par exemple : Cass civ 1re, 9 mai 2001 : Bull civ I, n° 118 et 22 mai 2001 : Bull civ I, n° 146

117 Voir par exemple : C.A Toulouse 17 févr 2000 : JurisData 2000-115511

118 Voir par exemple : C. A Bordeaux 1re Ch, sect A 20 sept 1999, n° rôle : 96/06700

119 Voir par exemple : Cass 2e civ, 24 févr 2005 : JurisData n° 2005-027140

120 Voir par exemple : Cass crim 28 sept 1999 : RGDA 2000. n°1

121 Voir par exemple : Cass 2e civ 8 avr 2004 : JurisData n° 2004-023239

122 R. PERROT « La charge de la preuve en matière d'assurance » RGAT 1961, P. 5

## II - PREUVE ET SANCTION APPLICABLE AUX CLAUSES EXCLUSIVES DE GARANTIE

**La preuve** - Traditionnellement, ce rôle était attribué à l'assuré, qui devait, dans le cadre des dispositions prévues par le droit civil, apporter la preuve que le risque réalisé entrait dans le champ du contrat et donc n'était pas exclu<sup>123</sup>.

Or, la Cour de cassation française a, depuis un arrêt rendu en 1996, inversé sa jurisprudence, pour considérer qu'à partir du moment où le risque se réalise « *dans des circonstances conformes aux prévisions de la police* », (c'est-à-dire à la définition positive du risque), c'est à l'assureur qu'il incombe de prouver qu'il est, néanmoins, éliminé par une exclusion<sup>124</sup>.

Il appartient donc à l'assureur qui invoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de celle-ci<sup>125</sup>.

**La sanction** - En principe, la sanction de la non-conformité de la clause d'exclusion de garantie est la nullité de la clause elle-même<sup>126</sup>.

Mais, lorsqu'une exclusion n'est pas claire, elle ne relèverait plus alors de l'interprétation des juges du fonds et devrait également être déclarée nulle<sup>127</sup>.

Toutefois, la sanction devrait se limiter, au sein de la clause, aux dispositions illicites, de sorte que si certaines des circonstances prévues par cette clause satisfont au caractère formel et limité exigé par le Code des assurances CIMA, ces dispositions devraient demeurer valables, et donc opposables à l'assuré, la clause n'étant pas neutralisée dans son ensemble.

**En définitive** - La clause d'exclusion a pour objet d'exclure un risque particulier de la garantie dans le champ de laquelle il se trouve normalement inclus.

La fonction d'une exclusion de garantie est donc de placer hors du champ de la garantie des risques qui, sans elle, seraient compris dans ce champ.

Dès lors, pour qu'il y ait risque exclu d'une garantie, il est nécessaire d'une part que l'élément visé soit soumis à l'événement aléatoire dont le souscripteur entend se prémunir, d'autre part que cet élément ait vocation à être garanti à défaut de toute précision contraire.

Par voie de conséquence, l'assureur qui se prévaut d'une exclusion reconnaîtrait implicitement que le sinistre entre dans l'objet du contrat.

La Cour de cassation française avait eu l'occasion de définir l'exclusion de garantie en posant que : « *la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie [...] en considération de circonstances particulières de réalisation du risque s'analyse en une clause d'exclusion de garantie* »<sup>128</sup>

Il apparaît nettement que le législateur CIMA a cherché à protéger l'assuré contre une perte trop importante d'une part de garantie, laquelle serait due à une trop grande utilisation des exclusions de garantie, mais aussi à une trop grande imprécision sur les conséquences de ces exclusions.

123 Voir par exemple : Cass 1re civ 22 juill 1964 : RGAT 1965. 213

124 Voir par exemple : Cass 1re civ 13 nov 1990 : RGAT 1990. 51

125 Voir par exemple : Cass 1re civ 9 mars 1999 : Resp. civ et assur 1991, comm. n° 160

126 Voir par exemple : Cass 3e Civ., 26 novembre 2003, pourvoi n° 01-16.126, Bull. 2003, III, n° 205

127 Voir par exemple : Cass 1re Civ., 20 mars 1989, pourvoi n° 86-15.894, Bull. 1989, I, n° 120

128 Voir Cass 1ère Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.058, Bull. 1996, I, n° 413

Il serait alors judicieux de prévoir une protection de l'assuré sur deux fronts :

- Contrôler plus sévèrement les conditions auxquelles les exclusions doivent être soumises pour être valables,
- Changer la qualification de l'exclusion afin de permettre un renversement de la charge de la preuve au profit de l'assuré.

Toute rigueur de Tribunaux en zone CIMA à l'égard de ces dispositions serait compréhensible.

Toutefois, l'annulation systématique de ces exclusions risquerait en revanche de conduire à l'arbitraire et de rompre l'équilibre technique du contrat d'assurance.

L'annulation de toute exclusion de garantie approximative n'est pas non plus souhaitable, car elle protégerait de manière excessive l'assuré et ne l'inciterait pas à la prévention du sinistre.

En fait, si la loi cesse là où cesse la raison d'être, l'assuré qui sait incontestablement préciser les standards figurant

dans l'exclusion, connaît l'étendue exacte de la garantie due et

n'appelle, par suite, aucune protection<sup>129</sup>.

Dès lors, toute exclusion se référant à des standards connus par l'assuré professionnel, devrait être considérée comme valable<sup>130</sup>.

En effet, une exclusion de garantie renfermant des critères approximatifs ne serait pas imprécise en elle-même, mais seulement eu égard à son contexte.

Il faut alors surtout tenir compte de la personnalité de l'assuré et de son aptitude à comprendre l'étendue de la garantie, de sorte que la validité de l'exclusion dépende de sa compétence.

La distinction opérée entre les exclusions se référant à des standards insérées dans les contrats d'assurance de particuliers et celles stipulées dans les contrats d'assurance conclus par des professionnels devrait ainsi permettre d'annuler les premières et de valider les secondes.

Il revient alors à l'assuré de prendre garde pour éviter que son contrat d'assurance ne finisse par ne couvrir aucun risque.

La nécessité du caractère limité d'une exclusion doit donc prévaloir afin que l'exclusion ne finisse pas par vider la garantie de toute sa substance.



129 Y. JOUHAUD « Evolution de la jurisprudence en matière d'assurance » : RGAT 1992. 777

130 Voir par exemple: Civ 1re 20 juill 1994: Bull I, n° 256. 185 (interprété à contrario)



## LES MESURES D'EXECUTION ET LA NECESSITE DE DISPOSER DE TITRE EXECUTOIRE

Note sous Arrêt, Cour d'Appel de Daloa, Chambre civile et commerciale,  
Arrêt n ° 63 - 14 janvier 2005 (CFAO c/ DA et la SGBCI)

« *Pas d'exécution sans titre exécutoire* », tel pourrait précisément être l'adage de la Cour d'appel d'Abidjan à la lecture de cet arrêt du 14 janvier 2005 qui fait émerger la différence fondamentale entre l'exécution forcée et la saisie-conservatoire.

Fort d'une décision d'un tribunal assortie de l'exécution provisoire partielle, une saisie-conservatoire avait été pratiquée par un créancier (D.A) sur les comptes bancaires d'une société (CFAO). Dans la foulée le créancier poursuivant a souhaité convertir cette saisie-conservatoire en saisie-attribution.

D'abord sans succès une première fois le 29 septembre 2004 puisque l'opération avait été annulée pour vice de procédure, ensuite par un nouvel acte de conversion à la date du 19 octobre 2004.

Suite à la requête du débiteur poursuivi, le juge de l'urgence du Tribunal abidjanais, sous l'empire des articles 180 et 181 du code de procédure civile commerciale et administrative ivoirien, avait ordonné la main levée de la saisie-attribution et de l'arrêt de l'exécution provisoire du jugement précité.

Pour échapper à cette suspension, le créancier invoque les termes de l'article 32 de l'Acte uniforme portant voies d'exécution et procédures simplifiées de recouvrement : « *À l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision. L'exécution est alors poursuivie aux risques du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution sans qu'il ait lieu de relever de faute de sa part* » et comme pour mieux cibler la jurisprudence époux Karnib de la CCJA excipe à son profit l'article 10 du traité O.H.A.D.A.

L'appelant fait également état de la validité de la saisie-conservatoire qu'il a opérée conformément aux prescriptions de l'acte uniforme.

Le débiteur poursuivi fait valoir de son côté que l'acte de conversion du 19 octobre 2004 avait été fait en dépit de la signification de la décision du juge de l'urgence suspendant l'exécution provisoire.

Le problème qui se pose, et dont on mesure facilement l'enjeu pratique, était simple : c'est celui de savoir si, après une saisie – conservatoire pratiquée sur le fondement d'un



Bakary DIALLO  
Docteur en Droit des Affaires  
Avocat

jugement exécutoire par provisoire, il est encore possible pour un juge national de suspendre de l'exécution provisoire.

La cour d'appel d'Abidjan répond affirmativement à cette question, en se bornant à constater qu'en l'espèce le titre exécutoire par provisoire avait perdu son caractère exécutoire.

Il y a lieu en tout cas de considérer que la saisie – conservatoire qui n'est pas une mesure d'exécution n'immunise pas le créancier contre l'arrêt de l'exécution provisoire.

## I - LA SAISIE-CONSERVATOIRE N'EST PAS UNE MESURE D'EXÉCUTION

La saisie- conservatoire est la forme la plus énergique des mesures conservatoires, mais elle demeure une mesure essentiellement provisoire. Elle consiste à rendre indisponible certains biens du débiteur afin d'éviter que celui- ci ne se rende insolvable en les aliénant ou en les dissimulant pour les faire échapper à d'éventuelles poursuites.

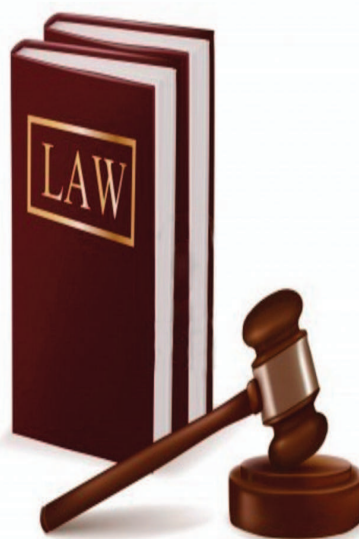
En revanche, si en dépit de l'indisponibilité qui frappe les biens saisis, le débiteur saisi ne s'exécute pas volontairement, le créancier saisissant va mettre fin à cette situation provisoire en procédant à la conversion de la saisie- conservatoire en saisie- vente ; cette saisie -vente est anciennement dénommée saisie-exécution.

À la différence des mesures conservatoires les mesures d'exécution ont pour objet propre d'entraîner une véritable éviction du débiteur sous la forme d'un transfert de droit comparable à une véritable expropriation. C'est en raison d'ailleurs de cette gravité qu'elles sont soumises à des dispositions particulièrement rigoureuses.

C'est précisément ce qui se passe dans le présent arrêt rapporté. Après avoir obtenu du tribunal une décision assortie de l'exécution provisoire, le créancier a souhaité convertir la saisie- conservatoire en une saisie-vente qui lui permettra de procéder à la réalisation des biens

saisis. Car à la différence de la saisie-vente la saisie- conservatoire se singularise par l'absence de tout commandement de payer préalable au débiteur poursuivi.

Le législateur, soucieux d'accélérer la procédure, a innové en la matière, en substituant à l'instance en validité un simple acte de conversion. Cette solution est faite pour éviter la lenteur procédurale.



Cette conversion en saisie-vente obligatoire a lieu en deux temps. D'abord, l'acte de conversion est signifié au débiteur. Ensuite, faute de paiement dans le délai imparti, la procédure de mise en vente peut être engagée (pas avant).

La conversion s'opère au moyen

d'un acte d'huissier de justice qui doit contenir un certain nombre de mentions prescrites, à peine de nullité par l'article 69 de l'Acte uniforme.

Ces mentions s'inspirent de l'idée que la conversion est un acte qui assure le relais entre une saisie- conservatoire qui conserve ses effets et une saisie-vente qui en prend la suite, mais dont il faut préparer la mise en œuvre par des énonciations qui lui sont spécifiques.

Faute d'avoir scrupuleusement respecté cette formalité, la première tentative de conversion du créancier a été annulée. Le débiteur s'est engouffré dans cette brèche pour demander sur le fondement de l'article 181 du code de procédure civile ivoirien l'arrêt de la procédure d'exécution provisoire.

La cour d'appel a fait droit à cette demande arguant du fait que le titre exécutoire par provision avait « perdu son caractère exécutoire ». Que faut- il comprendre par cette motivation ?

La vérité c'est que la saisie- conservatoire n'est pas une mesure d'exécution. Sans doute la saisie- conservatoire peut donner l'illusion de sauvegarder très efficacement les intérêts du créancier. Mais parce qu'il n'y avait pas transfert d'un patrimoine à un autre, parce qu'il n'y a pas un commandement de payer, sa situation reste exposée.

## II - DE L'ALTÉRATION DU TITRE EXÉCUTOIRE PAR PROVISION

Cet arrêt n'est pas sans rappeler l'arrêt Epoux Karnib, comme dans la présente espèce le premier président de la cour d'appel d'Abidjan avait prononcé la suspension de l'exécution du jugement de condamnation sur le fondement des articles 180 et 181 du code de procédure civile ivoirien. Comme dans notre espèce le demandeur faisait état de la violation de l'article 32 de l'Acte uniforme, auquel ne peuvent se substituer les articles sus cités, au regard de l'article 10 du Traité O.H.A.D.A.

Toutefois depuis cet arrêt, la jurisprudence de la juridiction supranationale a évolué, la CCJA a notamment précisé que : « l' article 32 de l' Acte uniforme portant voies d' exécution n'est pas applicable , dès lors que la procédure litigieuse n' a pas pour objet de suspendre une exécution forcée déjà engagée, mais plutôt d' empêcher qu' une telle exécution puisse être entreprise sur la base d' une décision assortie de l' exécution provisoire et frappée d' appel » ( arrêts n° 12,13, 14 /2003).

Par la suite et de manière constante et répétée, la Haute juridiction communautaire a jugé que cet article n'autorise en aucun cas un premier président à arrêter l'exécution provisoire déjà entamée.

On le voit donc, dorénavant, seul demeure fondamentalement déterminant ce critère des mesures d'exécution. C'est à partir de ce seul

critère que le juge supranational a fixé le principe de l'irréversibilité de l'exécution provisoire. C'est à partir également de ce seul critère qu'il a décliné toute sa doctrine.

La seule question qui vaille donc la peine d'être posée dans le cadre de l'arrêt rapporté est celle de savoir si en l'espèce cette exécution avait déjà été engagée.

Dans une espèce à tous points identiques soumise à la connaissance de la Cour Commune, la juridiction supranationale par un arrêt du 27 janvier 2005 (affaire D.E. c/ LIMBA .S.A) avait rejeté un pourvoi et approuvé le Président de la Cour d'appel de Bouaké d'avoir en application des articles 180 et 181 du Code ivoirien de procédure civile commerciale et administrative ordonné la suspension de l'exécution provisoire d'un jugement émanant du Tribunal de Travail de Bouaké. Son attendu mérite une relecture :

*« Attendu qu'il résulte de l'article 69 de l'Acte uniforme que la transformation de la procédure conservatoire en procédure d'exécution nécessite la signification par le créancier au débiteur d'un acte de conversion de la saisie-conservatoire en saisie-vente ;*

*Attendu en l'espèce que Monsieur D.E n' a pas produit d' exploit portant signification à la société LIMBA S.A. d' un acte de conversion prévu par 69 sus énoncé de l' Acte uniforme susvisé ; qu' à défaut de cet acte, la saisie litigieuse n' a pas atteint le stade de l' exécution ;*

*qu' elle est demeurée une simple mesure conservatoire à laquelle ne s'applique pas l' article prétendument violé de l' Acte uniforme susvisé, dont les dispositions régissent exclusivement les mesures d' exécution pratiquées en vertu d' un titre exécutoire par provision : qu' en conséquence le pourvoi n' est pas fondé et doit être rejeté. »<sup>131</sup>*

Difficile d'être plus clair. Dans le cas de l'arrêt rapporté, le créancier est également resté au stade de la saisie-conservatoire ; en sorte que l'annulation de l'acte de conversion du 29 septembre 2004 a eu pour effet d'altérer le titre exécutoire. Par voie de conséquence, cette altération avait permis au débiteur poursuivi de profiter de la brèche ouverte pour se prévaloir de l'article 180 du Code de procédure civile ivoirien qui autorise le juge de l'urgence d'ordonner la suspension de la procédure d'exécution provisoire.

Compte tenu de la jurisprudence de la CCJA sur la question, cet arrêt de la chambre civile et commerciale de la Cour d'appel d'Abidjan du 14 janvier 2005 doit être pleinement approuvé. Le débiteur a su parfaitement profiter de la maladresse de son créancier en s'engouffrant assez subtilement dans la brèche ouverte par l'annulation de l'acte de conversion.



<sup>131</sup> CCJA n° 5 /2005 du 27 janvier 2005 affaire D.E.c/ LIMBA.S.A. note Bakary DIALLO . Penant n° 853.p.519-524.



## BREVES DE JURISPRUDENCE CCJA POUR LE SECOND SEMESTRE DE L'ANNEE 2012

**C**hers lecteurs, nous mettons ci-dessous à votre disposition, les brèves sur la jurisprudence de la Haute juridiction du Droit des Affaires OHADA pour le dernier semestre de l'année 2012, en espérant que les dernières vous ont permis d'être fixés sur l'évolution de la Cour et ses positions sur certaines questions précises. Nous vous prions de trouver ci-dessous la substance, non de toutes les décisions qui ont été rendues sur la période, mais de celles qui présentent un intérêt pour l'évolution de la jurisprudence. Ainsi, les décisions dont l'économie est donnée ci-dessous ont été rendues en matière de :

### I – COMPETENCE DE LA COUR

• **Société commerciale – Décès d'un actionnaire ayant dévolu par testament ses actions – Droit pour les héritiers d'obtenir communication des documents sociaux – Application du Droit OHADA – Non – Compétence de la CCJA – Non**

**Arrêt n°082/2012 du 04 décembre 2012 : Aff. Sté IMMOBILIERE ELAIS C/ ROCHET Alexandre, ROCHET Edouard et autres**

« ... attendu qu'en l'espèce, il est constant que la question juridique essentielle est celle de savoir si les sieurs ROCHET et consorts ont qualité pour solliciter la communication d'informations relatives aux intérêts de leur grand-mère, feu Marthe BLOHORN, auprès d'établissements financiers, banques et autres sociétés dans lesquels celle-ci détenait des

sommes, titres ou autres droits ; que s'il est vrai que le problème soumis à l'appréciation de la Cour met en présence des sociétés commerciales et se rapportent à des actions, titres sociaux et informations y relatives, il n'en demeure pas moins que les consorts ROCHET ne se sont pas prévalus de la qualité d'actionnaires de la société ELAIS ou d'autres structures appartenant à leur feu grand-mère, mais ont plutôt agi en leur qualité d'héritiers testamentaires soucieux de rassembler des informations devant leur permettre de mieux renseigner l'exécuteur testamentaire dans la perspective de la liquidation de la succession ; que cela est d'ailleurs d'autant plus vrai que ces derniers ont saisi toutes les personnes physiques ou morales ayant entretenu ou susceptibles d'avoir entretenu des relations d'affaires avec leur auteur et pouvant lui être redevables à quelque titre que ce soit, sans que ces démarches aient eu pour but une immixtion dans la gestion des sociétés ou constitué une entorse à l'application du droit des sociétés commerciales ; attendu qu'en enjoignant à des personnes physiques ou morales de communiquer des documents et informations de nature à les renseigner sur le patrimoine de leur auteur, l'arrêt dont est pourvoi n'est fondé sur aucun Acte uniforme ou Règlement prévu au Traité relatif à l'OHADA, la seule référence à des dispositions d'un Acte uniforme dans l'argumentaire des parties au litige n'étant pas de nature à changer ni le sens ni la motivation de l'arrêt attaqué ; qu'il s'ensuit que les conditions de la compétence de la Cour de céans telles que précisées à l'article 14 sus énoncé ne sont pas réunies... ».

• **Saisie-attribution de créance – Contestation rejetée – Paiement – Contestation paiement – Assignation en remise en état du**



Jérémie WAMBO  
Avocat au Barreau du Cameroun  
Assistant Juriste Référendaire  
(CCJA/OHADA)

**compte – Arrêt ordonnant la remise en état du compte – Pourvoi en cassation – Compétence de la CCJA – Non**

**Arrêt n°098/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. BANK OF AFRICA-MALI dite BOA-MALI SA C/ LTA-MALI SA**

« ... attendu qu'il ressort des pièces du dossier de la procédure que depuis « l'assignation en référé devant le Tribunal de commerce de Bamako » jusqu'à l'arrêt infirmatif n°371 du 27 novembre 2009, objet du présent pourvoi, en passant par l'ordonnance infirmée n°149/09 du 02 novembre 2009, la présente affaire est relative à une action en remise en état pour faire cesser un trouble manifestement illicite causé par un paiement indu intenté par LTA-MALI SA contre BOA-MALI SA sur le fondement des articles 689, 690, 706 et suivants du code malien de procédure civile, commerciale et sociale et comme tel ne soulève pas de questions relatives à l'application de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution comme le prétend la demanderesse au pourvoi ; que l'évocation par cette dernière, pour la première fois, en



cause de cassation, des dispositions dudit Acte uniforme ne peut, à elle seule, justifier la saisine de la Cour de céans ; qu'il suit que cette dernière doit se déclarer incompétente ».

## II – RECEVABILITE DU RECOURS



- **Recours en cassation – Délai – Deux mois de la signification de la décision – Art.28.1 du Règlement de procédure – Délai de distance – Art.1 Décision n°002/99/CCJA – Violation – Irrecevabilité du recours – Oui**

**Arrêt n°095/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. GABON TELECOM SA C / Sté ETB GABON Sarl**

« ... attendu qu'en l'espèce, l'arrêt attaqué a été rendu le 11 avril 2008 par la Cour d'appel de Libreville et signifié à la GABON TELECOM SA le 22 avril 2008 ; que conformément aux dispositions sus énoncées, la Sté Gabon Télécom avait jusqu'au 14 juillet 2008 au plus tard pour exercer son recours en cassation contre cet arrêt ; qu'ayant exercé son recours le 25 novembre 2008, soit plusieurs mois après l'expiration du délai, son pourvoi est irrecevable ; qu'il y a lieu par conséquent de déclarer irrecevable le recours de la Sté Gabon Télécom ».

- (Pourvoi mixte) **Fin de non-recevoir – Condition de recevabilité – Avant toute défense au fond – Oui**

**– Art.97.1 Code de Procédure Civile et Commerciale de Cameroun – Violation – Irrecevabilité – Oui**

**Arrêt n°096/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. Monsieur K.P.E C/ Monsieur T.R.**

Le juge communautaire contrôle l'application de la loi nationale lorsque le recours dont il est saisi met en cause à la fois les dispositions de la loi nationale et de la loi communautaire. L'illustration est donnée par cet arrêt à partir duquel on peut se rendre compte que pour se prononcer sur la violation excipée d'une disposition d'un Acte uniforme, il s'est d'abord prononcée sur l'application ou la violation de l'article 97 du Code camerounais de procédure civile en ces termes : « ... qu'il ressort de ces écritures que l'exception n'a pas été soulevée in limine litis, avant toute défense au fond comme le prescrit l'article 97 sus indiqué ; qu'il y a lieu de la rejeter ».

- **Redressement judiciaire – Production de créance - Contestation – Rejet implicite du juge commissaire – Opposition audit rejet – Jugement – Voie de recours – Pourvoi en cassation – Non – Sanction – Irrecevabilité**

**Arrêt n°070/2012 du 17 Août 2012 : Aff. BIAO – CI C/ Sté IVOIRIENNE DE PRODUITS DE NEGOCE**

La voie de recours ouverte contre un jugement statuant sur opposition à une décision du juge commissaire est l'appel : « attendu, en l'espèce, que le jugement dont pourvoi, qui s'est

prononcé sur la créance de la BIAO-CI, a statué sur une revendication relative à l'existence de la créance de la BIAO-CI sur la Sté IPN et est susceptible d'appel ; qu'il s'ensuit que le recours en cassation formé contre le jugement n°555 rendu le 26 février 2009 par le Tribunal de Première Instance d'Abidjan doit être déclaré irrecevable ».

- **Société en redressement judiciaire – Personne habilitée à ester en justice – Représentant légal de la société – Non – Recevabilité du pourvoi en cassation formé par la gérante d'une Sarl en redressement judiciaire – Non – Article 52 AUPCAP – Oui**

**Arrêt n°074/2012 du 29 novembre 2012 : Aff. Sté MADAOU Sarl C/ SN SOSUCO**

Aux termes de l'article 52 de l'Acte uniforme portant organisation de procédures collectives d'apurement du passif « la décision qui prononce le redressement judiciaire emporte de plein droit à partir de sa date et jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement en liquidation des biens assistance obligation du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens sous peine d'inopposabilité de ces actes... ». En application de ce texte, la Cour a estimé « qu'il résulte de ces dispositions que la faculté d'exercer les voies de recours est confiée au syndic, lequel se substitue au débiteur ; qu'il s'en suit que la gérante de la Sté MADOUA Sarl, en l'occurrence Mme KONE née OUEDRAOGO A. ne s'étant pas faite assister par le syndic, n'est pas recevable à se pourvoir en cassation contre l'arrêt attaqué... ».

- Cour d'Appel – Arrêt ADD ordonnant une expertise – Recours en cassation contre ledit arrêt – Recevabilité – Non

**Arrêt n°072/2012 du 17 Août 2012**  
: Aff. Sté des MINES DE L'AIR (SOMAÏR) S.A. C/ NETCOM TRADING & INDUSTRY S.A.

Les décisions qui se bornent à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ne sont pas susceptibles de voies de recours, dès lors qu'elles ne tranchent pas le fond du litige. Elles ne peuvent être attaquées que dans les cas énumérés par la loi : « attendu qu'il est de principe que les décisions rendues en dernier ressort qui, sans trancher dans leur dispositif une partie du principal, ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, ne peuvent être frappées de pourvoi en cassation indépendamment des décisions sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi ; attendu, en l'espèce, que l'arrêt attaqué s'est borné à ordonner une expertise comptable aux fins de procéder à une réédition des comptes entre les parties, de désigner le Cabinet YERO pour y procéder, de dire que les frais seront supportés par les parties et de dire que l'expert déposera son rapport dans un délai de trois mois ; que, dès lors, le pourvoi de la SOMAÏR S.A, formé contre ledit arrêt qui ne tranche cependant rien quant au principal, doit être déclaré irrecevable ».

### III – VOIES D'EXECUTION

- Vente sur saisie immobilière – Audience éventuelle – Demande incidente fondée sur un fait postérieur à l'audience éventuelle – Recevabilité – Condition de délai – Inobservation – Sanction – Irrecevabilité

**Arrêt n°066/2012 du 17 Août 2012**  
: Aff. Sté GENERALE DE BANQUE AU SENEGAL C/ COMPAGNIE AFRICAINE FORESTIERE DES ALLUMETTES

Aux termes de l'article 299 de l'AUPSRVE, « les contestations ou demandes incidentes doivent, à peine de déchéance, être soulevées avant l'audience éventuelle. Toutefois, les demandes fondées sur un fait ou un acte survenu ou révélé postérieurement à cette demande et celle tendant à faire prononcer la distraction de tout ou partie des biens saisis, la nullité de tout ou partie de la procédure suivie à l'audience éventuelle ou la radiation de la saisie, peuvent être présentées après l'audience éventuelle, mais seulement, à peine de déchéance, jusqu'au huitième jour après l'adjudication ». Dès lors, les dires déposés la veille de l'audience d'adjudication et tendant à voir ordonner la suspension des poursuites sur le fondement d'une ordonnance présidentielle rendue quelques mois plus tôt et admettant le saisi au bénéfice du règlement préventif doivent être déclarés irrecevables comme hors délai : « qu'en déclarant les dires de la CAFAL recevable pour avoir été déposés dans le délai prescrit alors qu'ils n'ont été déposés que la veille de la date fixée pour l'adjudication de l'immeuble saisi, la Cour d'appel de Dakar a violé, par mauvaise application, les dispositions sus énoncées de l'article 299 susvisé ; qu'il y a lieu, en conséquence, de casser son Arrêt n°71 rendu le 11 février 2008 et d'évoquer, sans qu'il soit besoin d'examiner le second moyen de cassation ».

- Saisie-conservatoire de créances – Déclarations du tiers saisi reconnaissant détenir des sommes

pour le compte du débiteur saisi – Obtention par le saisissant du titre exécutoire – Conversion de la saisie-conservatoire en saisie-attribution – Réclamation du reversement des sommes saisies – Refus du tiers saisi qui déclare s'être trompé au moment de sa déclaration – Application de l'art.81 al.1 – Non – Déclaration inexacte – Oui – Application de l'art.156 AUPSRVE – Oui – Condamnation du tiers saisi au paiement des causes de la saisie.

**Arrêt n°067/2012 du 17 Août 2012**  
: Aff. BICI SENEGAL C/ SARL BPS SENEGAL

« ... attendu qu'au regard des dispositions combinées sus énoncées de l'article 81 alinéa 1 de l'Acte uniforme susvisé, le tiers saisi ne peut être condamné aux causes de la saisie que s'il s'est abstenu, sans motif légitime, de fournir les renseignements prévus ; qu'en l'espèce, la BICIS, ayant reconnu expressément avoir fait une erreur en déclarant la situation de la SOMAR S.A. qui serait une société différente de celle poursuivie, la SOMAR SARL, alors que le procès-verbal de saisie-conservatoire de même que l'ordonnance ayant autorisé celle-ci ont mentionné l'identité exacte du débiteur, il convient de retenir que son attitude correspond plutôt à une déclaration inexacte telle que prévue à l'article 156 sus énoncé... ».

- Saisie-vente de biens meubles appartenant à autrui – Nécessité de la preuve de la propriété des biens saisis – Oui – Défaut de preuve – Sanction – Mainlevée de la saisie.

**Arrêt n°075/2012 du 29 novembre 2012** : Aff. ATTIE FADEL C/ Ayants-

**droit de YAO KOUAME Léon représentés par KONAN Michel**

La preuve de la propriété du bien saisi ne peut être déduite de ce qu'au moment de la saisie-vente, les enfants du débiteur étaient sur les lieux « ... que par conséquent, en motivant que le simple fait de trouver sur les lieux de la saisie-vente les enfants de dame ROLA SAKSOU prouve que les biens saisis appartiennent à cette dernière, la Cour d'Appel n'a pas fait la preuve de son affirmation et en entrant en condamnation du requérant, elle a violé les dispositions pertinents des articles 91 alinéa 1er de l'Acte uniforme susvisé ; qu'il convient donc de casser... ».

- **Saisie-attribution de créances – Mainlevée de ladite saisie donnée par lettre par le saisissant – Effet de la lettre – Inopérant – Conséquence – Maintien de la saisie.**

**Arrêt n°068/2012 du 17 Août 2012 : Aff. Sté LIBYA OIL TCHAD C/ GAMMA SARL, BANQUE SAHELO-SAHARIENNE POUR L'INVESTISSEMENT**

« ...mais attendu que la mainlevée de saisie-attribution pratiquée ne peut être ordonnée que par décision de justice ou ne peut résulter que d'un acte d'huissier de justice instrumentaire et non simplement par lettre ; que ne rapportant pas la preuve de l'existence d'une décision judiciaire ayant ordonné la mainlevée des saisies pratiquées ou d'un acte d'huissier de justice ayant procédé à ladite mainlevée, la procédure de saisie demeure... ».

- **Saisie-attribution de créances – Contestation – Omission d'appeler**

**le tiers saisi à l'instance – Sanction – Irrecevabilité de l'action en contestation – Non – Mauvaise interprétation de l'art.170 AUPSRVE – Oui – Sanction – Cassation**

**Même arrêt**

« ... attendu que l'irrecevabilité tirée de l'art.170 de l'Acte uniforme précité ne porte que sur le mode de saisine de la juridiction compétente et le délai imparti pour élever la contestation contre la saisie ; qu'en confirmant l'ordonnance déclarant irrecevable l'assignation de la société Libya Oil Tchad S.A pour n'avoir pas appelé le tiers saisi à l'instance de contestation, la Cour d'Appel a, par mauvaise interprétation, violé l'art.170 sus indiqué ; qu'il échet en conséquence de casser l'arrêt attaqué... ».

- **Mainlevée de saisie des rémunérations prononcée par le juge des référés – Restitution des sommes perçues ordonnée par ledit juge sans précision de montant – Saisie-attribution pratiquée sur la base de l'ordonnance de référé ainsi rendue – Validité – Non – Compétence du juge de l'exécution pour délivrer titre exécutoire complémentaire – Non – Sanction – Cassation**

**Arrêt n°069/2012 du 17 Août 2012 : Aff. Sté DES MINES D'ITY C/ MONSIEUR KOUA KONNAN**

Le juge de l'exécution n'est pas compétent pour délivrer un titre exécutoire complémentaire, encore moins pour corriger ou modifier le titre exécutoire dont il est simplement chargé de gérer les

difficultés d'exécution : « ... attendu que le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée ; que, selon le principe de l'intangibilité du titre exécutoire, le juge de l'exécution ne peut modifier le dispositif de la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites sous couvert d'interprétation ; qu' en l'espèce l'Ordonnance n°1650 sur le fondement de laquelle la saisie-attribution a été pratiquée n'a précisé ni le montant à restituer, ni la personne qui doit procéder à ladite restitution ; que c'est à la suite de la demande de la SMI en mainlevée de saisie-attribution pratiquée en vertu de l'Ordonnance n°1650 pour défaut de titre exécutoire que Monsieur KOUA KONAN Léopold a, par demande reconventionnelle, sollicité que la SMI soit ordonnée à lui restituer les sommes qu'elle détient pour le compte de la COOPEC sous astreinte de 2.000.000 FCFA par jour de retard à compter du prononcé de la décision ; que par Ordonnance n°819 rendue le 03 juin 2008 ordonnant la mainlevée sollicitée, le juge de l'exécution a par ailleurs fait droit à la demande reconventionnelle de Monsieur KOUA KONAN Léopold modifiant ainsi le titre à exécuter à savoir l'Ordonnance 1650 alors que son rôle n'est pas de délivrer, directement ou indirectement, un titre exécutoire complémentaire au titre à exécuter au risque de le modifier ; qu'en statuant ainsi, le juge des référés, juge de l'exécution, a outrepassé sa compétence et sa décision doit être annulée sur ce point... ».

- **Saisie-attribution de créances – Effet attributif – Art.154 AUPSRVE – Défense à exécution ordonnée postérieurement à la saisie – Validité de la saisie – Oui – Obligation de déclaration du tiers**



**saisi – Inobservation – Sanction – Application de l'art.156 AUPSRVE – Condamnation au paiement des causes de la saisie – Oui**

**Arrêt n°080/2012 du 04 Décembre 2012 : Aff. COMPAGNIE INDUSTRIELLE DU BOIS, SOCIETE SIVOBOIS C/ KONAN KOFFI Jacques**

Une ordonnance de défense à exécution d'un titre exécutoire rendue postérieurement à une saisie-attribution pratiquée en vertu dudit titre ne le remet aucunement en cause, dès lors que l'ordonnance de défense intervenue n'a pas d'effet rétroactif : *« attendu que la tentative de justification desdites sociétés qui prétendent que les défenses à exécution ordonnées par le Premier Président de la Cour d'Appel après la saisie-attribution ont fait que celle-ci était dès lors dépourvue de titre exécutoire est inopérante car l'ordonnance de défense n'a pas d'effet rétroactif et est donc sans influence sur les actes d'exécution déjà accomplis qui peuvent être poursuivis aux risques et périls du créancier saisissant ; qu'ainsi, en tirant de la carence des sociétés CIB et SIVOBOIS à satisfaire sur le champ leur obligation légale de déclaration la sanction consistant en la condamnation au paiement des causes de la saisie-attribution qui avait immédiatement produit son effet attributif conformément à l'article 154 de l'AUPSRVE, l'arrêt dont est pourvoi a fait une juste application des dispositions des articles sus énoncés dont la violation est invoquée au moyen ; qu'il y a lieu de le rejeter... ».*

**• Saisie-attribution de créances – Incorporation des frais d'huissier dans l'acte de saisie – Art.157 AUPSRVE – Nécessité d'une**

**ordonnance de taxe desdits frais – Non**

**Arrêt n°084/2012 du 04 Décembre 2012 : Aff. Ayants droits de CHAIBOU MAIKANO C/ COMPAGNIE IVOIRIENNE D'ELECTRICITE, Sté IVOIRIENNE de BANQUE**

Aux termes de l'article 157 alinéa 3 de l'AUPSRVE, l'acte de saisie contient à peine de nullité *« le décompte distinct des sommes réclamées en principal, frais et intérêts échus, majorés d'une provision pour les intérêts à échoir dans le délai d'un mois prévu pour élever une contestation... ».*

*« ... attendu qu'il apparaît que les frais et intérêts échus, ainsi que la provision pour les intérêts à échoir dans le délai d'un mois, sont ceux découlant directement des causes de la saisie et qu'aucun titre exécutoire n'est exigé pour leur insertion dans l'acte de saisie ; que donc la Cour d'appel, en ajoutant à l'article 157 susvisé une condition qu'il ne pose pas, a violé ledit article, faisant ainsi encourir la cassation de l'arrêt déféré... ».*

**• Saisie-attribution de créances – Défaut d'indication du domicile du débiteur – Violation art.157.1 AUPSRVE – Sanction – Nullité de l'acte de saisie – Oui – Nécessité d'un préjudice – Non**

**Arrêt n°086/2012 du 04 Décembre 2012 : Aff. KADJANE ABO Théodore C/ SGBCI**

L'article 157.1 de l'AUPSRVE exige à peine de nullité qu'il soit indiqué dans l'acte de saisie le domicile du débiteur. La sanction de nullité

attaché à cette obligation n'est pas subordonnée à un quelconque préjudice : *« ... que la nullité n'appelle aucune autre condition en dehors de l'omission ; qu'aussi, la Cour d'appel en subordonnant à des conditions telles que le préjudice ou l'influence sur la substance de l'acte, a violé ledit article et exposé sa décision à cassation... ».*

**• Saisie-attribution de créance – Signification de l'acte de saisie à la personne du tiers saisi – Obligation de déclaration et de communication des pièces justificatives sur-le-champ – Oui – Art.156 AUPSRVE – Violation – Condamnation au paiement des causes de la saisie – Oui**

**Arrêt n°076/2012 du 29 novembre 2012 : Aff. SGBCI C/ Dame FOUA-BI**

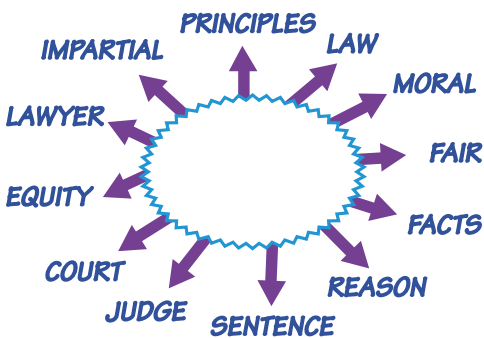
*« ... qu'en se ravisant trois jours après la seconde saisie pour envoyer par correspondance du 13 janvier 2003 ses déclarations et communication des pièces justificatives à l'huissier instrumentaire, la SGBCI, à qui les deux significations des 06 et 10 janvier ont été faites à personne, n'a ainsi pas réagi sur le champ et a donc fait une déclaration tardive, tombant sous le coup de l'article 156 sus énoncé... ».*

**• Saisie-attribution de créance – Déclaration mensongère du tiers saisi niant toute relation avec le saisi – Abandon de la saisie sans dénonciation – Nouvelle saisie effectuée dans les mêmes conditions – Nouvelle déclaration contradictoire du tiers saisi reconnaissant l'existence d'un compte du saisi qui ne fonctionne pas – Collusion frauduleuse entre le**



**tiers et le saisi – Oui – Poursuite du tiers saisi subordonnée à la dénonciation de la saisie – Non – Condamnation au paiement des causes de la saisie – Oui – Art.156.2 AUPSRVE**

Même arrêt n°076/2012



Dans cette espèce, le tiers saisi avait, à la suite d'une première saisie, déclaré n'avoir aucune relation avec le saisi. A l'occasion d'une seconde saisie pratiquée quatre jours plus tard, il a déclaré ne pas pouvoir saisir le compte du saisi en ses livres motif pris de ce qu'il n'était pas concerné par la décision exécutée, avant de se raviser trois jours par la suite pour déclarer par correspondance au saisissant que le compte du saisi en ses livres ne fonctionnait plus depuis longtemps.

Au cours de la procédure consécutive initiée par le saisissant tendant à voir condamner le tiers saisi au paiement des causes de la saisie pour manquement aux dispositions impératives de l'article 156 de l'AUPSRVE, ce dernier a

excipé de la caducité de la saisie parce que n'ayant pas été dénoncée au saisi par le saisissant, avant de soutenir qu'il ne pouvait de ce fait être condamné à en payer les causes. La cour a fait la mise au point suivante : « ... mais attendu que la saisie ne peut être dénoncée au débiteur que si le tiers saisi a régulièrement collaboré à l'opération de saisie en rendant immédiatement disponible au profit du saisissant la propriété des fonds saisis sans y opposer le moindre obstacle ; qu'en l'espèce, la SGBCI, en faisant une déclaration inexacte au saisissant, puis en refusant d'exécuter la saisie-attribution, n'a pas permis à la procédure de saisie d'être menée à son terme, le saisissant ne pouvant pas dénoncer une saisie dont il n'est pas encore attributaire... ».

• **Saisie-conservatoire – Violation par le tiers saisi de ses obligations – Application de l'art.38 AUPSRVE – Conditions – Régularité de la saisie – Oui**

**Arrêt n°081/2012 du 04 Décembre 2012 : Aff. Sté GETMA-CI SA C/ Sté SDV-SAGA-CI SA**

« ... attendu, en effet, que même si la notion de préjudice paraît superfétatoire, l'article 38 en prévoyant des sanctions contre « le tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie » a expressément voulu protéger les saisies régulières qui, sauf décision contraire, doivent être conduites jusqu'à leur terme pour garantir le désintéressement du créancier ; que manifestement cette garantie n'est plus de mise lorsque la saisie a perdu légalement tout effet ; qu'il en est ainsi en l'espèce où mainlevée de la saisie a été ordonnée bien avant l'introduction de l'instance et paiement des causes de la saisie le

12 décembre 2000 ; qu'aussi, la Cour d'Appel en infirmant le jugement entrepris du 31 janvier 2002 et en condamnant au paiement des causes de la saisie, a violé les dispositions sus-indiquées et sa décision encourt la cassation... ».

• **Vente sur saisie immobilière – Jugement d'adjudication – Demande d'annulation – Délai d'introduction de l'action – 15 jours suivant l'adjudication – Art.313 AUPSRVE – Violation – Cassation.**

**Arrêt n°077/2012 du 29 novembre 2012 : Aff. AFRILAND FIRST BANK (ex CCEI-BANK) C/ LELL Emmanuel**

L'article 313 de l'AUPSRVE dispose que « la nullité de la décision judiciaire ou du procès-verbal notarié d'adjudication ne peut être demandée par voie d'action principale en annulation portée devant la juridiction compétente dans le ressort de laquelle l'adjudication a été faite que dans un délai de 15 jours suivant l'adjudication... ». En application de cette disposition, la Cour a indiqué que « ... attendu que dans le cas d'espèce, il ressort des productions que l'adjudication litigieuse a été effectuée le 19 mars 2004, mais que c'est le 03 août 2004, soit 5 mois plus tard que l'assignation en nullité de ladite adjudication a été effectuée ; que tous les arguments développés pour justifier le prononcé du jugement n°52 en date du 19 octobre 2006 du Tribunal de première instance du Wouri à Douala, décision confirmée par l'arrêt n°38/C en date du 18 avril 2008 de la Cour d'Appel du Littoral à Douala sont inopérants et ledit arrêt qui a confirmé la décision du premier juge, laquelle a déclaré nulle et de nul effet l'adjudication de l'immeuble objet du titre foncier n°5272/W a violé l'article 313 susvisé... ».

## IV – PROCEDURE COLLECTIVE D'APUREMENT DU PASSIF

• **SARL en difficulté – Jugement de liquidation des biens prononcé à la requête du gérant nonobstant l'opposition des coassociés – Appel – Dépôt par les coassociés d'un concordat de redressement – Recevabilité – Oui – Admission du concordat – Oui – Jugement de redressement judiciaires**

**Arrêt n°083/2012 du 04 Décembre 2012 : Aff. Henry DECKERS C/ KABORE Aimé, KABORE John Bouraïma et SIABI François**

Dans cette espèce, le gérant de la SARL BELCOT SOCIETE GENERALE BURKINA (BSGB), Henry DECKERS, associé majoritaire, avait prétexté des difficultés de l'entreprise pour déposer au greffe du Tribunal de Grande Instance de Bobo Dioulasso le bilan et solliciter l'ouverture d'une procédure de liquidation, ce à l'insu de ses coassociés. Ces derniers, mis au parfum de la procédure, sont intervenus sans succès, le tribunal ayant accédé à la demande du gérant. Sur appel de ces coassociés qui ont déposé un concordat de redressement ayant motivé une contre-expertise ordonnée par le juge d'appel, la Cour a admis que la SARL BSGB pouvait être redressée, en dépit du fait que le gérant soutenait que ses coassociés n'avaient pas qualité pour déposer un concordat, prérogative réservée selon lui au seul gérant : « ... attendu qu'il est reproché à l'arrêt déféré d'avoir décidé que le concordat s'imposait même en cas de liquidation de biens, ensuite d'avoir reçu et

homologué un concordat déposé par des associés et par le gérant, violant les articles 25 et 27 dudit Acte uniforme ; mais attendu que les articles 25 et 27 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif règlent seulement la procédure en première instance, laissant subsister un vide au second degré ; qu'aussi, c'est en toute logique que cette possibilité de proposer un concordat a été laissée aux appelants s'opposant à la liquidation... ».

## V – DROIT COMMERCIAL GENERAL

• **Contrat de représentation commerciale – Contrepartie – Honoraires mensuels de représentation – Exigibilité des honoraires – Présentation de la facture – Défaut de paiement – Réclamation – Prescription – Application art.18 AUDCG – Point de départ du délai de prescription**

**Arrêt n°085/2012 du 04 Décembre 2012 : Aff. ATTIOGBE KOSSI C/ Sté FAN MILK S.A. LAITERIE NATIONALE**

Lorsque le contrat de représentation commerciale a prévu que les honoraires de représentation seront dus sur présentation de la facture afférente à la période, le délai de prescription de la réclamation du paiement ne peut courir qu'à compter de la présentation de la facture : « que dès lors, la date du 31 juillet 1996 retenue dans l'arrêt comme point de départ de la prescription pour l'ensemble de la créance est en fait la date d'exigibilité de la mensualité de ce mois de juillet et ne saurait

s'appliquer à l'ensemble de la facture qui comporte plusieurs mensualités et qui, compte tenu de la divisibilité, n'ont pas toutes le même point de départ pour le calcul du délai de prescription ; que dès lors seront prescrites seulement les mensualités qui au 28 août 2006 étaient couvertes par les cinq ans ; que tel n'est pas le cas des quinze mensualités allant de septembre 2001 à novembre 2002 ; que la Cour d'appel en retenant la même date pour toutes les mensualités portées dans la facture du 13 avril 2006, a violé l'article 18 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général qui s'applique aux « obligations nées » et non à leur simple support matériel... ».

## VI – INJONCTION DE PAYER

• **Requête aux fins d'injonction de payer – Obligation d'indiquer le montant de la créance avec décompte de ses éléments – Oui – Art.4 al.2.2 AUPSRVE – Violation – Sanction – Irrecevabilité de la requête – Absence d'éléments de la créance à réclamer – Recevabilité de la requête – Oui**

**Arrêt n°088/2012 du 04 Décembre 2012 : Aff. Etablissements SIDI MOHAMED C/ BANQUE INTERNATIONALE POUR L'AFRIQUE AU NIGER (BIA – NIGER)**

L'obligation d'indiquer le montant de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments est subordonnée à l'existence même desdits éléments : « ... attendu que l'obligation d'indication du montant de

la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de celle-ci n'a lieu d'être que lorsque la créance réclamée comporte, en plus de la somme due en principal, d'autres sommes au titre des intérêts, agios, commissions et autres frais accessoires engendrés par les relations ayant donné lieu au litige... ».

- **Ordonnance d'injonction de payer – Opposition – Contradiction entre les montants excipés par les parties – Expertise judiciaire pour déterminer le montant réel dû – Caractère non liquide de la créance – Non – Recours à l'injonction de payer – Oui**

**Arrêt n°079/2012 du 29 novembre 2012 : Aff. SCTM C/ BICEC**

La contestation du montant de la créance ayant amené le juge statuant sur l'opposition à ordonner une expertise à l'effet de déterminer le montant réellement dû ne suffit pas à remettre en question le caractère liquide de la créance et partant la soustraire à la procédure d'injonction de payer dès lors que le débiteur qui conteste le montant réclamé par le créancier reconnaît au moins être débiteur d'une certaine somme qui pouvait déjà être soumise à la procédure d'injonction de payer « ... que la contrariété des prétentions des deux parties a amené le juge de l'opposition à décider d'une expertise relativement au solde du compte querellé, mesure dont les résultats, sans s'imposer au juge, ne pouvait que l'éclairer dans la prise de sa décision ; qu'au demeurant, même si le caractère liquide de la créance de la BICEC pouvait être contesté au moment de l'ordonnance, cette créance était liquide au moins pour le montant que la SCTM a

reconnu sans l'avoir soldé et qui justifierait déjà une procédure d'injonction de payer... ».

- **Signification ordonnance d'injonction de payer – Absence d'indication des intérêts – Violation de l'art.8 AUPSRVE – Non – Validité de l'exploit – Oui**

**Même arrêt n°079/2012**

« ... qu'en outre, un défaut d'indication des intérêts dans un exploit de signification ne remet pas en cause la validité de celui-ci dès lors que ces intérêts ne sont pas réclamés par le créancier qui par ailleurs n'a nullement l'obligation de les réclamer... ».

- **Signification ordonnance d'injonction de payer à Mairie et par lettre recommandée – Preuve de la signification – Nécessité d'un avis de réception par le destinataire de l'acte – Oui – Défaut d'avis de réception – Signification non effective – Oui**

**Arrêt n°090/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. Banque Atlantique de Côte d'Ivoire C/ Sté N2T & Sté GMTCI SA**

« ... que le récépissé d'envoi de la lettre recommandée en date du 05 mars 2004 ne peut valoir à lui seul signification et que seul l'avis de réception peut attester de ce que la Sté N2T a eu connaissance de l'existence de l'acte ; qu'en retenant que le récépissé d'envoi de la lettre recommandée ne vaut pas signification et que faute par le créancier de produire au dossier un acte de signification, ledit récépissé ne faisait pas la preuve de la signification de la décision d'injonction de payer dans les

trois mois de sa date, la Cour d'Appel n'a en rien violé l'article 7 de l'Acte uniforme susmentionné... ».

- **Opposition à injonction de payer – Tentative de conciliation préalable – Oui – Art.12 AUPSRVE – Violation – Absence de sanction légale – Validité de principe du jugement rendu sur opposition – Oui – Preuve d'un préjudice – Nullité du jugement rendu sur opposition – Oui**

**Arrêt n°096/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. Monsieur K.P.E C/ Monsieur T.R.**

La Cour relève que la violation de l'obligation de procéder à une tentative de conciliation préalable des parties en cas d'opposition à injonction de payer n'ayant pas assorti de sanction, le jugement qui en résulte est valable et ne peut être annulé que si la partie qui invoque la violation justifie d'un préjudice qu'il a subi «... attendu que l'article 12 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui prescrit la procédure préalable de tentative de conciliation en cas d'opposition d'une ordonnance d'injonction de payer ne sanctionne cependant pas l'absence de l'exercice de cette obligation et ne subordonne nullement la validité du jugement à intervenir après opposition à la procédure de tentative de conciliation qui peut aboutir ou qui peut être soldé par un échec, dans ce cas la juridiction statue immédiatement ; que sauf si Monsieur KPE démontre que l'absence de conciliation lui a causé un préjudice, la Cour ne peut sanctionner de nullité le jugement ».



• **Ordonnance d'injonction de payer – Fondement de la créance – Chèque non présenté à l'encaissement – Art.2.2 AUPSRVE – Cause du chèque – Don ou libéralité – Absence de cause contractuelle – Art.2.1 AUPSRVE – Nullité de l'ordonnance d'injonction de payer – Oui.**

**Arrêt n°096/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. Monsieur K.P.E C/ Monsieur T.R.**

Dans cette cause, le créancier, fonctionnaire, se prévalait d'un chèque d'un montant de FCFA 30 000 000 à lui remis par son débiteur homme d'affaires qui avait décidé de lui donner une « prime d'encouragement à la résistance à la corruption ». Ledit chèque n'avait même pas été présenté à l'encaissement préalablement au recours à la procédure d'injonction de payer. La Cour a relevé que la créance n'avait pas une origine contractuelle, d'une part, et bien que résultant d'un chèque ne comportait pas la mention d'impayé pour défaut de provision ou pour provision insuffisant, toute chose qui rend impossible le recours à la procédure d'injonction de payer : « attendu que la créance dont se prévaut M. K... matérialisé par un chèque dont les conditions d'émission décrites comme il ressort de ses écritures comme suit : « ... pour tout dire, T... après avoir raconté ci-dessus, ses déboires à Monsieur K..., lui avait dit qu'il avait décidé de lui donner une prime d'encouragement à la résistance à la corruption. Dès lors, il lui avait remis un chèque de trente millions (30 000 000) pour la construction d'une cabane dont les loyers allaient lui permettre de se mettre à l'abri de toute

tentative de corruption... » n'a pas de cause contractuelle au sens de l'alinéa 1er de l'article 2 ; qu'en outre il ne peut non plus justifier la procédure d'injonction de payer sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 2 de l'Acte uniforme du fait que le chèque émis n'a pas été honoré pour défaut de provision ; qu'il échet de constater que la procédure d'injonction de payer telle qu'initiée par Monsieur K... ne répond ni aux conditions prévues à l'alinéa 1er de l'article 2, ni à celles de l'alinéa 2 du même article ; qu'il échet de débouter... ».

## VII – SOCIÉTÉS COMMERCIALES



• **Société anonyme – Suspension du Directeur Général par le Conseil d'Administration – Convocation d'une réunion du Conseil d'Administration pour révoquer le D.G suspendu – Compétence du juge des référés pour ordonner le sursis de la tenue de la réunion du C.A – Oui – Recevabilité de l'appel interjeté par la Directeur Général Adjoint – Oui.**

**Arrêt n°092/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. Sté LEV-Côte d'Ivoire C/ Nathan PELED**

Le juge des référés est compétent pour ordonner le sursis de la tenue d'une réunion du conseil d'administration ayant pour seul ordre du jour la révocation du Directeur Général, en attendant l'issue d'un audit financier prescrit par une ordonnance de référé à la requête dudit D.G. « ... attendu que la demande de sursis à la tenue de la réunion du conseil d'administration de la LEV-CI pour le 03 avril 2006 avec pour seul point à l'ordre du jour la révocation du Directeur général présentée par Monsieur Nathan PELED est une demande qui requiert urgence et ne porte en aucun cas préjudice au principal ; qu'il y a lieu en conséquence de déclarer le juge des référés compétent à examiner la demande ».

Par ailleurs, l'appel interjeté par le Directeur général adjoint contre la décision du juge des référés, en lieu et place du Directeur général suspendu, est recevable : « ... que l'appel interjeté par ledit Directeur général adjoint, à la suite de la suspension du Directeur général, doit être déclaré recevable ».

• **Société anonyme – Représentant légal – Président du Conseil d'Administration – Non – Directeur Général ou Directeur Général – Oui – Recevabilité d'un pourvoi formé par le Président du Conseil d'Administration – Non – Défaut de qualité à agir – Oui**

**Arrêt n°093/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. Sté LEV-Côte d'Ivoire C/ Nathan PELED**

« ... attendu qu'il ressort de l'exploit afin de pourvoi en cassation que le recours a été introduit « à la requête de



la Sté LEV-CI... prise en la personne de son représentant légal Monsieur NEMBELESSINI-SILUE Victor Jérôme, son Président du conseil d'administration » ; que le Président du conseil d'administration n'est pas le représentant légal de LEV-CI S.A et n'a donc pas qualité pour former pourvoi en cassation au nom de la société s'il n'a pas reçu un pouvoir spécial donné à cet effet par le représentant légal ; qu'il échet en conséquence de déclarer irrecevable, pour défaut de qualité à agir, le pourvoi formé par Monsieur NEMBELESSINI-SILUE Victor Jérôme, Président du Conseil d'administration, au nom de LEV-CI S.A... ».

## VIII - REQUETE CIVILE

- (pourvoi mixte) **Requête civile contre un arrêt d'appel – Pourvois simultanés en cassation contre le même arrêt devant la CCJA et devant la Cour suprême nationale – Arrêt de la Cour d'appel faisant droit à la requête civile – Recours en cassation devant la CCJA – Recevabilité du recours – Oui – Recevabilité de la requête civile – Non**

### Arrêt n°100/2012 du 20 décembre 2012 : Agence Judiciaire de l'Etat de Guinée, El Hadj Thierno Aliou C/ Monsieur KABINE KABA & Autres

« ... attendu qu'au regard des dispositions sus énoncées (art.659 Code guinéen de procédure civile, économique et administrative), la requête civile n'est recevable que si la fraude commise et qui a surpris la décision rendue émane de la partie qui en profite et que cette fraude ait eu une influence sur la décision rendue ; qu'en l'espèce, non seulement la supposée fraude résulterait de l'intervention de El Hadj N'Faly CONTE mais également ladite intervention a permis à El Hadj NIANE d'obtenir le contrat de bail à construction ; qu'en retenant « que cette fraude rendue possible par la participation énergique de El Hadj N'Faly CONTE à Wawa, village du défunt président a été le seul élément déterminant pour le juge pour constater le bail de El Hadj Thierno Aliou NIANE », pour déclarer Abdoulaye KABA recevable en sa requête civile, la Cour d'appel de Conakry a, par mauvaise application, violé l'article 659 sus énoncé (...) Déclare irrecevable l'action en requête civile... ».

## IX – RECOURS EN REVISION

- **Recours en révision contre un arrêt de la CCJA – Conditions – Art.49 Règlement de procédure CCJA – Inobservation – Sanction – Irrecevabilité**

### Arrêt n°101/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. Sté IPM C/ SCI Lumière

« ... mais attendu que les manœuvres mensongères ou dissimulations frauduleuses évoquées par la Sté IPM, pour solliciter la révision de l'arrêt n°005 du 02 février 2012 de la Cour de céans, ne figurent nullement dans les conditions fixées par l'article 49 sus énoncé notamment la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision, le recours en révision exercé par la Sté IPM doit être déclaré irrecevable »

## LE TRAITEMENT DES OPERATIONS DE SAISIE-ATTRIBUTION SUR COMPTE BANCAIRE IMPLIQUANT PAR LE TIERS SAISI A L'AUNE DES DISPOSITIONS DE L'AUVE DE L'OHADA

La notion de saisie-attribution de créances est récente dans le vocabulaire des juristes français et de l'Afrique Noire Francophone. En effet, la loi de 1991 en France<sup>132</sup>, le décret du 28 juin 1994 de la République du Mali<sup>133</sup> et l'Acte uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées et des Voies d'Exécution, (indiqué ci-après AUVE)<sup>134</sup> ont remplacé la saisie-arrêt qui était lourde et complexe<sup>135</sup> par la saisie-attribution de créances. Il ressort qu'à l'exception de la législation malienne, les autres législations nationales antérieures des Etats parties à l'Acte uniforme ne connaissaient que l'ancienne saisie-arrêt.

La saisie-attribution de créances, comme son nom l'indique, est une voie d'exécution forcée dont l'objet est de permettre à un créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible, d'en obtenir le paiement en saisissant entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent (les articles 153 à 152 AUVE). Cette procédure peut aboutir sans l'intervention judiciaire s'il n'y a pas d'incidents. Plus que son caractère coercitif, cette mesure

d'exécution forcée est une procédure simple, facile et efficace.

Dans l'opération de saisie-attribution, le tiers saisi joue un rôle considérable. En effet, l'adoption du décret malien et l'Acte uniforme sur les voies d'exécution sus référencés ont fait du tiers saisi, un personnage incontournable et important de la saisie-attribution, lequel a des obligations. Selon les articles 153 et suivants de l'AUVE, le tiers saisi est le détenteur de sommes d'argent appartenant au débiteur saisi. Dès lors, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage d'Abidjan (CCJA) définit le tiers-saisi comme étant: « la personne qui détient les sommes d'argent dues au débiteur saisi en vertu d'un pouvoir indépendant, même si elle les détient pour le compte d'autrui »<sup>136</sup>. Il résulte donc que le tiers saisi est le débiteur du débiteur saisi, c'est-à-dire celui qui doit une somme d'argent au débiteur saisi. Il doit être une personne distincte du débiteur saisi. L'existence d'un lien de subordination est exclusive de la qualité de tiers saisi.

Il est important de préciser que les dispositions combinées des articles 161 à 163 de l'AUVE prévoient des



**Boubacar BADJAGA**  
Docteur en Droit  
Magistrat

règles particulières lorsqu'il s'agit des saisies de comptes bancaires, à savoir la saisie-attribution et la saisie-conservatoire de créances<sup>137</sup>. Les établissements visés par ces textes sont les banques proprement dites et d'autres établissements financiers comme les centres de chèques postaux, les caisses d'épargne et de crédit. Excepté les comptes de titres, les valeurs déposées dans les coffres loués et les bons de caisse au porteur, les autres comptes tels que les comptes d'espèce, les comptes de dépôt ou les comptes courants peuvent faire l'objet de saisie-attribution.

La saisie-attribution pratiquée sur comptes bancaires n'étant pas

<sup>132</sup> La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

<sup>133</sup> Le décret malien, n° 94-226/P.RM du 28 juin 1994 portant code de procédure civile, commerciale et sociale : articles 691 à 696 relatifs à la saisie-attribution.

<sup>134</sup> L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, J.O. OHADA n° 6, 01/06/98, p. 1 et s.

<sup>135</sup> DONNIER Marc, « Bilan du droit de la saisie arrêt face au nouveau code de procédure civile », Mélanges A. WEILL, Dalloz, Litec, 1983, p. 199 ; DONNIER Marc et DONNIER Jean-Baptiste, « Voies d'exécution et procédures de distribution », 7ème éd. Litec 2003, p. 327.

<sup>136</sup> CCJA, Arrêt n° 009/2005 du 27 janvier 2005, dans l'affaire Société AFROCOM-Côte d'Ivoire contre CITIBANK.

<sup>137</sup> L'article 58 AUVE régissant la saisie-conservatoire de créances fait un renvoi à l'article 161.

dirigée contre le tiers saisi<sup>138</sup> est plutôt une procédure qui permet à un créancier (le saisissant) d'obtenir par prélèvement sur les comptes bancaires ouverts au nom de son

débiteur sans intervention judiciaire s'il n'y a pas d'incidents, une somme égale au montant de sa créance.

Pour examiner mieux le traitement

des opérations de saisie-attribution sur compte bancaire par le tiers saisi au Mali, il convient de dégager d'abord la procédure (I) avant de se pencher sur les effets (II).

## I - LA PROCÉDURE DE LA SAISIE-ATTRIBUTION

La procédure simplifiée de la saisie-attribution comporte 3 phases : la phase de la saisie notamment la

signification de l'exploit de saisie-attribution au tiers saisi (A), la dénonciation de cette saisie au

débiteur (B) et le paiement du créancier par le tiers saisi (C).

### A) LA SIGNIFICATION DE L'EXPLOIT DE SAISIE-ATTRIBUTION AU TIERS SAISI

La première phase de la saisie-attribution se déroule entre l'huissier du créancier saisissant et le tiers saisi. Le créancier procède à la saisie par acte d'huissier signifié au banquier, tiers saisi. L'acte doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires dont l'heure de la saisie<sup>139</sup>. La signification de l'exploit de saisie-attribution au tiers saisi entraîne des obligations à son

égard. En effet, au sens des dispositions de l'article 38 AUVE, les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures en vue de l'exécution des créances. Ils doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis. Ce texte met ainsi à la charge du tiers des obligations tant positives que négatives, notamment un devoir d'information et un devoir d'abstention.

Dans son rôle actif, conformément aux dispositions de l'article 156 AUVE, le tiers saisi doit faire « *sur-le-champ* » à l'huissier ou à l'agent d'exécution une déclaration relative à l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur saisi ainsi que les modalités qui pourraient les affecter, et s'il y a lieu, les cessions de créance, la délégation ou les saisies antérieures. Il doit également

<sup>138</sup> Comme toute saisie mobilière, la saisie-attribution de créances est pratiquée entre les mains du tiers conformément aux dispositions de l'article 50 de l'AUVE.

<sup>139</sup> L'exploit de saisie-attribution doit contenir à peine de nullité les mentions suivantes (Art. 156 et 157, al. 2, 1° à 5°) :

1°) L'identité et le domicile des parties, débiteur saisi et créancier saisissant;

2°) L'énonciation du titre exécutoire en vertu duquel la saisie-attribution est pratiquée ;

3°) Des précisions relatives aux sommes réclamées, à savoir le décompte des sommes en principal, frais et intérêts échus, majorés d'une provision pour les intérêts à échoir dans le délai d'un mois prévu pour élever une contestation ;

4°) L'indication que le tiers saisi est personnellement tenu envers le créancier saisissant et qu'il lui est fait défense de disposer des sommes saisies dans la limite de ce qu'il doit au débiteur ; On voit que l'acte uniforme prend soin d'informer le tiers saisi dans l'exploit de saisie les effets de la saisie pratiquée notamment l'indisponibilité de la créance, objet de la saisie-attribution.

5°) L'exploit de saisie-attribution doit contenir la reproduction littérale des articles 38, 156 et 169 à 172 de l'AUVE ; les premières sont relatives aux obligations incombant au tiers saisi et aux sanctions prévues en cas d'inexécution de ces obligations ; les secondes dispositions sont relatives aux contestations que peut faire le débiteur saisi.

6°) L'exploit de saisie-attribution doit enfin indiquer l'heure à laquelle il a été signifié au tiers saisi (article 157, al. 3) ; cette mention s'avéra utile en cas de concours de saisies-attributions effectuées le même jour (Art 155) ; mais contrairement aux autres mentions, l'omission de l'heure n'est pas sanctionnée par la nullité de l'exploit ;

7°) L'exploit de saisie-attribution doit contenir la déclaration du tiers saisi relative à l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter (article 156).

communiquer copie des pièces justificatives<sup>140</sup>. Il doit indiquer aussi la nature du ou des comptes du débiteur ainsi que leur solde au jour de la saisie (Art. 161). La déclaration du tiers saisi ainsi que les pièces justificatives doivent être mentionnées dans l'acte de saisie<sup>141</sup> ou, au plus tard, dans les cinq jours si l'acte n'est pas signifié à personne.

Mais, les dispositions de l'article 156 sus visées sont-elles strictement respectées par le tiers saisi au Mali dans les opérations de saisies sur comptes bancaires ? Engage-t-il sa responsabilité en cas d'inobservation de cette obligation de renseignement pesant sur lui ?

Pour répondre à ces questions, il convient d'examiner, d'une part, l'obligation de déclaration mise à la charge du tiers saisi (1), et d'autre part, les sanctions en cas de manquement à cette obligation (2).

## 1 - L'obligation déclarative à la charge du tiers saisi

L'Acte uniforme met l'accent sur l'importance de la signification de l'exploit de saisie-attribution au tiers saisi. Même si l'article 157 AUBE ne le note pas expressément, l'exploit de saisie-attribution doit être signifié au tiers saisi à personne et non à domicile sauf lorsqu'il demeure à l'étranger. Ce résultat est

incontestable dans la mesure où l'obligation de déclaration pèse sur le tiers saisi dès la signification de l'exploit. Elle est d'ailleurs confirmée par les dispositions de l'article 159 AUBE. Il s'agit, là, de la saisie pratiquée entre les mains des receveurs, dépositaires ou administrateurs de caisse ou de deniers publics notamment les banquiers.

Au regard de ce qui vient d'être évoqué, sauf motif légitime telle qu'une saisie pratiquée dans une agence bancaire qui ne détenait pas elle-même le ou les comptes du débiteur<sup>142</sup>, la déclaration du tiers saisi doit être effectuée sur le champ. L'objectif principal de cette réponse immédiate est d'éviter une fraude entre le tiers saisi et son client.

Cependant, il apparaît qu'au Mali, cet objectif essentiel est loin d'être atteint puisqu'en pratique, le tiers saisi qui reçoit personnellement la signification de l'acte de saisie remet systématiquement la réponse à plus tard sans motif valable. Il y a lieu de préciser que dans la République du Mali, la déclaration affirmative du tiers saisi est constamment faite dans les trois ou cinq jours alors que ces renseignements doivent être communiqués en principe « sur le champ » à l'huissier de justice qui en fera la mention dans l'acte de saisie (art. 156), lequel lui est délivré

à personne<sup>143</sup> et non à domicile.

Une exception à la règle de la signification à personne est prévue si le tiers saisi demeure à l'étranger. C'est dans cette situation exceptionnelle que les déclarations et communication doivent être faites, au plus tard, dans les cinq jours.

Aussi, dans certaines situations, la production des renseignements requis exige parfois pour le tiers saisi des recherches plus ou moins longues, rendant difficile une réponse sur le champ. Il s'agit des circonstances particulières empêchant le tiers saisi de faire la déclaration dans le délai imparti. De toute façon, la légitimité du motif évoqué est appréciée in concreto par la jurisprudence telle qu'une panne technique, ou lorsque l'huissier instrumentaire s'est adressé à une personne (secrétaire) dont il a eu conscience qu'elle n'était pas compétente pour répondre immédiatement<sup>144</sup>. Ce qui laisse entendre que l'huissier aussi doit faire diligence en interpellant prudemment le tiers saisi pour rechercher au besoin la personne susceptible de lui fournir des renseignements nécessaires. Il a déjà été jugé que le tiers saisi qui n'a pas répondu à la demande de renseignement du saisissant bénéficie d'un motif légitime lorsque

140 Cette communication permet au créancier saisissant de savoir dans quelles conditions une créance a pu sortir du patrimoine de son débiteur, ne serait-ce que pour vérifier, le cas échéant, la régularité de l'opération.

141 L'acte de saisie qui ne comporterait pas la déclaration du tiers saisi est sanctionné de nullité (CCJA, Arrêt n°008/2002 du 21 mars 2002, dans l'affaire Société PALAMAFRIQUE contre KONAN BALLY KOUAKOU).

142 TGI Paris, juge exéc., 15-3-1999 : GP.2000.som.889.

143 Au sens de l'article 159 AUBE, l'acte de saisie doit être délivré sous peine de nullité à la personne préposée pour la recevoir ou à la personne déléguée par elle.

144 Cass. 2ème civ., 4-10-2001 : RJDA 1/02 no 91



l'huissier fait preuve d'un manque de diligences<sup>145</sup>.

Il convient d'inviter nos huissiers de justice de prendre tous les moyens nécessaires permettant au tiers saisi de répondre sur-le-champ, notamment lorsqu'ils remettent l'acte de saisie à une préposée du tiers saisi, de l'informer suffisamment des conséquences pour son employeur, de son éventuel refus de répondre sur-le-champ puisqu'une interpellation insuffisante est considérée comme un motif légitime autorisant le tiers saisi à différer sa réponse.

De tout ce qui précède, il ressort que sauf motif légitime, toute non déclaration dans le délai imparti telle que constatée dans la pratique bancaire malienne, est considérée tardive allant à l'encontre de l'esprit de l'article 156, lequel exige une réponse immédiate. En différant la déclaration prévue par la loi sans motif valable, le tiers saisi engage ainsi sa responsabilité.

Par conséquent, cette déclaration différée pourrait être sévèrement répréhensible par application aux dispositions de l'article 156.

## 2 - Les sanctions

Les conditions de sanction de

l'obligation à l'égard du tiers saisi sont déterminées par la CCJA notamment la validité de la saisie-attribution pratiquée<sup>146</sup> et le manquement à l'obligation du tiers saisi doit être de nature à entraîner l'une des sanctions prévues par le législateur. Il est de jurisprudence constante<sup>147</sup> et selon les dispositions de l'article 156 al. 2 AUGE : «... *Toute déclaration inexacte, incomplète ou tardive expose le tiers saisi à être condamné au paiement des causes de la saisie, sans préjudice d'une condamnation au paiement des dommages-intérêts* ». Il résulte que le tiers saisi qui n'a pas fait de déclaration ou n'a donné les renseignements que tardivement peut être condamné à payer les causes de la saisie, voire les dommages-intérêts.

C'est en ce sens que la CCJA a condamné le tiers saisi au paiement des causes de la saisie dès lors qu'il n'a pas fait la déclaration affirmative dans les forme et délai prévus par l'article 156 AUGE. En l'espèce, le tiers saisi avait fait sa déclaration hors délai, au greffe du TPI de Ouagadougou et avait déclaré des cessions des créances non accompagnées des pièces justificatives. La CCJA a confirmé l'arrêt attaqué, lequel avait jugé que ces manquements par le tiers saisi aux obligations mises à sa charge l'exposent au paiement de la

créance réclamée, indépendamment de toute autre cause susceptible d'éteindre la créance du saisi à son égard<sup>148</sup>.

Au Mali, la déclaration affirmative du tiers saisi qui est pratiquement faite hors délai l'expose sans doute au paiement de la créance, cause de la saisie, sans préjudice d'une condamnation au paiement de dommages-intérêts s'il est prouvé qu'il n'a pas fait une déclaration « sur le champs » à l'huissier de justice sans motif légitime conformément aux dispositions de l'article 156 AUGE. Il est facile d'apporter cette preuve dans la mesure où il a été sus évoqué que le banquier malien ne fait pas sa déclaration affirmative dans les délais impartis par la loi, et répond systématiquement à l'huissier instrumentaire dans les trois ou cinq jours<sup>149</sup>. Dès lors, la jurisprudence a considéré qu'en remettant à plus tard la déclaration alors que le tiers saisi devrait répondre immédiatement à l'huissier de justice, la CBT n'a pas observé les dispositions de l'article 156 al. 2 AUGE<sup>150</sup>.

L'exigence d'une réponse immédiate paraît rigoureuse. Une telle exigence n'est pas du tout choquante pour l'établissement bancaire s'il est évident que le tiers saisi peut

145 cf. Cass.civ, 2, 21 -3- 2002, Sté Blanchet c/ Normand : RJDA 7/02 no 806.

146 Si la saisie-attribution est nulle, le tiers saisi ne sera pas condamné à garantir les causes de la saisie, pas plus qu'il ne sera pas condamné à des dommages-intérêts.

147 Cour d'appel d'Abidjan, Arrêt n° 34 du 09 janvier 2001.

148 CCJA, Arrêt n° 027/2005 du 07 avril 2005, dans l'affaire SONAR c/ PAPME, le Juris Ohada, n° 3/2005, p. 32, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 5, janvier-juin 2005, volume 1, p. 78.

149 Une saisie signifiée au siège d'une banque vise toutes les agences de celle-ci situées au Mali, une saisie signifiée à une agence ne concerne que cette agence.

150 CCJA, Arrêt n° 015/2009 du 16 Avril 2009.

aisément savoir s'il est ou non débiteur du débiteur saisi. Avec l'essor informatique, le banquier a la possibilité de connaître à tout moment la situation d'un compte ou des comptes.

Dans tous les cas, il a été noté ci-haut que la sanction encourue par le tiers saisi peut être double : la condamnation au paiement des causes de la saisie et une condamnation au paiement des dommages-intérêts<sup>151</sup>. Dès lors, est condamné à des dommages-intérêts le tiers saisi qui a commis une négligence fautive en ne répondant pas immédiatement à l'huissier et en communiquant directement au créancier, plusieurs mois après la saisie, le montant du compte courant d'associé du débiteur saisi au jour de la procédure alors qu'il avait tous les éléments pour donner les informations dans un délai raisonnable, négligence qui avait causé un préjudice au créancier car ce dernier n'avait pas pu lui réclamer le paiement des sommes dues, faute d'en connaître le montant<sup>152</sup>. La condamnation au paiement des dommages-intérêts est régulière et doit être confirmée, dès lors que son défaut de déclaration dans les délais impartis par l'article 156 AUVÉ a causé un préjudice

certain au créancier en l'empêchant de poursuivre la saisie-attribution engagée. Toutefois, les dommages-intérêts prévus par ce texte doivent être distingués des intérêts moratoires, ces derniers étant les intérêts légaux produits par la créance, cause de la saisie<sup>153</sup>.

Il est important d'attirer l'attention des conseillers juridiques des banques de la place que la première sanction (la condamnation au paiement des causes de la saisie) peut être plus grave dans l'hypothèse où la créance, cause de la saisie, est largement supérieure à la somme de la créance, objet de la saisie. Le tiers saisi sera alors condamné à payer plus que ce qu'il doit. En plus de ces deux sanctions, faut-il ajouter qu'en cas de refus du tiers saisi de faire la déclaration, le juge peut à bon droit le condamner sous astreinte à communiquer à l'huissier instrumentaire les renseignements demandés<sup>154</sup>. Le refus de renseignement n'est pas justifié si l'établissement bancaire invoque le secret professionnel<sup>155</sup> ou lorsqu'il invoque l'absence du directeur financier lors du premier passage de l'huissier puis des responsables du service comptable, et lorsque celui-ci était revenu le même jour après la fermeture des bureaux<sup>156</sup>.

Mais s'expose-t-il à une condamnation au paiement des causes de la saisie si au jour de la saisie, le tiers saisi n'était tenu d'aucune obligation envers le débiteur ? La CCJA et la cour de cassation française ont répondu à l'unanimité à cette question par la négative au motif qu'il serait illogique d'obliger le tiers saisi à garantir la créance du poursuivant par une condamnation aux causes de la saisie<sup>157</sup>.

Si la déclaration du tiers saisi est négative, c'est-à-dire qu'il déclare ne pas ou ne plus être le débiteur du débiteur saisi notamment en cas de compensation. Dans ces hypothèses, la procédure de la saisie-attribution prend fin. Dans ces cas, la jurisprudence française considère que le banquier doit également préciser le montant de leur solde débiteur<sup>158</sup>. Mais la cour de cassation française précise que le banquier n'a pas à révéler les mouvements du compte antérieurs au jour de la saisie<sup>159</sup>. Dans le cas contraire où la déclaration du tiers saisi est affirmative, la procédure de la saisie-attribution poursuivra son cours normal.

151 Cour d'Appel d'Abidjan, n° 214, 6-2-2004, dans l'affaire la dame KOFFI Amenan et sept autres ayants droit de KOUADIO KAN c / OUEDRAOGO Ossen, Alliance Africaine d'Assurances.

152 CA Paris du 11-9-2008 n° 08-00295 : BRDA 23 /08.

153 CCJA, Arrêt n°13, 29-6-2006 : AGETIPE-MALI c/ Sté Smeets et Zonen, Le Juris-Ohada, n° 4/2006, p. 14.

154 TGI Paris réf. 25-3-1982 : Rev. Huissiers 1982.743 note Faget, prononçant une astreinte de 1 000 F par heure de retard.

155 Cass. civ. 1-7-1999 : RJDA 1/00 n° 86.

156 Cass. 2ème civ. 2-4-1997 no 401 : RJDA 1/03 n° 67.

157 Cass. 2ème civ. 5 juillet 2000, Aff. Comptoir des entrepreneurs C/ Mainetti, Bull. civ. II. N° 114 ; D. 2001, p. 722, col. 2

158 CA Paris, 19 mai 1994, D. 1994, I R p. 192.

159 Cass. 2ème civ. 5 juillet 2000 Pan East International c/Sté générale, Bull. civ II, n° 110.

## B) LA DÉNONCIATION AU DÉBITEUR

Jusque-là, officiellement, le débiteur saisi ignore encore l'existence de la saisie-attribution puisque l'exploit de la saisie-attribution a été signifié au tiers saisi. Ce nouvel exploit aura pour objet d'informer le débiteur saisi de la saisie-attribution pratiquée entre les mains du tiers saisi (Art 160).

Dans un délai de 8 jours, la saisie doit être portée à la connaissance du débiteur par acte d'huissier; à défaut, la procédure est caduque, c'est-à-dire privé d'effet (art.160, al.1<sup>er</sup>).

L'exploit de dénonciation doit comporter, à peine de nullité, un certain nombre de mentions

obligatoires et doit rappeler au débiteur qu'il peut autoriser par écrit le créancier à se faire remettre sans délai les fonds par le tiers saisi (art 160, al. 2) . En pratique, le banquier informe également très vite son client de la saisie. Après l'acte de dénonciation, le paiement est la phase finale de la saisie-attribution.

## C) LE PAIEMENT DU CRÉANCIER SAISSANT PAR LE TIERS SAISI

Cette phase met en présence le créancier saisissant et le tiers saisi. Si le compte est débiteur, la saisie-attribution est sans effet. En revanche, si le compte est créditeur, il incombe au créancier saisissant de requérir le paiement de la créance ou des sommes qui lui ont été attribuées.

Le paiement peut être effectué par le tiers saisi avant l'expiration du délai de contestation si le débiteur a déclaré par écrit ne pas contester la saisie. Si aucune contestation n'a été soulevée, le tiers saisi procède également au paiement sur présentation d'un certificat du greffe

attestant qu'aucune contestation n'a été formée dans le mois suivant la dénonciation de la saisie. C'est pourquoi la CCJA a cassé un arrêt de la Cour d'Appel de Bamako pour avoir ordonné aux banques, tierces saisies, « de payer des sommes qu'elles ont reconnues devoir, alors que les parties saisissantes n'avaient pas présenté un certificat du greffe attestant qu'aucune contestation n'avait été formée dans le délai d'un mois », comme le prévoit l'article 164 de l'Acte uniforme<sup>160</sup>.

Par contre, si une contestation a été faite par le débiteur devant le juge de l'exécution, le paiement des

sommes saisies est différé jusqu'au règlement de la contestation. Si le juge rejette la contestation, le paiement peut avoir lieu sur présentation de la décision exécutoire de la juridiction rejetant la contestation.

Dans la limite des sommes versées, le paiement éteint l'obligation du tiers saisi et celle du débiteur. Si les sommes versées sont insuffisantes, le créancier saisissant pourra poursuivre son débiteur pour le surplus.

## II - LES EFFETS DE LA SAISIE-ATTRIBUTION DU OU DES COMPTE(S)

Comme dans les pays membres de l'OHADA, en France aussi, le tiers saisi doit déclarer au saisissant l'étendue de ses obligations à l'égard du saisi (l'article 44 de la loi de 91).

Il a été dit qu'en outre, le banquier doit indiquer à l'huissier la nature du ou des comptes du débiteur ainsi que le solde au jour de la saisie. Il doit également rendre indisponible

l'ensemble des comptes du débiteur qui représentent des sommes d'argent (compte de dépôt, compte courant, compte épargne de toute nature).

<sup>160</sup> CCJA, Arrêt n° 015/2004 du 29 avril 2004, dans l'affaire Société Energie du Mali dit EDM-SA contre Jean IDRIS KOITA.

La saisie-attribution a donc pour effet d'attribuer immédiatement la créance saisie au saisissant. Là, il convient de donner une explication précise sur l'expression « attribution immédiate au profit du créancier de la créance saisie » de l'article 154.

Dès la signification de l'exploit de saisie-attribution au tiers saisi, la créance saisie n'est pas remise physiquement au créancier saisissant même si elle est indisponible pour le débiteur et « virtuellement » la propriété du

créancier saisissant<sup>161</sup>. L'indisponibilité (A) qui en résulte concerne la totalité du compte. Toutefois, il importe de préciser que certaines créances de sommes d'argent sont insaisissables (B).

## A) L'INDISPONIBILITÉ DU OU DES COMPTE(S) DU DÉBITEUR

La saisie-attribution pratiquée entre les mains de l'établissement bancaire ou assimilé en sa qualité de tiers saisi rend indisponible la créance, objet de la saisie. Cela signifie que le tiers saisi ne doit pas payer le débiteur saisi. En effet, l'établissement bancaire ou assimilé doit faire d'abord la déclaration provisoire à l'huissier ou à l'agent d'exécution le jour même de la saisie notamment la nature du ou des comptes du débiteur ainsi que leur solde. Puis, à l'expiration du délai de quinze jours, il fera la déclaration définitive afin de procéder à la régularisation des opérations en cours.

Cependant, une atténuation est prévue à la régularisation des opérations dans le délai de quinze jours pour la contrepassation où le délai est d'un mois. L'article 161 al. 3 prévoit également que les effets de commerce escomptés et non payés à leur présentation ou à leur échéance, lorsque celle-ci est

postérieure à la saisie, peuvent être contrepassés par la banque dans le délai d'un mois qui suit la saisie.

Il est nécessaire de rappeler qu'avant le décret malien et l'Acte uniforme sur les voies d'exécution sus évoqués, la saisie des comptes ne frappait que les sommes inscrites à la date de la saisie et ne pouvait concerner des sommes ultérieures qui viendraient à être inscrites sur lesdits comptes dans les pays membres de l'OHADA.

Ces textes modernes tiennent désormais compte des mouvements dans les opérations bancaires. Il est donc admis que le solde provisoire déclaré peut être affecté par des opérations<sup>162</sup> limitativement énumérées dès lors qu'il est établi que la date de ces opérations est antérieure à celle de l'exploit de saisie-attribution (article 161).

Dès lors, le tiers saisi a parfaitement rempli ses obligations en tirant au

profit du créancier (saisissant) un chèque en paiement des causes de la saisie<sup>163</sup>.

Il convient de noter que dans le délai de quinze jours ouvrables suivant la saisie, les sommes laissées au compte sont totalement indisponibles, c'est-à-dire que la banque procède au blocage du compte pendant ce délai. Toutefois, au sens de l'article 154, seules les sommes qui correspondent au montant de la créance, cause de la saisie, seront attribuées immédiatement au créancier saisissant, les fonds excédentaires restent toujours indisponibles du fait de la signification de l'exploit de saisie-attribution au tiers saisi.

Il y a lieu de préciser que ce délai de quinze jours est théorique pour calculer le montant ad hoc puisqu'en pratique, au Mali, très régulièrement, les sommes saisies sont virées sur un compte spécial afin de permettre le fonctionnement du compte.

<sup>160</sup> CCJA, Arrêt n° 015/2004 du 29 avril 2004, dans l'affaire Société Energie du Mali dit EDM-SA contre Jean IDRIS KOITA.

<sup>161</sup> L'effet attributif est l'innovation de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution comme l'appellation de saisie-attribution l'indique. En effet, il y a transfert de propriété dès la signification de l'exploit de saisie-attribution au tiers saisi, même si ce dernier ne peut pas encore payer le créancier saisissant. Tout se passe comme si le transfert de propriété est instantané. Le créancier saisissant devient aussitôt le créancier du tiers saisi.

<sup>162</sup> Le créancier saisissant peut voir le solde provisoire affecté à son avantage ou en sa défaveur par des chèques ou des effets de commerce remis avant la saisie afin d'être encaissés mais qui n'avaient pas encore été portés au crédit ou au débit du compte saisi.

<sup>163</sup> TPI Yaoundé, ord. n° 232, 8-1-2004 : Bénédicte NGU BIAKA c/ BICEC SA.



Il résulte que cette indisponibilité totale dérogeant au droit commun de la saisie, n'est pratiquement pas respectée au Mali. Il s'en suit que très souvent, les banques maliennes, ne tenant pas compte d'une procédure spéciale relative à la saisie-attribution sur comptes bancaires, observent à tort ou à raison le droit commun de la saisie-attribution où l'indisponibilité est partielle. Le banquier malien procède automatiquement au cantonnement<sup>164</sup> lorsque le montant des sommes saisies excède celui de la créance, cause de la saisie.

Pourtant, il est constant que cette procédure spécifique à la saisie-attribution sur comptes bancaires est nécessaire pour procéder facilement à la régularisation des opérations en cours. En effet, il est prévu par l'article 161 alinéa 7 que « le solde n'est affecté par ces éventuelles opérations de débit et de crédit que dans la mesure où leur résultat cumulé est négatif et supérieur aux sommes non frappées par la saisie au jour de leur règlement ».

Pour pratiquer une saisie-attribution sur les comptes bancaires, encore

faudrait-il que la créance de sommes d'argent, objet de la saisie-attribution, existe dans son principe au jour de la saisie. Elle doit être également disponible c'est-à-dire une créance saisissable puisqu'en principe, les créances de sommes d'argent déclarées insaisissables ne peuvent faire l'objet d'une saisie-attribution.

## B) LE SORT DES CRÉANCES INSAISSABLES PORTÉES AU CRÉDIT D'UN COMPTE

Au sens des dispositions de l'article 52 AUGE, les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables. Cet article met ainsi fin au principe de la fongibilité des sommes provenant de créances insaisissables versées sur un compte bancaire. Ainsi, le titulaire du compte peut, sur justification de l'origine des sommes, demander au tiers saisi que soit laissée à sa disposition une somme d'un montant équivalent. C'est en ce sens que l'article 53 nous donne quelques précisions sur ces créances insaisissables. Ce texte protège les gains et salaires du conjoint en cas de saisie pratiquée sur le compte bancaire joint alimenté par les gains et salaires des époux communs en bien<sup>165</sup>. Par

exemple, lorsqu'un tel compte fait l'objet d'une saisie-attribution pour le paiement d'une créance née du chef de la femme, il est aussitôt laissé à la disposition de l'époux commun en bien une somme équivalente, à son choix, au montant des gains et salaires versés au cours du mois précédant la saisie ou au montant moyen mensuel des gains et salaires versés dans les douze mois précédant la saisie.

Il convient d'ajouter qu'au Mali, le compte joint est souvent ouvert par des couples mariés sous le régime de la monogamie<sup>166</sup>. Faut-il préciser que le décès d'un des co-titulaires n'entraîne pas le blocage du compte joint. Ce type de compte implique la solidarité active de chacun des co-

titulaires qui peut faire fonctionner seul le compte en question mais aussi la solidarité passive des co-titulaires qui sont solidaires des dettes.

Il est nécessaire de préciser que la détermination des biens et droits insaisissables est laissée par l'Acte uniforme sur les voies d'exécution (article 51 AUGE) au pouvoir souverain de chaque Etat-partie. En effet, l'article 705 CPPCCS du Mali précise que ne peuvent être saisis les provisions nécessaires à son alimentation et à celle des membres de sa famille vivant habituellement avec lui; la partie de son salaire indispensable à sa subsistance et à celle des membres de sa famille vivant habituellement avec lui et

<sup>164</sup> Le cantonnement a pour effet de rendre immédiatement disponibles certaines sommes d'argent soustraites de l'assiette de la saisie.

<sup>165</sup> L'article 385 de la loi n° 2011-087 du 30 décembre 2011 portant code des personnes et de la famille précise que le présent code organise au Mali entre autres la communauté universelle, la communauté réduite aux acquêts et les autres communautés convenues entre les époux.

<sup>166</sup> L'article 307 du code des personnes et de la famille prévoit que le mariage peut être contracté sous le régime de la monogamie ou de la polygamie.

incapables de travailler; les pensions civiles et militaires, les indemnités ou rentes perçues en vertu de la réglementation sur les accidents du travail dont le débiteur est bénéficiaire. Il ressort que ces insaisissabilités légales sont fondées sur la nécessité d'assurer la protection du débiteur saisi et celle de sa famille.

Aussi, certaines insaisissabilités légales peuvent avoir pour fondement la protection de l'intérêt général. Ainsi les biens des collectivités publiques ou les biens nécessaires au fonctionnement des syndicats sont généralement déclarés insaisissables par la loi. Les subventions allouées par l'Etat sont également insaisissables.

Dès lors, il a été jugé qu'il doit être donnée main levée de la saisie-attribution de créances pratiquée sur les comptes bancaires d'un centre de recherches après avoir relevé que ces sommes constituent des subventions allouées par l'Etat et sont à ce titre des biens insaisissables conformément aux dispositions des articles 51 et 52 AUVE<sup>167</sup>.

Les différentes lois nationales antérieures des Etats-parties consacraient déjà ces solutions. Au Mali, c'est l'article 220 du Régime Général des Obligations (RGO) qui prévoit l'insaisissabilité des biens

étatiques. Ainsi, le juge des référés de la commune IV de Bamako, statuant publiquement, en la forme des référés et en 1<sup>er</sup> ressort, s'est inspiré de la jurisprudence sus dérogée pour déclarer la saisie-attribution pratiquée en date du 07 décembre 2010 par Maître Sékou DEMBELE irrégulière et en ordonner la main levée en ces termes : « Il est de jurisprudence constante telle que prévue par l'arrêt CCJA n° 011 du 29 juin 2006 que les créances allouées par l'Etat sont insaisissables et que par conséquent doit être donnée main levée de saisie-attribution de créances lorsqu'il est prouvé que les sommes saisies constituent des subventions allouées par l'Etat et sont à ce titre des biens insaisissables au sens des articles 51 et 52 AUVE et 220 RGO, et ce, quelle que soit la mobilité desdits fonds »<sup>168</sup>.

En l'espèce, il est constant tel qu'il ressort du procès-verbal de saisie-attribution en date du 07/12/2010, qu'une immobilisation a été opérée sur les avoirs du Bureau du Vérificateur Général (indiqué ci-après, Bureau du VGAL) au niveau de la Banque de développement du Mali SA ; or, il est également constant tel que prévu par la loi n° 03-030 du 25 août, instituant le Bureau du VGAL et tel que non dénié par le défendeur que le requérant est une autorité administrative indépendante de

l'Etat, dotée et fonctionnant avec les fonds mis à sa disposition par l'Etat du Mali.

Il est établi aussi tel qu'il ressort des pièces du dossier, notamment par la lettre n° 01287 du 18 mai 2007 du Ministre de l'Economie et des Finances au Directeur Général de la BOA que les comptes bancaires du bureau du VGAL sont des fonds publics provenant essentiellement du budget de l'Etat, et qui, par nature, sont insaisissables.

C'est par ces motifs que le juge des référés a ordonné la main de saisie-attribution le 07 décembre 2010 sur les avoirs du VGAL au niveau de la Banque de développement du Mali SA.

A côté des insaisissabilités légales, certains Etats consacreront probablement des insaisissabilités résultant de la seule volonté de l'Homme. Aussi, certains actes juridiques tels qu'une donation ou un legs pourront contenir des clauses d'insaisissabilité (l'ancien article 271 al. 2 du code de procédure civile de la Côte d'Ivoire).

<sup>167</sup> CCJA, Arrêt n° 011/2006 du 29 juin 2006, dans l'affaire Centre National de Recherche Agronomique dit CNRA C/ AFPE-CI Sécurité SARL.

<sup>168</sup> Ordonnance de référé, n° 913/P. TPI. CIV, n° 2189/RC, n° 1931/RC, rendue le 20 décembre 2010.

## LES RECENTS DEVELOPPEMENTS DE LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE OHADA EN MATIERE D'INJONCTION DE PAYER

**A**u nombre des procédures de recouvrement instituées et organisées par l'AUPSRVE<sup>169</sup>, la procédure d'injonction de payer figure en bonne place et constitue une bonne partie du contentieux du recouvrement traité par la haute juridiction communautaire. Elle est par définition une procédure rapide qui permet à un créancier d'obtenir plus simplement un titre exécutoire en vue du recouvrement forcé de sa créance.

La procédure d'injonction de payer est règlementée par l'AUPSRVE en ses articles 1 à 18.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de l'AUPSRVE, « le recouvrement d'une

*créance certaine, liquide et exigible peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer* ». Cette procédure, bien que suffisamment règlementée, présente quelques imperfections qui, sans remettre en question sa quintessence, ont progressivement amené le juge communautaire à asseoir une jurisprudence sur certaines questions précises.

Les développements qui vont suivre, appuyés par les tendances jurisprudentielles récentes de la haute Cour, nous permettront de nous faire une idée bien précise de ce qu'est cette procédure elle-même (II) et des conditions pour y recourir au regard de l'article 1<sup>er</sup> de l'AUPSRVE ci-dessus cité (I).



**Jérémie WAMBO**  
Avocat au Barreau du Cameroun  
Assistant Juriste référendaire  
(CCJA/OHADA)

### I - LES CONDITIONS DU RECOURS A L'INJONCTION DE PAYER

L'injonction de payer ayant pour finalité le recouvrement, ne peut porter que sur une créance

remplissant certaines conditions. Ces conditions tiennent tantôt aux caractères de la créance (A), tantôt à

sa cause ou à son origine (B).

#### A) LES CONDITIONS TENANT AUX CARACTÈRES DE LA CRÉANCE

L'article 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme susvisé exige que la créance présente le triple caractère de certitude, de liquidité et d'exigibilité.

**La certitude de la créance** s'entend de son caractère incontestable. Cela signifie que la créance existe réellement. Ainsi, un créancier ne

peut se fonder sur des factures qu'elle a produites unilatéralement et qui sont contestées par le débiteur pour établir l'existence de sa créance. La haute Cour considère dans ces conditions que la preuve de la certitude de la créance telle que l'exige l'article 1 de l'AUPSRVE n'est pas rapportée<sup>170</sup>.

De même, le banquier ne saurait se fonder sur un compte courant non clôturé pour réclamer à un client le paiement de ce qu'il considère comme solde débiteur dès lors que le principe du compte courant est que tant qu'il n'est pas clôturé on ne peut savoir qui est débiteur et qui est créancier, quand bien même les

<sup>169</sup> Acte uniforme portant organisation de procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

<sup>170</sup> CCJA, arrêt n°004/2013 du 07 mars 2013 : Aff. Sté Nouvelle Scierie d'Agnibilékro dite NSDA Sarl C/ FLUTEC BOIS en Liquidation, inédit

différentes opérations du compte pourraient laisser supposer que le client est débiteur de sommes. La CCJA précise en outre que tant que le compte « *n'est pas clôturé contradictoirement, le solde ne répond pas aux critères de l'article 1er de l'AUPSRVE* »<sup>171</sup>, de surcroît lorsque la convention de compte courant liant les parties spécifie que tous les comptes ouverts « *constituent un compte unique produisant tous les effets légaux et usuels de compte courant transformant toutes opérations en simples articles de crédit et de débit, générateurs, lors de la clôture, d'un solde qui fera seul apparaître une créance ou une dette exigible...* »<sup>172</sup>.

**La liquidité de la créance** signifie que le montant est déterminé. Cela suppose que le créancier dispose

d'éléments de preuve qui permettent de déterminer le montant réclamé.

Toutefois, la jurisprudence semble indiquer que même si le montant réclamé est contesté ou contestable au moment de l'ordonnance d'injonction de payer, la reconnaissance par le débiteur, à l'issue de l'expertise ordonnée par le juge de l'opposition, d'un montant inférieur qu'il n'a pourtant pas soldé était suffisante pour justifier le recours à l'injonction de payer<sup>173</sup>.

De même, un juge d'appel ne peut se fonder sur une différence de montant entre les sommes contenues dans l'ordonnance d'injonction de payer et celles de condamnation à l'issue de

l'opposition à ladite ordonnance pour conclure au caractère non liquide de la créance, dès lors que l'opposition permet au juge d'être saisi de l'entier dossier du litige et de rendre une décision qui se substitue à l'ordonnance d'injonction de payer, tel qu'il ressort des articles 12 et 14 de l'Acte Uniforme sur les Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution<sup>174</sup>.

**L'exigibilité de la créance** signifie qu'elle est échue et que par conséquent le paiement peut être réclamé immédiatement. Ainsi, le paiement d'une créance à terme ne peut être réclamé avant l'échéance du terme, sauf si le débiteur a été déchu du terme.

## B) LES CONDITIONS TENANT À LA CAUSE OU À L'ORIGINE DE LA CRÉANCE

L'article 2 de l'AUPSRVE indique que la procédure d'injonction de payer peut être introduite lorsque la créance a une cause contractuelle (1) ou lorsqu'elle résulte de l'émission ou de l'acceptation de tout effet de commerce ou d'un chèque dont la provision s'est révélée inexistante ou insuffisante (2). Il convient de relever que

contrairement aux conditions précédemment relevées qui doivent être cumulatives, celles évoquées dans la présente section sont alternatives, l'une excluant l'autre, même s'il peut arriver que par coïncidence elles se cumulent.

### 1) – La créance doit avoir une cause contractuelle

La cause contractuelle de la créance ici suppose une relation juridique entre le débiteur et le créancier. Il peut s'agir d'un contrat synallagmatique ou d'un contrat unilatéral, l'essentiel étant qu'il s'agisse d'un contrat. Ainsi, une créance résultant d'une reconnaissance de dette, engagement unilatéral, a bien une

<sup>171</sup> CCJA, arrêt n°009/2013 du 07 mars 2013 : Aff. Sté TPZC et Autres C/ BIAO-CI, inédit.

<sup>172</sup> Même arrêt n°009/2013 du 07 mars 2013

<sup>173</sup> « que la contrariété des prétentions des deux parties a amené le juge de l'opposition à décider d'une expertise relativement au solde du compte querellé, mesure dont les résultats, sans s'imposer au juge, ne pouvait que l'éclairer dans la prise de sa décision ; qu'au demeurant, même si le caractère liquide de la créance de la BICEC pouvait être contesté au moment de l'ordonnance, cette créance était liquide au moins pour le montant que la SCTM a reconnu sans l'avoir soldé et qui justifierait déjà une procédure d'injonction de payer... » CCJA, Arrêt n°079/2012 du 29 novembre 2012 : Aff. SCTM C/ BICEC, inédit.

<sup>174</sup> « Qu'en conséquence, en fondant sa décision de réformation sur une différence du montant de la créance retenu dans l'ordonnance d'injonction de payer et dans le jugement d'instance, l'arrêt incriminé a violé les textes suscités » CCJA, arrêt n° 031/2011 du 06 Décembre 2011 : Aff. Société TRIGON ENERGY Ltd C/ BANQUE COMMERCIALE DU SAHEL, inédit.



cause contractuelle et peut valablement être soumise à la procédure d'injonction de payer. Mais il nous semble que la reconnaissance de dette ne revêtira un caractère véritablement contractuel qu'autant qu'elle laissera transparaître les consentements des personnes concernées. C'est du moins ce que la haute juridiction communautaire semble indiquer dans l'affaire BAO THIEMELE ASSANVON Léon C/ KEJZMAN Robert, objet de l'arrêt n° 015/2012 du 08 Mars 2012, inédit, dans lequel une reconnaissance de dette notariée était libellée ainsi qu'il suit : « par la présente le DEBITEUR reconnaît devoir légitimement au CREANCIER, ici présent qui accepte, la somme de FCFA 190 000 000, pour prêt de pareille somme qu'il lui a consenti dès avant ce jour, directement entre ses mains »<sup>175</sup>.

Dans la pratique, la cause contractuelle est le plus souvent constituée par des bons de commandes et autres factures non honorés, par des engagements non respectés etc.... De la sorte, il y a régulièrement coïncidence et par conséquent cumul entre la cause contractuelle de la créance et l'émission d'effets de commerce et de chèques sans provision.

## 2) – La créance résulte de l'émission ou de l'acceptation d'effet de commerce ou de chèque sans provision

L'émission ou l'acceptation d'effet de commerce telle que la lettre de change ouvre droit au recours à la procédure d'injonction de payer dès que l'engagement pris n'est pas honoré.

Il en est de même s'agissant d'un chèque émis en règlement d'une créance qui, présenté à l'encaissement, est retourné impayé faute de provision ou pour provision insuffisante. Ainsi, un créancier bénéficiaire d'un chèque ne saurait recourir à la procédure d'injonction de payer du seul fait que le signataire est décédé, sans avoir préalablement présenté ledit chèque à l'encaissement pour pouvoir justifier le défaut ou de l'insuffisance de provision<sup>176</sup>. En clair, le bénéficiaire du chèque doit justifier que présenté à l'encaissement il n'a pu être honoré. Les conditions ci-dessus réunies fondent le recours à l'injonction de payer dont la procédure est elle aussi scrupuleusement réglementée.

## II – LA PROCEDURE D'INJONCTION DE PAYER EN ELLE-MEME

La procédure d'injonction de payer comporte deux phases dont l'une est gracieuse (A) et l'autre contentieuse (B).

### A) LA PROCÉDURE GRACIEUSE.

La procédure gracieuse est constituée par la présentation de la requête aux fins d'injonction de payer (1), laquelle peut donner lieu à un rejet ou à la signature d'une ordonnance d'injonction de payer (2).

#### 1) – La présentation de la requête

Aux termes des dispositions combinées des articles 3 et 4 de l'AUPSRVE, le titulaire d'une créance remplissant les conditions

ci-dessus évoquées doit adresser au Président de la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure le débiteur ou l'un des débiteurs, par l'intermédiaire du greffe, une requête accompagnée des documents justificatifs et contenant, à peine d'irrecevabilité :

<sup>175</sup> «... que dans ces conditions, l'acte notarié librement cosigné par BOA et KEJZMAN, spécifiant que la nature de la convention entre ces derniers est un « PRÊT », revêt bien un caractère contractuel, autorisant ainsi le créancier KEJZMAN à mettre en œuvre l'article 2 de l'AUPSRVE... »

<sup>176</sup> CCJA, Arrêt n°096/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. Monsieur K.P.E C/ Monsieur T.R., inédit

\* Les noms, prénoms, profession et domicile des parties ou, pour les personnes morales, leur forme, dénomination et siège social ;

\* L'indication précise du montant de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de la créance ainsi que le fondement de celle-ci.

Toute requête qui n'est pas conforme aux prescriptions impératives ci-dessus doit être déclarée irrecevable. Ainsi en a-t-il été d'une requête se bornant, pour désigner la partie requérante, à indiquer « *la scierie d'Agnibilékrou, B.P. 39, Agnibilékrou, représentée par Monsieur.....* », d'une part et, pour justifier la créance, à joindre à la requête quatre contrats de location et vingt-cinq factures sans faire le décompte des différents éléments de la créance<sup>177</sup>. De même, la haute juridiction communautaire, après avoir constaté dans une espèce que le « *fondement de la créance est hypothétique* » parce que la requête ne contient pas le « *décompte des différents éléments relevés, à savoir : les droits et taxes de douanes, l'ASDI, les débours et autres taxes, les honoraires du transitaire* », la facture n'étant par ailleurs sous-tendue par aucune demande de prestation du prétendu débiteur, a déclaré la requête irrecevable<sup>178</sup>.

La question s'est posée cependant de savoir si l'irrecevabilité de la requête devrait être prononcée toutes les fois où le requérant n'a pas indiqué les différents éléments de la créance. La haute juridiction de cassation communautaire a, dans une espèce, répondu par la négative à cette question en indiquant que « *l'obligation d'indication du montant de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de celle-ci n'a lieu d'être que lorsque la créance réclamée comporte, en plus de la somme due en principal, d'autres sommes au titre des intérêts, agios, commissions et autres frais accessoires engendrés par les relations ayant donné lieu au litige...* »<sup>179</sup>. Cette position a été réaffirmée dans l'affaire Sté Technique Auto Service (TAS) C/ Etat de Côte d'Ivoire où elle indique que le décompte n'est requis que « *si la créance réclamée peut être fractionnée en divers éléments* »<sup>180</sup>. La Cour indique tout de même dans une autre espèce où avait été fourni le décompte que les « *agios bancaires et frais divers* » « *ne reposent sur aucun support juridique et ne déterminent pas ainsi avec précision, conformément à l'article 4 alinéa 2 de l'AUPSRVE, les différents éléments qui composent cette partie de la créance* »<sup>181</sup>.

## 2) – La décision d'injonction de payer

La requête présentée conformément

aux dispositions ci-dessus est examinée par le Président de la juridiction qui peut la rejeter si la créance ne lui paraît pas fondée. Ce rejet, qui est matérialisé généralement par une simple mention sur la requête, n'est pas susceptible de recours, même si l'article 5 alinéa 2 de l'AUPSRVE semble dire que cette décision peut être attaquée par des voies de droit commun. En réalité, le requérant n'a pas intérêt à exercer un recours contre ce rejet dans la mesure où exploitant les motifs de ce rejet, il peut déposer sa requête à nouveau autant de fois qu'il le voudra.

Si le Président de la juridiction retient la requête, il rend au bas de celle-ci une ordonnance d'injonction de payer pour le montant qui lui paraît justifié.

L'ordonnance d'injonction de payer ainsi rendue, appuyée par la requête elle-même, doit être signifiée en expédition, dans les trois mois de sa date, à la diligence du créancier, au débiteur ou à chacun des débiteurs. Cette signification doit être faite à personne<sup>182</sup> ou à domicile.

L'acte de signification doit indiquer le montant de la somme réclamée telle que fixée par l'ordonnance d'injonction, avec sommation soit de la payer avec les intérêts et autres

177 CCJA, arrêt n°016/2004 du 29 avril 2004, Aff. Scierie d'Agnibilékrou Wahad Nouhadet autres C/ Hassan Sahly, Recueil de jurisprudence CCJA n°3, P.116

178 CCJA, arrêt n°012/2013 du 07 mars 2013, Aff. FANNY Mory C/ Sté ENVOL TRANSIT CI, inédit.

179 CCJA, Arrêt n°088/2012 du 04 Décembre 2012 : Aff. Etablissements SIDI MOHAMED C/ BANQUE INTERNATIONALE POUR L'AFRIQUE AU NIGER (BIA – NIGER), inédit

180 CCJA, arrêt n°030/2013 du 18 avril 2013, inédit.

181 CCJA, arrêt n°012/2012 du 08 mars 2012, Aff. Sté EICB C/ Sté Groupe EOULEE Sarl, inédit

182 La signification faite à personne fait courir le délai d'opposition à compter de ladite signification. Dans les autres cas, ce délai court à compter du premier acte signifié à personne ou suivant la première mesure d'exécution (Art. 10 al.2 AUPSRVE).

frais, soit de former opposition dans un délai de quinze jours à compter de la signification (art.8 AUPSRVE). La signification qui ne respecte pas ces dispositions impératives, ni n'indique la forme de l'opposition et n'avertit pas l'opposant de prendre connaissance au greffe de la juridiction ayant rendu l'ordonnance est nulle.

Cependant, une signification qui ne mentionne pas les intérêts tel que prescrit à l'article 8 sus évoqué est-elle nulle ? La Cour a répondu par la négative à cette question en indiquant que « ... un défaut d'indication des intérêts dans un exploit de signification ne remet pas en

*cause la validité de celui-ci dès lors que ces intérêts ne sont pas réclamés par le créancier qui par ailleurs n'a nullement l'obligation de les réclamer... »<sup>183</sup>.*

Le débiteur qui reçoit signification peut accepter de payer la créance réclamée sans former opposition. Le paiement ainsi intervenu clôture le dossier et partant le différend entre les parties.

Si pour une raison ou pour une autre le débiteur ne forme pas opposition, le créancier obtiendra qu'il soit apposé sur l'ordonnance la formule exécutoire pour sa mise à exécution. Aux termes de l'article 17 de l'AUPSRVE « la demande tendant à

*l'apposition de la formule exécutoire est formée au greffe par simple déclaration écrite ou verbale. La décision est non avenue si la demande du créancier n'a pas été présentée dans les deux mois suivant l'expiration du délai d'opposition ou le désistement du débiteur... ».*

La décision d'injonction de payer revêtue de la formule exécutoire produit les effets d'une décision contradictoire. Elle n'est toutefois pas susceptible d'appel.

Mais dans le cas où il estime avoir des éléments à faire valoir relativement à la créance, il forme opposition et là débute la phase contentieuse de la procédure.

## B) LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

La procédure contentieuse est meublée par l'opposition formée par le débiteur (1) et dont les suites détermineront le sort de la créance (2).

### 1) – L'opposition du débiteur

Lorsque le débiteur estime qu'il a des éléments à faire valoir au sujet de la créance réclamée, il forme opposition<sup>184</sup> à l'ordonnance d'injonction de payer dans les quinze jours qui suivent la signification.

Cependant, l'alinéa 2 de l'article 10 de l'AUPSRVE précise que « ... si le débiteur n'a pas reçu personnellement la signification de la décision portant

*injonction de payer, l'opposition est recevable jusqu'à l'expiration du délai de quinze jours suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut, suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible en tout en partie les biens du débiteur ».* Cette disposition permet de contourner les difficultés consécutives aux mauvaises significations ou aux significations irrégulières ayant pour but d'empêcher le débiteur de former opposition en temps utile.

Mais la question s'est beaucoup posée de savoir, s'agissant des personnes morales, à quel moment on peut considérer comme faite à personne une signification.

La Haute juridiction communautaire a répondu à cette question à travers un récent arrêt en ces termes « ... attendu que s'agissant d'une société, personne morale, doit être considérée comme signification à personne, celle faite à son représentant légal, à un fondé de pouvoir ou à toute personne habilitée à cet effet ; qu'en l'espèce, il ressort de l'exploit de signification en date du 26 Avril 2004 que c'est « Mlle NGOUAMBE KOUAKAM Béatrice, Secrétaire Assistante » qui a reçu copie de l'exploit de signification ainsi que « l'expédition de l'ordonnance d'injonction de payer n°216/03-04 rendue le 14 Avril 2004 par le Président du Tribunal de Grande Instance du Wouri au bas d'une requête datée du 22 Mars 2004 », a signé sur l'exploit de signification et apposé le cachet de la Sté JUTRANS

<sup>183</sup> CCJA, Arrêt n°079/2012 du 29 novembre 2012 : Aff. SCTM C/ BICEC, inédit.

<sup>184</sup> Il convient de préciser que seul le débiteur peut former opposition. Est par conséquent irrecevable pour défaut de qualité et d'intérêt à agir toute personne qui forme opposition contre une ordonnance d'injonction de payer qui ne le vise nullement, même si elle lui est signifiée : CCJA, arrêt n°023/2012 du 15 mars 2012, Aff. ASSEKE Fiafre C/ FOFANA SIKI, inédit

*SARL ; qu'il y a lieu, en conséquence, de relever que la signification de l'ordonnance d'injonction de payer a été faite personnellement à la Sté JUTRANS SARL.... »<sup>185</sup>.*

Aux termes de l'article 11 de l'AUPSRVE, l'opposition ainsi formée doit, à peine de déchéance, être signifiée à toutes les parties et au greffe de la juridiction ayant rendu l'ordonnance d'injonction de payer, d'une part, et comporter, dans le même exploit, assignation à comparaître devant la juridiction compétente à une date n'excédant pas trente jours à compter de l'opposition, d'autre part.

Concrètement, l'acte d'opposition qui est un acte extrajudiciaire est généralement libellé de la manière suivante « *Opposition à injonction de payer avec assignation* ». Dans cet acte, le débiteur indique dans un premier temps au créancier et au Greffier en chef de la juridiction ayant rendu l'ordonnance d'injonction de payer qu'il s'y oppose pour les raisons qu'il développe dans un second temps dans son assignation. Certains ont cru devoir former l'opposition dans un acte distinct de celui de l'assignation, en violation de l'article 11 ci-dessus, se voyant conséquemment déchu de leur opposition.

Il convient de préciser que l'application de cette disposition est péremptoire et n'est subordonnée à aucune condition, par exemple un préjudice à justifier par la partie qui

l'invoque. C'est du moins ce qui ressort d'une décision de la CCJA qui relève que « *... que la Cour d'Appel d'Abidjan, en retenant que les dispositions de l'article 11 de l'AUPSRVE ne sont pas d'ordre public et en soumettant leur mise en œuvre à la condition de la preuve d'un préjudice, a non seulement méconnu le caractère obligatoire des dispositions des Actes Uniformes, mais surtout a procédé à une interprétation erronée de l'esprit desdites dispositions en les soumettant à une condition de preuve que la loi n'a pas prévue... »<sup>186</sup>.*

Cependant, ne peut pas être considérée comme faite par actes séparés l'opposition avec assignation servie par un seul et même acte, mais en copies différentes, les parties n'étant pas toutes domiciliées dans le ressort de la juridiction qui a rendu l'ordonnance d'injonction de payer, d'une part, cette circonstance ayant amené l'opposant à signifier son acte à des dates différentes, d'autre part. La haute Cour vient de le préciser en ces termes « *... la NSDA, opposante, domiciliée à Agnibilékro, a formé opposition et assigné les parties dans un même acte dont elle a servi une copie le 11 juillet 2007 à FLUTEC BOIS en Liquidation, domicilié à Abidjan et une autre copie le 12 juillet au Greffier en chef, domicilié à Abengourou au siège du Tribunal qui a rendu la décision d'injonction de payer ; qu'il ne s'agit donc pas, dans ces circonstances, d'actes séparés ; que toutes les parties étant domiciliées dans des ressorts différents, il est évident que les destinataires des actes ne pouvaient pas les recevoir à la même date ... Qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel d'Abidjan s'est livrée à une mauvaise application*

*de l'article 11 de l'Acte uniforme sus indiqué... »<sup>187</sup>.*

Par ailleurs, l'opposant doit s'assurer qu'entre la date de l'opposition et celle de l'audience, il ne s'écoule pas plus de trente jours. C'est ce que prescrit l'article 11, à peine de déchéance.

Toutefois, ne viole pas ce texte, décide la jurisprudence, l'opposant qui a servi l'opposition avec assignation pour une audience à intervenir dans le délai légal de trente jours avant de voir la date d'audience modifiée par l'administration judiciaire « *... qu'il apparaît dans ces conditions que MTN-CI a respecté le délai légal de l'article 11 susvisé en servant l'avenir d'audience au 08 août 2007 ; que l'enrôlement au 28 août 2007 ne s'est imposé à MTN-CI qu'en raison de la mise en œuvre, par la juridiction compétente d'Abidjan, de l'organisation judiciaire qui établit des audiences de vacations à des dates préalablement fixées, non imputables à MTN-CI ; qu'ainsi, l'avenir d'audience délivré le 16 août 2007 n'avait pas pour finalité de fixer un délai d'ajournement, mais de déterminer en fonction du calendrier des audiences de vacation du Tribunal de Première Instance d'Abidjan, une nouvelle date d'enrôlement ; qu'il s'ensuit que MTN-CI ne pouvait être déchue de son droit à opposition... »<sup>188</sup>.*

Par contre, l'opposition à injonction de payer faite au greffe de la juridiction qui a rendu l'ordonnance, dans le délai de quinze jours suivant sa signification, contre un récépissé d'opposition, ne

185 CCJA, Arrêt n°051/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Gérard POULALION S.A. C/ JUTRANS SARL, inédit

186 CCJA, Arrêt n°012/2012 du 08 Mars 2012 : Aff. Société Entreprise Ivoirienne de Construction Bâtiment (EICB) C/ Société Groupe EOULEE Sarl, inédit.

187 CCJA, arrêt n°004/2013 du 07 mars 2013 : Aff. Sté Nouvelle Scierie d'Agnibilékro dite NSDA Sarl C/ FLUTEC BOIS en Liquidation, inédit

188 CCJA, arrêt n°006/2013 du 07 mars 2013 : Aff. MCS Sarl C/ MTN-CI, inédit



répond pas aux exigences de l'article 9 alinéa 2 de l'AUPSRVE qui exige que l'opposition soit faite par acte extrajudiciaire et ne peut par conséquent être prise en compte. Dès lors, une « *opposition à injonction de payer avec assignation* » servie par la suite au-delà de la quinzaine de la signification sus évoquée est irrecevable comme tardive<sup>189</sup>.

Lorsque les conditions de recevabilité de l'opposition sont réunies, celle-ci donne lieu à un examen dans le cadre d'une procédure cette fois contradictoire.

## 2) – Les suites de l'opposition

L'opposition donne lieu à une tentative de conciliation (a) et en cas d'échec, à un jugement statuant sur le sort de la créance (b).

### a) – La tentative de conciliation préalable

L'article 12 de l'AUPSRVE dispose que la juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Il est question ici en effet de rapprocher les parties et d'aboutir, le cas échéant, à une plateforme commune sur la créance litigieuse.

La question s'est posée de savoir quelle est la sanction attachée à la violation de l'obligation de procéder à la tentative de conciliation préalable, l'Acte uniforme étant resté muet sur cet aspect.

Une récente décision de la Haute Cour subordonne la nullité du

jugement intervenu sans tentative de conciliation préalable à la preuve d'un préjudice subi par la partie qui l'invoque « *attendu que l'article 12 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui prescrit la procédure préalable de tentative de conciliation en cas d'opposition d'une ordonnance d'injonction de payer ne sanctionne cependant pas l'absence de l'exercice de cette obligation et ne subordonne nullement la validité du jugement à intervenir après opposition à la procédure de tentative de conciliation qui peut aboutir ou qui peut être soldé par un échec, dans ce cas la juridiction statue immédiatement ; que sauf si Monsieur KPE démontre que l'absence de conciliation lui a causé un préjudice, la Cour ne peut sanctionner de nullité le jugement ...* »<sup>190</sup>.

Dans une espèce, la Haute cour a censuré une cour d'appel qui avait infirmé un jugement et renvoyé la cause en instance pour observation de la tentative obligatoire de conciliation. La Cour a indiqué que l'inobservation du préliminaire de conciliation n'était assortie d'aucune sanction, avant de préciser que le tribunal ayant déjà statué sur le fond il était dessaisi et ne pouvait plus statuer une seconde fois<sup>191</sup>.

A l'issue de cette tentative de conciliation deux situations peuvent se présenter, à savoir la conciliation et l'échec de la tentative de conciliation.

En cas de conciliation, le Président de la juridiction dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire. Ce

procès-verbal met un terme au différend qui oppose les parties.

En cas d'échec de la tentative de conciliation, la juridiction statue immédiatement sur la demande par un jugement.

### b) – Le jugement sur opposition

La décision qui statue sur l'opposition à injonction de payer doit obligatoirement se prononcer sur la créance dont le recouvrement est poursuivi, dans la mesure où elle se substitue à l'ordonnance du seul fait de cette opposition. Il en est ainsi quelle que soit l'issue de l'opposition.

Ainsi, en cas d'irrecevabilité ou de rejet de l'opposition, le juge doit condamner le débiteur à payer le montant réclamé, l'ordonnance d'injonction de payer n'étant plus susceptible d'opposition de formule exécutoire aux fins d'exécution, au sens de l'article 14 de l'AUPSRVE qui dispose que « *la décision de la juridiction saisie sur opposition se substitue à la décision portant injonction de payer* ».

Dans une espèce où le juge de l'opposition, ayant constaté que ladite opposition n'était pas fondée, s'était borné à restituer à l'ordonnance attaquée son plein et entier effet. La Haute Cour avait censuré cette décision en relevant que « *la formulation retenue dans ce jugement, consistant à vouloir faire sortir à l'ordonnance d'injonction de payer « son plein et entier effet », est inadéquate au regard des dispositions combinées des articles*

189 CCJA, arrêt n°038/2012 du 03 mai 2012, Aff. M. NDONG SIMA Raymond C/ Sté ALIOS FINANCE GABON, inédit

190 CCJA, Arrêt n°096/2012 du 20 décembre 2012 : Aff. Monsieur K.P.E C/ Monsieur T.R., inédit

191 CCJA, arrêt n°013/2013 du 07 mars 2013, Aff. SAFCA C/ Sté DISRIVOIRE & Autres, inédit

12 et 14 sus énoncés qui prévoient que « *la juridiction saisie sur opposition ... statue ... par une décision qui aura les effets d'une décision contradictoire (et qui) ... se substitue à la décision portant injonction de payer ; qu'il échet en conséquence de réformer le jugement entrepris sur ce point et statuant à nouveau, condamner la BCS à payer la somme de...* »<sup>192</sup>.

Cette position s'impose également lorsque c'est le juge d'appel ou le juge de cassation qui invalide l'opposition en la déclarant par exemple irrecevable. Une décision invalidant l'opposition sans se prononcer sur la créance est presque inexécutable, pénalisant du même coup le bénéficiaire de l'ordonnance. C'est du moins ce à quoi a été confronté un créancier dans une cause.

En effet, dans cette espèce-là, le créancier avait sollicité et obtenu du juge des requêtes une ordonnance d'injonction de payer qu'il a signifiée à son débiteur. Ce dernier ayant formé opposition hors délai, le jugement consécutif rendu l'a déclarée irrecevable, mais a simplement indiqué qu'il restituait à l'ordonnance d'injonction de payer attaquée « son plein et entier effet ». L'appel du débiteur contre ledit jugement a également été déclaré irrecevable comme tardif. Dès lors, muni de la grosse dûment en forme exécutoire de l'arrêt de la Cour d'Appel, et de l'ordonnance

d'injonction de payer contenant les sommes réclamées mais non revêtue de la formule exécutoire, le créancier a entrepris une saisie-attribution au préjudice du débiteur qui a aussitôt saisi le juge des référés (entendez ici le juge de l'exécution) en nullité de ladite saisie fondée sur l'absence de titre exécutoire au sens de l'article 33 de l'AUPSRVE. Le juge des référés a validé la saisie avant de voir sa décision infirmée par la Cour d'appel qui a estimé que la saisie critiquée n'était pas fondée sur un titre exécutoire au sens de l'article 33 susvisé.

Bien que cette position de la Cour d'appel nous ait paru juridiquement justifiée, l'arrêt a été cassé par la Haute Cour qui a retenu que « *... mais attendu que l'application de cet article (art. 14) suppose que la juridiction compétente ait été mise en situation de statuer sur le fond du litige alors qu'en l'espèce aussi bien l'opposition à l'ordonnance d'injonction de payer que l'appel contre le jugement ont été faits hors délai et ont été déclarés irrecevables par des décisions devenues définitives qui seraient un obstacle à toute reprise de la procédure en raison du principe de la chose jugée ; que l'absence de l'opposition à l'injonction de payer comme le fait pour les juges de n'avoir pas statué sur le fond de la contestation pour cause de forclusion des opposants, alors même qu'aucune faute ne peut être reprochée au créancier poursuivant, justifie l'application de la formule exécutoire sur l'ordonnance d'injonction de payer ou sur le jugement qui vaut dès lors*

*titre exécutoire ; qu'en se fondant sur l'article 14 de l'Acte Uniforme pour en déduire que la saisie a été pratiquée sans titre exécutoire au sens de l'article 33 de l'Acte Uniforme, la décision dont est pourvoi a fait une mauvaise interprétation de la loi ; qu'il y a en conséquence lieu de casser l'arrêt attaqué et d'évoquer le fond...* »<sup>193</sup>.

Le jugement rendu sur opposition, contradictoire même en l'absence de l'opposant, est susceptible d'appel dans les trente jours de son prononcé, mais dans les conditions du droit national de chaque Etat-partie<sup>194</sup>. Tout appel interjeté au-delà de trente jours est irrecevable comme tardif<sup>195</sup>. A ce niveau, la procédure d'injonction de payer cesse d'être une procédure rapide pour devenir une procédure de recouvrement de droit commun telle que l'assignation en paiement. En réalité, le délai entre l'exercice de l'appel et le jugement de la cause est énorme dans certains Etats de l'espace OHADA. Au Cameroun par exemple, la partie qui relève appel dispose d'un délai de quatre mois à compter de la notification de l'ordonnance de fixation de la consignation pour consigner au greffe le montant fixé<sup>196</sup>, ce qui n'est pas de nature à faciliter l'accélération de la procédure. Il nous semble que l'AUPSRVE devrait régler la procédure d'injonction de payer dans tous ses aspects afin qu'ils soient harmonisés.

192 CCJA, Arrêt n°031/2011 du 06 Décembre 2011 : Aff. Société TRIGON ENERGY Ltd C/ BANQUE COMMERCIALE DU SAHEL, Recueil de jurisprudence CCJA n°17 juillet-décembre 2011, PP.133 & suiv.

193 CCJA, Arrêt n°065/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. DIAKITE MOUSSA C/ DIOULO Serges et autres, inédit

194 Article 15 AUPSRVE

195 CCJA, arrêt n°034/2013 du 02 mai 2013, Aff. KONE Ibrahim C/ TRAORE ABOU, inédit

196 Art. 191 al.2 du Code de procédure civile et commerciale du Cameroun

## LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE ET LE DROIT À L'ALIMENTATION À L'ÉPREUVE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX EN AFRIQUE DE L'OUEST : LES RISQUES D'ILLUSION<sup>197</sup>



François COLLART-DUTILLEUL  
Professeur à l'Université de Nantes  
Membre de l'Institut Universitaire de France  
Directeur du programme européen Lascaux  
<http://www.droit-aliments-terre.eu>

Si l'on s'en tient à la définition donnée lors du Sommet mondial de l'alimentation en 1996, «*La sécurité alimentaire est assurée quand toutes les personnes, en tout temps, ont économiquement, socialement et physiquement accès à une alimentation suffisante, sûre et nutritive qui satisfait leurs besoins nutritionnels et leurs préférences alimentaires pour leur permettre de mener une vie active et saine* ». Sous cet angle, la sécurité alimentaire n'est pas en elle-même l'objet d'un droit. Elle est un objectif socio-économique à atteindre pour que chaque personne ait accès à une alimentation suffisante et saine.

Les deux sécheresses qui ont frappé les pays du sahel (1973-1974 et 1983-1984) provoquant la famine et entraînant d'immenses souffrances humaines ont mis en évidence la fragilité des politiques de sécurité alimentaire en Afrique. Ces deux événements, suivis des émeutes de la faim survenues en 2007-2008 ont obligé les pays de la sous-région à repenser et à rechercher des nouvelles solutions pour garantir la sécurité alimentaire dont l'entière réalisation traduit l'effectivité d'un droit à l'alimentation qui se pose aujourd'hui comme étant non seulement une obligation politique, mais aussi juridique pour l'ensemble des États de la sous-région ouest-africaine.

Ce qu'ajoute de manière originale et novatrice le droit à l'alimentation, c'est précisément que cet accès à une telle alimentation est l'objet d'un droit individuel. Le droit individuel à l'alimentation vient ainsi juridiciser l'objectif collectif de la sécurité alimentaire. Quel est le contenu de ce droit individuel et comment s'exerce-t-il ?

Le droit à l'alimentation<sup>198</sup> transparaît dans l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, selon lequel : «*Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que les services sociaux nécessaires* » (§1).



Alhousseini DIABATE  
Doctorant du programme européen Lascaux  
Université de Nantes  
Membre du Groupe de recherche (GRAAL)  
Faculté de droit privé de l'USJP de Bamako

On le retrouve dans le pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (le « PIDESC ») dont l'article 11 dispose que «*Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence* » (§1).

Le contenu de ce droit a été précisé en 2002 par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR)<sup>199</sup> des Nations Unies en des termes très exigeants : «*Le droit à une nourriture suffisante est réalisé lorsque chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement*

197 Article à paraître dans le prochain numéro de la Revue PENANT.

198 Ch. Golay, *Droit à l'alimentation et accès à la justice* (préface d'O. de Schutter et Introduction de Jean Ziegler), éd. Bruylant, 2011, et la bibliographie citée.

199 Constitué d'experts indépendants, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels est chargé de surveiller l'application du **Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels** par les États parties. Ce Comité a été créé en 1985 par une **résolution (1985/17) du Conseil économique et social** afin d'exercer les tâches de surveillance qui ont été confiées au Conseil en vertu de la quatrième partie du PIDESC. V. <http://www.fao.org/worldfoodsummit/french/newsroom/news/8580-fr.html>



*accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer. Le droit à une nourriture suffisante ne doit donc pas être interprété dans le sens étroit ou restrictif du droit à une ration minimum de calories, de protéines ou d'autres nutriments spécifiques. Il doit être réalisé progressivement. Cela étant, les États ont l'obligation fondamentale d'adopter les mesures nécessaires pour lutter contre la faim, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 11, même en période de catastrophe naturelle ou autre » (point 6).*

Pour le Comité, le droit à une nourriture suffisante comprend :

- « la disponibilité de nourriture exempte de substances nocives et acceptable dans une culture déterminée, en quantité suffisante et d'une qualité propre à satisfaire les besoins alimentaires de l'individu;

- l'accessibilité ou possibilité d'obtenir cette nourriture d'une manière durable et qui n'entrave pas la jouissance des autres droits de l'homme » (point 8).

C'est aux États qu'il appartient de mettre en œuvre ce droit à l'alimentation en assurant la sécurité alimentaire sur son territoire.

À la faveur de nombreux engagements juridiques et soutenus par des réformes socio-économiques, les pays de la sous-région ont fait le pari d'aboutir à l'effectivité d'un tel droit et son corollaire l'éradication de la faim. Aussi, la réduction de la faim a-t-elle été inscrite dans les Objectifs du Millénaire pour le Développement

(OMD) comme objectif prioritaire devant être atteint à l'horizon 2015.

La volonté des pays de la sous-région de réaliser de telles ambitions s'est traduite à la fin de la décennie 1980 par des réformes socio-économiques portant notamment sur la libéralisation des marchés alimentaires et par le retrait des États des activités de production et de commercialisation des produits agricoles. Ce retrait s'est accompagné de la suppression des monopoles dans la vente des produits alimentaires et dans la distribution d'intrants agricoles. Ces évolutions se sont inscrites dans un contexte d'adoption de la démocratie comme modèle d'organisation politique et d'élargissement des marchés nationaux à des espaces régionaux économiquement intégrés et eux-mêmes insérés dans un marché mondial.

Cet ensemble offre-t-il aujourd'hui aux pays de la sous-région ouest-africaine la possibilité d'atteindre l'objectif de sécurité alimentaire et donc d'aboutir à l'effectivité du droit à l'alimentation ?

Il ne s'agit pas pour nous de réengager le débat de la justiciabilité du droit à l'alimentation en Afrique<sup>200</sup>. Il s'agit d'examiner les politiques actuelles de réalisation de la sécurité alimentaire dans la sous-région et d'évaluer les opportunités ou les contraintes créées par les réformes socio-économiques amorcées ces quatre dernières

décennies. L'étude s'appuiera sur l'expérience malienne, étant entendu que la transposition des solutions entre les différentes politiques de sécurité alimentaire en Afrique est dans une large mesure justifiée.

Or les politiques de sécurité alimentaire peuvent prendre plusieurs directions : celle du commerce international pour acheter ce dont la population a besoin avec l'argent tiré de ce qui est produit et exporté, la politique de l'accueil des investissements internationaux dans la terre et dans l'agriculture, celle du développement de l'agriculture et sans doute d'autres encore. Ces différentes politiques peuvent d'ailleurs être combinées en posant le curseur quelque part sur la ligne de la sécurité alimentaire qui va de l'autosuffisance alimentaire à la totale dépendance des importations. C'est sur cette ligne d'ailleurs qu'on peut apprécier le degré de souveraineté alimentaire d'un pays, comme le degré de son autonomie alimentaire.

Le degré d'autonomie correspond à la part de l'alimentation nationale produite sur le territoire de l'État. Le degré de souveraineté varie selon que l'État s'en remet plus ou moins au commerce international pour son approvisionnement, c'est-à-dire selon la plus ou moins grande maîtrise qu'il a des conditions de sa sécurité alimentaire.

200 Sur ce point voir par exemple, A. SOMA, *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, éd. BRYANT, 2010.



Dans ce cadre qu'en est-il de la politique de sécurité alimentaire entreprise par le Mali ces dernières décennies ?

À la suite des programmes d'ajustements structurels (PAS) entrepris au début de la décennie 1980, sous l'impulsion de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international, le pays, à l'instar de l'ensemble des pays de la sous-région ouest-africaine, a entrepris une politique de libéralisation d'envergure dans le secteur de l'alimentation. Cette politique, qui se traduira concrètement par la libéralisation des facteurs de production des aliments, notamment la terre et l'agriculture, fera de l'accueil des investissements internationaux dans la terre et dans l'agriculture une des stratégies d'accroissement de la production agricole et de la lutte contre l'insécurité alimentaire.

C'est même une stratégie jugée hautement prioritaire puisque le gouvernement du Mali qui était en place en août 2012 a publié un décret mettant en œuvre une loi, votée avant le coup d'Etat du mois de mars, établissant de nouvelles conditions pour les investissements étrangers. Une loi du 12 février 2012 avait en effet adopté un nouveau Code des investissements et un décret du 20 août 2012 en a

défini les procédures de mise en œuvre.

L'ouverture de la terre malienne aux investissements internationaux est ainsi intervenue au beau milieu d'une situation de grave instabilité politique et à la veille d'une guerre qui vise précisément à permettre au pays de reconquérir la maîtrise de son territoire.

Le nouveau code des investissements ouvre plus grande la porte aux investisseurs et singulièrement à ceux qui investiront dans la terre agricole. Il ne concerne pas les investissements dans les richesses du sous-sol qui continuent de relever du code minier qui reste en vigueur. Il y a donc deux régimes juridiques distincts : celui des activités minières qui sont soumises à un code minier plutôt libéral et assis sur des procédures simples et peu transparentes ; celui des autres activités, dont les activités agricoles, qui sont désormais soumises au nouveau code des investissements lui aussi très libéral, mais en principe assis sur des procédures plus transparentes.

Ce nouveau code des investissements permettra-t-il, mieux que le précédent qui était déjà libéral, à atteindre les objectifs de sécurité alimentaire et de

développement économique ?

A priori et en théorie, la libéralisation de la terre et l'ouverture du secteur de l'agriculture aux investissements internationaux auraient déjà dû apporter des remèdes à la situation d'insécurité alimentaire et au développement du Mali, dans la mesure où elles auraient déjà dû contribuer à accroître la production agricole et donc la disponibilité des aliments dans le pays. Dès lors, sur la base du code minier toujours en vigueur et de l'ancien code des investissements, comment se fait-il que l'ouverture des richesses du pays aux investissements internationaux n'ait pas davantage produit des effets positifs ? Le nouveau code des investissements, plus généreux que le précédent, le fera-t-il mieux ?

En réalité, il n'est pas du tout certain que la recherche effrénée des investissements, qui conduit l'État malien à « dérouler le tapis » aux investisseurs en créant un cadre juridique qui leur est très favorable (I) et en concluant comme jusqu'à présent avec eux des contrats assez largement déséquilibrés (II), se fasse au profit du droit à l'alimentation des populations locales et de la sécurité alimentaire du pays.

## I. LES INSUFFISANCES DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS DANS L'AGRICULTURE DU MALI

Si le cadre juridique des investissements étrangers est très attractif pour les investisseurs (A), il engendre des risques sérieux pour la sécurité alimentaire du pays (B).

### A) UN CADRE LÉGAL ATTRACTIF POUR LES INVESTISSEURS

L'État malien s'est ouvert aux investissements étrangers dans la terre agricole à la fin des années 80. Dans cette perspective, toute sorte de facilités administratives et de privilèges fiscaux furent créés pour attirer les investisseurs étrangers. Certains textes juridiques ont été modifiés, d'autres ont été créés pour donner plus de garanties aux investisseurs et rendre le cadre juridique plus attractif. La loi d'orientation agricole adoptée en 2006<sup>201</sup>, suivie d'un Programme National d'Investissement dans le secteur Agricole (PNISA)<sup>202</sup>, ont fait du secteur de l'agriculture un secteur prioritaire dans lequel des investissements peuvent s'effectuer et bénéficier de multiples privilèges. L'attraction des investisseurs par l'octroi des privilèges et la création d'un cadre juridique incitatif s'est poursuivie par la modification de la

loi du 19 août 2005 relative aux investissements<sup>203</sup> et par l'adoption le 27 février 2012 d'une nouvelle loi portant Code des investissements<sup>204</sup>. Ce Code, d'une exceptionnelle générosité facilite considérablement les investissements, en offrant aux investisseurs étrangers plusieurs garanties et en leur octroyant des avantages fiscaux et douaniers très importants.

Au titre des facilités au moment de l'ouverture de l'investissement, l'investisseur n'a pas besoin d'une autorisation préalable pour entreprendre son activité. Un simple agrément suffit qui lui sera délivré par le ministre en charge de la promotion des investissements<sup>205</sup>. Pour faciliter les démarches et garantir la célérité dans l'obtention de l'agrément, la demande est effectuée auprès d'un guichet

unique devant guider l'investisseur dans ses démarches<sup>206</sup>. Le jour même de la demande, l'investisseur reçoit un récépissé, l'agrément lui-même étant mis à sa disposition dans un délai de vingt jours<sup>207</sup>.

Au titre des garanties, l'investisseur étranger, qui bénéficie d'une égalité de traitement avec l'investisseur de nationalité malienne<sup>208</sup>, a le droit de détenir jusqu'à 100 % des parts sociales ou actions de la société qu'il crée<sup>209</sup>. Il peut acquérir librement des terres<sup>210</sup> et l'État s'engage à garantir le respect de son droit de propriété. L'État garantit même l'investisseur contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition de son entreprise, sauf pour cause d'utilité publique<sup>211</sup>. En outre, l'investisseur peut librement transférer à l'étranger et sans

201 Loi n° 06-40/AN-RM du 16 août 2006 portant loi d'orientation agricole, Document consultable sur le site dédié à la loi d'orientation agricole à l'adresse suivante : [http://loa-mali.info/IMG/pdf/LOA\\_VOTEE.pdf](http://loa-mali.info/IMG/pdf/LOA_VOTEE.pdf)

202 Document consultable à l'adresse suivante : [http://www.aec.msu.edu/fs2/promisam\\_2/PNIP\\_SA\\_06\\_08\\_2010.pdf](http://www.aec.msu.edu/fs2/promisam_2/PNIP_SA_06_08_2010.pdf)

203 Loi N° 05-050 du 19 août 2005 modifiant la loi n°91-048/AN-RM du 26 février 1991 portant Code des Investissements.

204 Loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements. Consultable en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ccimmali.org/pdf/pdfinvest.pdf>

205 Cf. Décret n°2012-475/P-RM du 20 août 2012 fixant les modalités d'application de la loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements.

206 Art. 2 du décret n°2012-475/P-RM du 20 août 2012, *prec.*

207 Art. 11 du décret n°2012-475/P-RM du 20 août 2012, *prec.*

208 Art. 6 de loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements, *prec.*

209 *Ibid.*

210 Art. 10 de loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements, *prec.*

211 Art. 7 de loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements, *prec.*

autorisation préalable tous paiements afférents aux opérations courantes, entre autres les bénéfices après impôts, les dividendes, les revenus salariaux, indemnités et épargne des salariés expatriés<sup>212</sup>. Ce n'est pas tout, car l'investisseur à la liberté de recruter et de licencier les salariés expatriés et les contrats de ces derniers peuvent valablement déroger à certaines dispositions du Code du Travail et de la réglementation sociale en ce qui concerne l'affiliation à un organisme de sécurité sociale agréé au Mali, l'affiliation à un service médical inter-entreprises, la durée et les motifs de recours à un contrat à durée déterminée, les règles applicables en matière d'embauche<sup>213</sup>.

À côtés de ces facilités et garanties, la nouvelle loi portant Code des investissements établit quatre catégories d'entreprises classées suivant quatre régimes (Régimes A, B, C et D) différents. Le Régime A concerne les entreprises dont l'investissement est égal ou supérieur à 12.500.000 Francs CFA et inférieur ou égal à 250.000.000 Francs CFA HT et hors besoin en fonds de roulement ; le Régime B concerne les entreprises dont l'investissement est supérieur à 250.000.000 Francs CFA et inférieur à 1 Milliard de Francs CFA HT et hors besoin en fonds de roulement ; le Régime C concerne les entreprises dont l'investissement est égal ou supérieur à 1 Milliard HT Francs

CFA et hors besoin en fonds de roulement ; enfin le Régime D concerne les entreprises dont l'investissement est strictement supérieur à 12.500.000 HT et hors besoin en fonds de roulement, la production destinée à l'exportation étant égale ou supérieure à 80%.

Ainsi, l'investisseur étranger dont le montant de l'investissement correspond aux conditions énumérées au Régime A, bénéficie automatiquement des avantages suivants :

Au moment de la réalisation de l'investissement et, pour certains avantages, tout au long de l'activité, il bénéficie :

- d'une exonération, fixée à trois ans, des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé. Les pièces de rechange sont admises en franchise des droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10% de la valeur d'acquisition des biens d'équipement ;

- d'une exonération, pendant la durée de la phase d'investissement fixée à trois ans, de la taxe sur la valeur ajoutée facturée par les fournisseurs locaux de biens, services et travaux nécessaires à la

réalisation du programme agréé ;

- d'une exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à trois ans, de la retenue IBIC (Impôt sur les Bénéfices Industriels et Commerciaux) et de la retenue TVA (Taxe sur la Valeur Ajoutée) sur toutes prestations d'assistance technique et de consultance ;

- d'une réduction du taux de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC-IS) à 25% sur sept ans non renouvelables ;

- d'une exonération de l'impôt minimum forfaitaire pour tout exercice déficitaire pendant les cinq premières années d'exploitation<sup>214</sup>.

Ces divers avantages progressent en conséquence en cas d'extension d'activité ou de restructuration et de mise à niveau<sup>215</sup>.

L'investisseur étranger dont le montant de l'investissement correspond aux conditions énumérées aux Régimes B ou C, bénéficie automatiquement d'avantages de même nature, mais avec des durées d'exonérations fiscales accrues. C'est ainsi que la réduction à 25% de l'impôt sur les bénéfices s'étend sur dix ans pour le régime B, quinze pour le C au lieu de sept pour le régime A. La durée d'exonération en cas d'exercice déficitaire passe à huit ans pour le régime B et à dix pour le C.

212 Art. 12 de loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements, prec.

213 Art. 13 de la loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements, prec.

214 Art. 14 du décret n°2012-475/P-RM du 20 août 2012, prec.

215 Ibid.

Enfin, l'investisseur étranger dont le montant de l'investissement correspond aux conditions énumérées au Régime D, bénéficie d'avantages supplémentaires au titre de la fiscalité de porte et de la fiscalité intérieure :

- Au titre de la fiscalité de porte, il bénéficie d'une exonération totale, pendant une durée de trente ans, de tous droits et taxes sur les matériels, machines, outillages et leurs

pièces de rechange. Les pièces de rechange sont admises, en franchise des droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10% de la valeur d'acquisition des biens d'équipement<sup>216</sup>.

- Au titre de la fiscalité intérieure, il bénéficie d'une exonération totale, pendant une durée de trente ans, de tous impôts, droits et taxes liés à l'activité de production et de commercialisation, à l'exception

de la TVA sur les ventes effectuées sur le marché national, de la taxe sur les véhicules automobiles (vignettes) de l'impôt sur les traitements et salaires (ITS) y compris ceux du personnel expatrié; la contribution forfaitaire à la charge des employeurs (CFE) ; la taxe -logement (TL), de la taxe -emploi jeune (TEJ), de la taxe de formation professionnelle (TFP) et des cotisations sociales.

## B) UN CADRE JURIDIQUE QUI PRÉSENTE DES RISQUES SÉRIEUX POUR LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE DU PAYS

Le régime D apparaît particulièrement avantageux puisque les investisseurs bénéficient d'exonérations fiscales d'autant plus importantes qu'ils exportent l'essentiel de leur production (au moins 80%). Ils sont également autorisés à exporter librement leurs bénéfices. Il en résulte que le pays d'accueil risque fort de perdre à la fois la production et le bénéfice qui en est retiré. Dès lors, s'il s'agit d'une production agricole à caractère alimentaire, le pays d'accueil ne prend-il pas un risque de ne pas pouvoir faire face à une crise ou à une pénurie ?

En cas de crise alimentaire, le pays devra laisser sortir du territoire les matières premières agricoles alimentaires produites par un investisseur étranger, tout en laissant sortir également les bénéfices réalisés et ce sans même recevoir la moindre contrepartie fiscale.

On pourrait certes envisager alors, si une crise alimentaire survenait, de réquisitionner la production issue de l'entreprise étrangère pour contraindre d'en réserver une partie au marché national. Mais cette voie est en réalité bloquée par le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et en particulier par « *l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* » (MIC). Cet Accord, en effet, interdit en particulier les mesures qui prescrivent qu'une entreprise achète une proportion déterminée de produits d'origine nationale ("prescriptions relatives à la teneur en produits nationaux"). Il rejette par ailleurs les mesures qui limitent les importations d'une entreprise ou qui fixent à celle-ci des objectifs en matière d'exportation ("prescriptions relatives à l'équilibrage des échanges").

On pourrait alors envisager une autre voie qui consiste dans

l'adoption d'une « *loi de crise* » remettant en cause certains des avantages concédés à l'investisseur étranger. Rien n'interdit, en effet, qu'une loi nouvelle d'ordre public remette en cause tant des dispositions légales existantes, telles celles issues du Code des investissements, que des stipulations contractuelles issues de contrats en cours.

Mais là encore, la voie est fermée, cette fois par l'effet du Code des investissements lui-même. Ce Code que le Mali a promulgué en août 2012, au milieu d'une situation politique de grande fragilité dont la maîtrise du sol est précisément l'un des enjeux, limite en effet la portée des lois nouvelles. S'agissant des lois qui viendraient à être adoptées après la réalisation de l'investissement, les investisseurs pourront profiter des avantages nouveaux qu'elles accordent, mais sans pouvoir subir

<sup>216</sup> Art. 17 du décret n°2012-475/P-RM du 20 août 2012, *prec.*



les nouvelles contraintes ou la réduction éventuelle des avantages existants<sup>217</sup>.

En réalité, le problème vient de ce que le droit national des investissements ne tient pas compte de la spécificité des objectifs et des enjeux liés aux denrées agricoles alimentaires. Le Mali n'est évidemment pas le seul pays dans ce cas. Nombreux sont les droits nationaux qui n'établissent pas un « *droit spécial des investissements étrangers dans la terre agricole* », ni un « *droit spécial des produits alimentaires* ». Les régimes spéciaux d'investissement concernent surtout l'exploitation des ressources du sous-sol qui relève alors du droit minier, parfois avec des règles plus libérales et des procédures moins transparentes qu'en droit commun des investissements.

Deux types de politiques nationales devraient pouvoir être mises en œuvre au profit de la sécurité

alimentaire, sans entraves en droit international.

Le premier type réside dans une politique d'autonomie alimentaire. Cette autonomie est entendue comme la part de la production nationale qu'un État entend consommer nationalement (part en quantité ou en types de produits). Une telle politique suppose qu'un pays puisse mettre en œuvre des règles économiques dérogatoires pour assurer une subsistance alimentaire minimale de sa population. Autrement dit, une crise alimentaire avérée devrait par exemple être considérée, pour le moins, comme une sorte de « fait justificatif » international, s'imposant notamment à l'OMC.

Le second type réside dans une politique de préservation des ressources naturelles dédiées à la production d'aliments. Le droit doit pouvoir limiter la liberté

d'entreprendre de ceux qui investissent dans la terre et dans l'agriculture, nationaux ou étrangers, afin d'empêcher tout management de production risquant d'épuiser ou de polluer les sols. À titre d'exemple, le droit international – et tout particulièrement le droit des investissements internationaux – devrait venir au soutien du droit national pour freiner ou empêcher l'accapement des terres et de l'eau par des pays riches dans des pays pauvres.

Quoi qu'il en soit du droit international, il est cependant clair que, par contrat, le pays d'accueil est en droit de soumettre les investisseurs, étrangers comme nationaux, à des contraintes et à des obligations justifiées par la prise en compte de l'objectif de sécurité alimentaire. Cela nous conduit à regarder du côté du droit des contrats.

## II - DES CONTRATS D'INVESTISSEMENTS AGRICOLES DÉSÉQUILIBRÉS ET PEU SOUCIEUX DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE DES POPULATIONS LOCALES

Avec la pression exercée par les bailleurs de fonds pour ouvrir le secteur agricole aux investissements privés et la création par l'État malien d'un cadre juridique attractif pour les investisseurs étrangers, les terres agricoles maliennes sont devenues un objet de convoitise pour de nombreux pays et sociétés étrangers. Pour acquérir et s'assurer une exploitation paisible de ces terres,

des pays et sociétés étrangers proposent à l'État malien la conclusion de contrats d'achat ou de location de grandes superficies de terre agricole. Cette convoitise et les propositions qui s'en suivent ont alors abouti à la conclusion de nombreux contrats entre l'État du Mali et des pays ou sociétés étrangers. Mais le constat est fait que la plupart de ces contrats sont des

contrats lourdement déséquilibrés en ce sens qu'ils procurent plus d'avantages aux investisseurs étrangers qu'au pays hôte et qu'ils ne sont pas de nature à être au service de la sécurité alimentaire des populations locales (A). C'est pourquoi il est impératif de penser des modèles de clauses et de contrats adaptés à un objectif alimentaire national (B).

217 Art. 8 de loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements, prec.

## A) DES CONTRATS DÉSÉQUILIBRÉS ET DÉTOURNÉS DE L'OBJECTIF ALIMENTAIRE NATIONAL

Trois de ces contrats ont retenu notre attention : La convention d'investissement agricole dite « *convention MALIBYA* » conclue entre la République du Mali et La Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste en mai 2008, La convention de cession et de bail des terres agricole dite « *Convention N-SUKALA* » conclue entre l'État du Mali et la société privée de nationalité chinoise, la China light industrial Corporation for foreign economic and technical cooperation (CLETC) en avril 2007, et enfin la convention de bail des terres agricoles dite « *Convention SOSUMAR* » conclue en juin 2007 entre l'État du Mali et la société privée SASUMAR ayant pour actionnaire principal la société privée ILLOVO de nationalité sud-africaine et la société privée Schaffer de nationalité américaine. Mais les trois conventions sont en réalité conçues sur un même modèle de déséquilibre que nous mettrons principalement en évidence dans le contrat MALIBYA.

La convention MALIBYA est en effet celle qui suscite le plus d'interrogations au regard de l'objectif de sécurité alimentaire. Cette sécurité est l'un des objectifs poursuivis par l'État du Mali depuis

son indépendance. Cette convention est formellement présentée comme étant un projet d'investissement agricole permettant la réalisation de l'autosuffisance et la sécurité alimentaire, le développement de l'agro-industrie, et le développement de l'élevage<sup>218</sup>. Elle porte sur une superficie totale de 100.000 ha octroyés à la Société Malibya agricole pour une durée de 50 ans renouvelable<sup>219</sup>.

Dans le cadre de cette convention, l'État du Mali a souscrit divers engagements en faveur de la Société Malibya agricole.

En premier lieu, l'État du Mali s'engage à offrir la terre libre de toutes entraves judiciaires tenant à l'existence d'une propriété individuelle ou collective qui empêcherait l'exploitation de la terre. Il s'engage également à accomplir toutes les démarches administratives d'approbation provisoire de l'octroi du terrain dans le délai bref d'un mois à compter du dépôt de la demande de la terre par la partie Libyenne. Il s'engage bien sûr aussi à octroyer définitivement le terrain selon les résultats des études de faisabilité technique et économique<sup>220</sup>.

En deuxième lieu, l'État du Mali s'engage à offrir à la Société Malibya agricole tous les permis d'usage de l'eau du canal de Macina ainsi que l'usage des eaux souterraines selon les besoins du projet déterminés par l'étude de faisabilité économique. Pour ce faire, l'État du Mali garantit à la Société Malibya agricole l'accès à la quantité d'eau nécessaire et sans restriction pour le projet, pendant la période du mois de juin à décembre de chaque année. Entre janvier et mai, en raison de l'étiage du fleuve Niger, les activités de production de la société Malibya concerneront des cultures moins consommatrices d'eau telles que le blé, le mil, le maïs, le soja ainsi que différentes sortes de légumes et l'État du Mali s'engage alors à assurer la quantité d'eau nécessaire pour lesdites cultures à partir du même canal de Macina<sup>221</sup>.

L'investisseur Libyen obtient ainsi de l'État du Mali un usage sans restriction de l'eau pendant toute l'année, en particulier pendant la période comprise entre janvier et mai. Une telle condition n'est pas innocente et nous semble lourde de conséquences pour la sécurité alimentaire du Mali. En effet, la période de janvier à mai est la période d'étiage du fleuve Niger qui

218 Cf. Préambule de la convention d'investissement agricole entre la République du Mali et La Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste conclue en mai 2008.

219 Article 6 de la convention MALIBYA prec.

220 Article 5 de la convention MALIBYA prec.

221 Article 8 de la convention MALIBYA prec.

arrose la quasi-totalité de la zone Office du Niger<sup>222</sup> qui fournit l'essentiel de la production agricole du Mali et où se situent les superficies octroyées à la société Libyenne. À cette période, le fleuve Niger se trouve à son plus bas niveau de l'année et conséquemment sa capacité à servir les canaux déversant l'eau sur les espaces agricoles aménagés diminue sensiblement. Il s'ensuit qu'en cas d'étiage sévère, ce qui peut facilement arriver compte tenu des perturbations pluviométriques du pays, seulement une partie des espaces agricoles aménagés pourra être servie. Or, conformément aux engagements contractuels de l'État du Mali, ce sont les espaces agricoles exploités par la société Libyenne qui seront prioritairement servis. Il en résulte qu'en cas d'étiage sévère, le Mali manquera d'une partie importante de sa production agricole, avec pour conséquences que de nombreux paysans ne pourront pas se nourrir et que de nombreux consommateurs souffriront de la rareté des denrées sur le marché national.

En troisième lieu, l'État du Mali s'engage à accorder à la Société Malibya agricole la réalisation des voies de passage (routes, rail) qui seront nécessaires pour l'accès au site du projet, à l'installation des systèmes de pompage d'eau, des

réseaux électriques et des tuyaux d'approvisionnement en eau, à l'installation de canaux ou de tout élément nécessaire pour un meilleur fonctionnement du projet, conformément aux études de mise en valeur<sup>223</sup>.

En outre, l'État du Mali garantit contractuellement à la Société Malibya agricole le bénéfice des avantages prévus par le code des investissements en vigueur en République du Mali ainsi que le bénéfice de tous autres avantages prévus par des conventions bilatérales existantes entre le Mali et la Lybie<sup>224</sup>.

Au regard des avantages importants qu'a consentis l'État du Mali au profit de l'investisseur Libyen, avec leur lot de conséquences pour les paysans et les consommateurs nationaux, on serait en droit d'attendre que l'investisseur libyen fournisse une contrepartie substantielle à l'État du Mali.

Observons tout d'abord que les 100.000 ha affectés à l'activité de la Société Malibya agricole pour la durée de 50 ans renouvelable le sont sans contrepartie. La convention MALIBYA le précise explicitement dans l'article 17 de cette convention qui indique que « les deux parties sont convenues de la gratuité de la terre affectée pour la réalisation au projet ».

Mais quelle contrepartie financière la convention prévoit-elle alors ?

S'il n'y en a aucune pour l'attribution de la terre agricole, elle se réduit à quelques francs CFA seulement pour la redevance annuelle en eau.

L'article 8 de la convention prévoit en effet une redevance en eau devant être perçue par l'État du Mali. Mais cette redevance se limite à 2470 francs CFA/ha pour l'irrigation annuelle par aspersion et à 67000 francs CFA/ha pour l'irrigation annuelle par gravité. La convention ajoute toutefois que ces taux pourront être révisés annuellement, mais seulement par voie de négociation entre les deux pays<sup>225</sup>. À l'évidence, une telle convention est déséquilibrée au point même d'en devenir léonine.

Cette convention d'investissement agricole prévoit-elle au moins des mesures permettant la réalisation de la sécurité alimentaire des populations locales ?

Bien que le projet d'investissement agricole MALIBYA soit présenté comme étant un projet contribuant à l'autosuffisance et à la sécurité alimentaire du Mali, au développement de l'agro-industrie et au développement de l'élevage, force est de constater que cela restera au stade du vœu pieux. Une

222 Sur l'office du Niger, voir : <http://www.office-du-niger.org.ml>

223 Article 8 de la convention MALIBYA prec.

224 Article 18 de la convention MALIBYA prec.

225 Article 8 de la convention MALIBYA prec.

telle affirmation est d'autant plus permise qu'aucune disposition de la convention MALIBYA ne prévoit ni ne contraint l'investisseur libyen à écouler une partie de sa production sur le marché malien. L'insertion d'une pareille disposition dans la convention aurait au moins permis de contraindre l'investisseur à contribuer à l'approvisionnement du marché malien et subséquemment à contribuer à la réalisation de la sécurité alimentaire des populations locales. Mais on ne trouve rien dans le contrat allant dans cette direction.

Les deux autres conventions, la Convention N-SUKALA et la Convention SOSUMAR, procèdent de la même logique et appellent les mêmes observations. La première convention porte sur l'attribution d'une terre agricole d'une superficie de 20.000 ha à la société chinoise CLETC ; la deuxième porte sur l'attribution d'une terre agricole d'une superficie de 17.000 ha à deux sociétés étrangères (ILLOVO

de nationalité sud-africaine et la société Schaffer de nationalité américaine). Toutes deux sont conclues pour une durée de 50 ans renouvelable<sup>226</sup>.

En dépit des nombreux privilèges dont bénéficient les investisseurs et malgré les faits que ces deux projets d'investissements, soient annoncés comme étant des projets contribuant à la sécurité alimentaire du Mali, en particulier dans le domaine de la consommation en sucre du pays et que des études aient explicitement révélées que ces projets permettent de couvrir largement la consommation de sucre du Mali<sup>227</sup>, on ne trouve aucune disposition dans ces deux conventions contraignant les investisseurs à écouler une partie de leurs productions sur le marché malien. En l'absence de toute disposition allant dans la direction de la sécurisation de la consommation du Mali, il y a à craindre que la production issue de ces projets

d'investissements soit utilisée à des fins autres que la sécurité alimentaire nationale.

Les craintes d'un détournement de la production issue des contrats d'investissements agricoles de l'objectif de sécurité alimentaire du pays sont d'autant plus justifiées que les objectifs poursuivis par les investisseurs dans l'ensemble de ces conventions, à l'instar de nombreuses conventions conclues entre des pays du sud et des pays et sociétés étrangers, se situent ailleurs : assurer l'approvisionnement du pays investisseur, accroître le développement des agro-carburants ou tout simplement acquérir des terres agricoles pouvant être revendues à court ou à long terme par ou pour des fonds spéculatifs.

Dans ce contexte, il est impératif de penser des modèles de contrats d'investissements et des clauses contractuelles aptes à servir la sécurité alimentaire du Mali.

## B – LES CONDITIONS D'UN ÉQUILIBRE CONTRACTUEL AU SERVICE DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE DU MALI

La question n'est pas de savoir si les contrats d'investissements internationaux dans l'agriculture produisent ou non de la richesse. Ils en produisent. La question est celle de l'affectation des richesses produites lorsque le contrat a pour objet une terre agricole, et celle de la délocalisation de cette richesse au profit de l'investisseur. Or cette

richesse est souvent délocalisée en amont lorsque la contrepartie financière du contrat s'évapore en pratiques de corruption. Elle l'est aussi en aval, parce que l'investisseur entend bien garder pour lui la richesse produite.

En réalité, les investissements dans la terre agricole sont réalisés par des

contrats qui laissent aux investisseurs une trop grande liberté économique de production et de gestion de l'exploitation. Ce qui leur fait défaut, ce sont des contraintes pour l'investisseur, aussi fortes qu'indispensables pour la sécurité alimentaire et le développement du pays d'accueil. Dès lors, quelles devraient être les

226 Cf. La convention de cession et de bail des terres agricoles conclue entre l'État du Mali et la société privée de nationalité chinoise, la China light industrial Corporation for foreign economic and technical cooperation (CLETC) en avril 2007 et la convention entre le gouvernement du Mali ILLOVO Group Holdings Limited et SCHAFFER & Associates International LLC, 2007.

227 En ce sens : A. KEITA et M. DJIRE, Revue du cadre juridique et institutionnel de la gouvernance des ressources naturelles : une étude de cas sur la gestion des terres à l'office du Niger, document consultable sur internet à l'adresse suivante : [http://www.iedafrique.org/IMG/pdf/Revue\\_pays\\_Malipdf.pdf](http://www.iedafrique.org/IMG/pdf/Revue_pays_Malipdf.pdf)



clauses assurant un équilibre des prestations et servant l'objectif attendu ?

La FAO a élaboré des directives au sein de son Comité pour la sécurité alimentaire mondiale (CSA). Ces « *Directives volontaires sur la gouvernance responsable de la tenure des terres et des autres ressources naturelles* »<sup>228</sup> portent des recommandations qui s'adressent aux gouvernements des pays qui accueillent les investissements étrangers et d'autres qui s'adressent aux investisseurs. Ces recommandations visent à :

- organiser dans chaque pays un débat public, associant les populations pauvres, sur les voies d'utilisation des terres et de développement de l'agriculture,

- subordonner les investissements étrangers dans la terre agricole et les ressources naturelles à un consentement préalable, libre et éclairé des citoyens concernés, afin de privilégier la reconnaissance de droits fonciers pour les petits agriculteurs et les peuples autochtones, avec une attention particulière à la situation et aux droits des femmes

- donner la priorité aux investissements dans le secteur des petites exploitations et des systèmes alimentaires de substitution. Lorsque des investissements à grande échelle sont en cours, le CSA recommande alors que les

gouvernements et les communautés locales puissent être conseillés par le Service des régimes fonciers de la FAO.

Celles qui s'adressent aux investisseurs eux-mêmes et à leurs gouvernements visent surtout à assumer la responsabilité juridique de respecter les droits de l'Homme dans le pays d'accueil.

Si l'on veut transformer ces directives en clauses contractuelles, il faut alors penser un ensemble de clauses visant<sup>229</sup> :

- à associer les paysans locaux à la négociation du contrat, afin que leurs intérêts soient sauvegardés puisque le contrat va les priver d'une partie de la terre agricole qui peut leur permettre de vivre et de faire vivre leur famille ;

- à réaliser un audit environnemental préalable afin de vérifier si le contrat peut être conclu dans des conditions environnementales satisfaisantes et de fonder des obligations de restitution d'une terre de bonne qualité agricole à la fin du contrat ;

- à fournir des contreparties financières et économiques précises, contractualisées et significatives pour le pays d'accueil,

- à employer des paysans locaux plutôt qu'une main d'œuvre expatriée,

- à produire des denrées utiles pour l'alimentation de la population plutôt que pour en faire des produits non alimentaires (agrocarburants...) ;

- à commercialiser une part significative des denrées alimentaires dans l'État où elles sont produites, plutôt que de les destiner à l'exportation ;

- à demander à l'investisseur de fournir des garanties financières pour le respect des engagements (par exemple, des cautions ou garanties bancaires à première demande),

- à interdire la cession du contrat ou la revente ou la sous-location de la terre sans l'accord de l'État souverain et sans la garantie de reprise des engagements par le nouvel exploitant ;

- à rendre le contrat public.

Si le contrat est opaque, déséquilibré et non profitable aux populations locales, il y a en effet un risque que la population vienne à le contester et à mettre des obstacles à sa réalisation. S'il est transparent, profitable aux deux parties et soucieux de la situation économique et sociale des populations locales, il n'y a aucune raison de craindre un rejet social violent.

<sup>228</sup> CSA, 37ème session, Rome 17-22 octobre 2011 : <http://www.fao.org/docrep/meeting/023/mc122f.pdf>

<sup>229</sup> V. F. Collart Dutilleul, *La problématique juridique des investissements dans les terres agricoles des pays en développement*, in *La promotion de l'investissement pour la production agricole : aspects de droit privé (colloque Unidroit, Rome, 8-10 nov. 2011)*, *Uniform Law Review/ Revue de droit uniforme*, n° 2012/1-2

## Conclusion

Il est clair que les investissements internationaux dans l'agriculture des pays en développement sont nécessaires et légitimes. Il est tout aussi légitime que l'investisseur retire un profit significatif de la mise en œuvre de tels investissements. Mais encore faut-il que le contrat encadre l'exploitation de l'investisseur avec des contraintes économiques, environnementales et sociales conformes aux intérêts fondamentaux de l'État d'accueil et des populations locales. La sécurité alimentaire est le premier de ces intérêts.

Il est tout aussi clair que ni les contrats jusqu'à présent conclus par le Mali, ni le nouveau Code des investissements dont le pays s'est doté au beau milieu d'une situation politiquement confuse ne sont tournés vers l'amélioration de la sécurité alimentaire.

À un moment où le Mali traverse une situation politique et sécuritaire assez fragile, qui ébranle l'existence même du pays, et dont des revendications liées à la maîtrise du sol, à une meilleure gestion et répartition des richesses et à l'amélioration des conditions de vie des populations en sont précisément

unes des causes, il est impératif de revisiter le cadre juridique actuel des investissements et de repenser les modèles actuels des contrats d'investissements agricoles. Ceux-ci, sans entraver l'initiative de l'investisseur, doivent être élaborés avec circonspection de manière à préserver durablement la sécurité alimentaire des populations locales et le développement du Mali. Une telle démarche doit être inscrite dans l'agenda des autorités actuelles en charge de rétablir la stabilité sociale, politique et sécuritaire du Mali que nous appelons de tous nos vœux.

## NOUVELLES REGLES DE FISCALISATION DU SECTEUR DES TELECOMS AU MALI À TRAVERS L'INSTITUTION DE LA TAXE SUR L'ACCES AU RESEAU DE TELECOMMUNICATION OUVERT AU PUBLIC (TARTOP)

Selon une étude faite par Annie Chéneau-Loquay sur « *les territoires de la téléphonie mobile en Afrique* » et présentée aux journées de l'Association des géographes français de Montpellier en mars 2000, les communications cellulaires connaissent une croissance gigantesque dans le monde.

Selon les données de l'Union Internationale des Télécommunications, de 11 millions en 1990, le nombre des abonnés a atteint près de 500 millions à la fin de la décennie, soit un tiers de l'ensemble des abonnés au téléphone, et devrait dépasser le nombre des abonnés au téléphone fixe au cours des prochaines années. Cette hausse affecte aussi bien les pays en voie de développement que les pays développés.

Les chiffres de l'UIT laissent apparaître une véritable explosion, tout à fait inattendue, de la téléphonie mobile en Afrique.

L'Afrique aurait environ 10 millions d'abonnés au téléphone mobile, soit un peu plus que l'Océanie mais avec un taux de pénétration bien inférieur, un téléphone pour 100 habitants contre 30.

L'Afrique connaîtrait donc la progression la plus forte, avec un doublement des abonnés par an.

L'introduction du mobile au Mali s'est faite en 1996. Et depuis cette

date, on assiste à une excroissance du secteur des télécommunications et à une généralisation de l'utilisation du téléphone portable qui est devenu un objet de consommation de masse.

Ce constat tranche mal avec la faiblesse de la contribution fiscale de ce secteur. C'est pourquoi à l'instar des autres pays de l'espace UEMOA (Côte d'Ivoire, Sénégal), le Mali a institué une taxe applicable à toute personne titulaire d'une licence d'exploitation du réseau des télécommunications ouvert au public délivrée par ou pour le compte de l'Etat du Mali.

L'institution de la Taxe sur l'Accès au Réseau de Télécommunication Ouvert au Public (TARTOP) vise à permettre à l'Etat de disposer de ressources financières additionnelles pour faire face à certaines dépenses incompressibles. Une telle mesure s'inscrit également dans le cadre de la mise en œuvre du programme de transition fiscale qui vise à atteindre un taux de pression fiscale de 17% dans les années à venir et une augmentation des ressources fiscales intérieures.

Sur la base d'un montant de 315,773 milliards de francs CFA de chiffre d'affaires taxable réalisé en 2011 par les deux opérateurs titulaires de licences d'exploitation du réseau des télécommunications ouvert au public (Orange Mali et Malitel), le niveau de recettes projeté est de 7,034 milliards de



**Oumar KEITA**  
Inspecteur des Impôts  
Chargé de contentieux à la  
Sous-direction Législation fiscale  
et contentieux  
Direction Générale des Impôts

francs CFA pour l'exercice 2013. Cette projection est obtenue en appliquant au chiffre d'affaires taxable un taux de 2% de la nouvelle TARTOP.

On aurait alors pu mobiliser un montant de 6,315 milliards de francs CFA au titre de la TARTOP si elle avait été mise en application en 2011.

La Taxe sur l'Accès au Réseau des Télécommunications Ouvert au Public a l'avantage de ne pas être répercutée sur le consommateur final du service de télécommunication.

Cette mesure est le résultat d'un accord obtenu auprès des deux opérateurs dans le cadre des négociations menées autour de la fixation du taux de la taxe.

D'où d'ailleurs la justification d'un taux relativement bas mais dont le rendement pourra être optimisé grâce à l'étendue de l'assiette, sans

pour autant entraver le développement du secteur.

***Mais alors en quoi consiste réellement la Taxe sur l'Accès au Réseau des Télécommunications Ouvert au Public ?***

## I - LES ÉLÉMENTS DE LA TECHNIQUE FISCALE

La technique fiscale regroupe l'ensemble des règles par lesquelles l'impôt est établi et perçu.

L'établissement de l'impôt se fait en plusieurs étapes.

Il s'agit de déterminer, dans un premier temps, le champ d'application qui consiste à préciser les personnes et les personnes imposables ainsi que les règles de territorialité.

Une fois le champ d'application défini, on détermine l'assiette (A) autrement dit la base imposable à laquelle sera appliqué soit un taux, un tarif ou un barème qui constitue la phase de calcul ou liquidation (C).

Mais avant cette étape, il est opportun de déterminer le fait générateur et l'exigibilité (B).

Nous passerons sous silence, bien entendu, la dernière étape qui est celle du recouvrement qui revêt un caractère purement pratique et que nous excluons du cadre de la

présente étude. L'établissement de l'impôt se fait en plusieurs étapes, il faut préciser les personnes et opérations imposables ainsi que les règles de territorialité : c'est la définition du champ d'application.

Une fois le champ d'application défini, on détermine l'assiette de l'impôt autrement dit la base imposable à laquelle sera appliqué soit un taux, soit un tarif ou barème (calcul de l'impôt ou liquidation).

La dernière phase qui consiste à opérer l'encaissement réel de l'impôt est appelée recouvrement. L'établissement de l'impôt se fait en plusieurs étapes, il faut préciser les personnes et opérations imposables ainsi que les règles de territorialité : c'est la définition du champ d'application.

Une fois le champ d'application défini, on détermine l'assiette de l'impôt autrement dit la base imposable à laquelle sera appliqué soit un taux, soit un tarif ou barème (calcul de l'impôt ou liquidation).

La dernière phase qui consiste à opérer l'encaissement réel de l'impôt est appelée

recouvrement. L'établissement de l'impôt se fait en plusieurs étapes, il faut préciser les personnes et opérations imposables ainsi que les règles de territorialité : c'est la définition du champ d'application.

Une fois le champ d'application défini, on détermine l'assiette de l'impôt autrement dit la base imposable à laquelle sera appliqué soit un taux, soit un tarif ou barème (calcul de l'impôt ou liquidation).

La dernière phase qui consiste à opérer l'encaissement réel de l'impôt est appelée recouvrement. L'établissement de l'impôt se fait en plusieurs étapes, il faut préciser les personnes et opérations imposables ainsi que les règles de territorialité : c'est la définition du champ d'application.

Une fois le champ d'application défini, on détermine l'assiette de l'impôt autrement dit la base imposable à laquelle sera appliqué soit un taux, soit un tarif ou barème (calcul de l'impôt ou liquidation).

La dernière phase qui consiste à opérer l'encaissement réel de l'impôt est appelée

### A) CHAMPS D'APPLICATION ET ASSIETTE DE LA TARTOP

La TARTOP frappe toutes les personnes titulaires d'une licence d'exploitation du réseau de télécommunication ouvert au public fixes et /ou mobiles délivrés par et

pour le compte de l'Etat.

Au Mali, elle concerne actuellement les deux principaux opérateurs de télécommunications que sont

« **Orange Mali** » et « **Sotelma/Malitel** ».

Le nouveau texte (Annexe fiscale à la loi N°2012-063 du 26 décembre



2012 portant loi des finances pour l'exercice 2013) précise, en outre, qu'ils en sont les redevables légaux et réels.

Sont donc exclu du champ d'application de la Taxe sur l'Accès au Réseau de Télécommunication Ouvert au Public, les intermédiaires des télécoms que sont les « **distributeurs et revendeurs agréés** ».

L'assiette de la TARTOP est constituée par le montant hors taxe sur la valeur ajoutée du chiffre d'affaire annuel réalisé.

Cependant, en sont exonérés:

- Les produits et services internet ;
- Les ventes et les locations d'équipements et de fournitures permettant l'accès à l'internet ;
- Les ventes et les locations d'appareils téléphoniques fixes et d'appareils téléphoniques mobiles ;
- Les prestations liées au trafic entrant international à l'exception du roaming ;
- Les prestations d'interconnexions, telles que définies par le code des télécommunications, entre les titulaires de licences d'exploitation du réseau de télécommunication ouvert au public.



## B) FAIT GÉNÉRATEUR ET EXIGIBILITÉ DE LA TARTOP

Le fait générateur en matière fiscale est l'acte juridique, l'opération ou le fait matériel qui déclenche l'assujettissement à l'impôt, tandis que l'exigibilité est définie comme étant l'évènement, l'acte ou la situation qui rend une personne redevable de l'impôt et qui donne naissance à la dette d'impôt envers la collectivité bénéficiaire.

Si ces deux notions sont essentielles, il est souvent malaisé d'établir la frontière entre elles.

C'est pourquoi, eu égard à la spécificité du secteur des télécommunications, le législateur fiscal a eu la lucidité de les associer.

C'est ainsi que le fait générateur et l'exigibilité interviennent simultanément à :

### • En ce qui concerne la téléphonie mobile

- La livraison de cartes téléphoniques ;
- L'émission d'une facture avant toute livraison de carte téléphonique ;
- L'encaissement, sur la base de facture ou non, du prix ou d'acomptes sur le prix, antérieurement à la livraison de carte téléphonique ou à l'émission de facture ou document en tenant lieu ;

- L'exécution de la prestation, s'agissant du roaming.

### • En ce qui concerne la téléphonie fixe

- L'exécution de la prestation ;
- L'émission d'une facture avant que les prestations ne soient effectuées ;
- L'encaissement, sur la base de facture ou non, du prix de la prestation ou d'acompte sur ce prix, antérieurement à la réalisation de ladite prestation ou à l'émission de facture ou document en tenant lieu.

## C) LA LIQUIDATION DE LA TARTOP

L'opération de liquidation consiste à calculer le montant exigible une fois que la base a été définie et évaluée.

Il s'agit d'appliquer soit un barème,

un tarif ou un taux.

Le taux de la TARTOP est fixé à 2%.

Ce taux est appliqué sur le montant

hors taxe sur la valeur ajoutée du chiffre d'affaire réalisé par le titulaire de la licence d'exploitation du réseau des télécommunications ouvert au public.

## II- LA PROCÉDURE

### A) LA DÉCLARATION

La taxe est déclarée et acquittée dans les mêmes délais et suivant les mêmes procédures que la taxe sur la valeur ajoutée due sur les opérations intérieures assujetties à celle-ci.

D'après les dispositions pertinentes de l'article 110 du Livre de Procédures Fiscales, il existe deux (02) types de déclarations suivant le régime d'imposition avec chacune

des périodicités et des délais différents.

En effet, le premier type est la déclaration mensuelle qui concerne les assujettis soumis au régime réel normal constitué en majorité de l'ensemble des contribuables ayant un chiffre d'affaire annuel supérieur à cent (100) millions de francs CFA pour lesquels la déclaration doit être

établie avant les quinze (15) premiers jours du mois suivant.

Le second type de déclaration est annuel et concerne l'ensemble des contribuables soumis au régime réel simplifié et constitué de l'ensemble des contribuables réalisant un chiffre d'affaire annuel compris entre trente (30) et cent (100) millions de francs



CFA pour lesquels la déclaration est annuelle et doit être établie avant le 15 mai de l'année suivante.

Dans l'accomplissement des formalités de déclaration, ces redevables utilisent les imprimés de déclarations appropriés mis à leur disposition par les services compétents de la Direction Générale des Impôts.

## B) LES SANCTIONS

Les redevables de la TARTOP déposent auprès du service des impôts dont ils dépendent, pour la gestion de leur dossier fiscal, la déclaration y afférente dans le délai fixé à l'article 110 du Livre de Procédures Fiscales ; à savoir dans les quinze (15) premiers jours de chaque mois pour les opérations effectuées le mois précédent par les redevables assujettis au mode du réel normal de taxation et au plus tard le 15 mai de l'année suivant celle de la clôture de l'exercice comptable par les redevables assujettis à l'impôt suivant le mode du réel simplifié de taxation.

Le non-respect de cette disposition légale a pour conséquences, une série de sanctions.

C'est ainsi que, lorsque la déclaration est souscrite après le délai prévu à l'article 110 susvisé et à défaut de mise en demeure du service des impôts, le redevable

légal encourt une pénalité égale à 5% des droits dus d'après cette déclaration.

Lorsque la déclaration est souscrite après une mise en demeure du service des impôts, la pénalité encourue est égale à 25% des droits dus d'après cette déclaration.

Dans tous les cas, le minimum de pénalité est de 25.000 Francs CFA.

Si dans le délai de dix (10) jours après la mise en demeure du service des impôts, le redevable ne souscrit pas la déclaration qui lui a été réclamée, il est taxé d'office et le montant du droit correspondant à cette taxation est majoré d'une pénalité égale à 50% dudit montant.

Dans le cas où la déclaration souscrite après le délai fixé à l'article 110 du Livre de Procédures Fiscales ne donne ouverture à aucun droit, la pénalité est de 25.000 Francs CFA.

Les omissions et inexactitudes constatées dans la déclaration sont sanctionnées par une pénalité égale à 25% des droits compromis.

Le taux de cette pénalité est porté à 50% lorsque, compte tenu de la nature de l'infraction commise, la bonne foi du redevable légal ne peut être admise.

L'institution de la Taxe sur l'Accès au Réseau de Télécommunication Ouvert au Public au Mali marque un tournant décisif dans la vie économique. Elle permet, aujourd'hui, de fiscaliser un secteur qui est en net croissance. Toute chose qui est de nature à instaurer une certaine équité fiscale, eu égard à l'importance des ressources immatérielles rares que constituent la numération et les fréquences hertziennes qui ne profitent pas à hauteur de souhait à la collectivité nationale en terme de recettes.

## LIBRES PROPOS SUR LA LAÏCITE

La laïcité est une de ces notions banales du droit qui, avant de se définir, participent d'un sentiment : sentiment, ici, que dans une république il ne faut assigner à la règle de droit que des fins politico-sociales et considérer les croyances religieuses comme indifférentes à l'obtention des buts sociaux. Cette négation tranquille de toute considération religieuse ignore que l'homme est un animal religieux et à ce titre appelle alors correction.

Peut-on continuer à prôner les devoirs de justice et de charité envers le prochain et ignorer l'inspiration religieuse de ces préceptes moraux transformés en règles juridiques ?

1 - En donnant la première place aux forces religieuses et morales dans la création du droit, je songe à leur influence ancienne, bien plus qu'à l'actuelle. « *Notre époque, a dit Nietzsche, se nourrit et vit de la moralité des temps passés* ». C'était une critique, mais il était bien obligé de reconnaître que dans les premières sociétés humaines les normes qui régissaient les rapports des hommes étaient de caractère religieux et il admettait un maintien de leur force. Toute religion impose une morale. Celle du christianisme a coloré le droit Romain, puis donné à l'Europe, plus tard à l'Amérique, des règles qui ont été incorporées à la législation civile. De là vient la parenté des institutions dans les pays de même religion. Mais, pour ne pas parler de Christianisme, on dit que ces peuples ont une civilisation commune, sans vouloir reconnaître

que cette civilisation n'est commune que par l'inspiration de la morale Chrétienne. La morale traditionnelle, si elle veut être conservée dans les règles, doit se laver de son péché originel, car le droit moderne ne veut rien devoir à l'idée religieuse. La laïcisation des règles est chose acquise et elle exige d'être absolue.

2 - Les constituants Maliens de 1992 ont eu la singulière idée d'en faire un principe constitutionnel. La constitution du 25 février 1992 déclare dans son préambule et dispose en son article 25 : « *Le Mali est une République indépendante, souveraine, indivisible, démocratique, laïque et sociale* », cet article est la reproduction exacte de l'article 1<sup>er</sup> de la constitution française du 27 octobre 1947. Plus loin l'article 118 de la constitution du 25 février 1992 dispose : « *La forme républicaine et la laïcité de l'Etat ainsi que le multipartisme ne peuvent faire l'objet de révision* ».

Cette laïcité insérée entre une indivisibilité écornée et une démocratie sociale qui en a de fort indécis est donc un acquis irréversible dans notre pays. En lui rendant les honneurs constitutionnels, les uns affirment le caractère définitif d'une conquête menée ailleurs, les autres se résignent à un sacrifice déjà accompli. ***Le sens de cette laïcité n'est pas à la vérité facile à discerner, car en s'en tenant seulement à son influence dans la création du droit, la laïcité en a plusieurs.***

3 - L'accord est fait sur le premier. Le principe de laïcité signifie



**Abdourahamane TOURE**  
Docteur en Droit Privé  
Avocat inscrit au Barreau de Rennes  
Directeur de la formation initiale - Ecole Nationale d'Administration du Mali  
drabenmat@yahoo.fr

que les règles religieuses n'ont aucune valeur civile et que le bras séculier n'intervient pas pour assurer leur observation. 'L'Eglise' et la 'Mosquée' sont des groupements d'hommes qui sont régis par des Codes. Ces règles, l'Etat ne les connaît pas. Il ne peut même pas leur accorder l'empire qu'il accorde à des lois étrangères, car ce sont des règles d'une société qu'il veut ignorer.

Mais une telle analyse se révèle à l'usage peu satisfaisante. Abstraite, donc sans aucun rapport avec la réalité, elle n'englobe pas l'infinie variété des circonstances susceptibles d'influencer le législateur.

Le principe de laïcité a un autre sens et plus profond. Il signifie qu'il est nécessaire d'éliminer toute influence de la religion dans la création des règles. L'Eglise et la Mosquée représentent une force



sociale puissante par le nombre des fidèles, la solidité de ces groupements, l'autorité des chefs, la fixité de la doctrine, la facilité de la propagande. Il suffit par conséquent que la règle de morale religieuse puisse revêtir la forme juridique pour que la force de la croyance religieuse tende à l'imposer à tous. Cette force paraît à l'esprit laïc tellement inquiétant qu'il importe de l'annihiler, sans même en considérer la bienfaisance possible. D'où une opposition de principe qui a fini par créer une idéologie qui tend à réduire la religion à une croyance personnelle sans vertu sociale.

**4** - Les cultes existent et le donné réel ne disparaît pas par la seule volonté du législateur. Est-il possible de ne pas reconnaître l'existence d'un culte quand, dans chaque village du pays, l'église et la mosquée rassemblent tant les fidèles, sous l'autorité d'un chef et où tant d'œuvres sont vivifiées par la foi ? Il n'est pas facile d'être laïque dans un pays où les religions chrétienne et musulmane ont bâti leurs chapelles, où la majorité des hommes sont baptisés, mariés, ensevelis avec les prières des différentes religions. Le culte n'est peut-être plus pour beaucoup d'entre eux qu'une pratique traditionnelle, mais les règles ne sauraient faire abstraction des coutumes qui dirigent encore la vie quotidienne.

**5** - Le principe de laïcité inspire une politique juridique qui combat la force religieuse. « *La laïcité doit s'inscrire dans les limites*

*du bon sens* » écrit M. Rivero. Le bon sens est la chose qui s'obscurcit le plus vite quand la passion entre en jeu. Est-il conforme au bon sens que dans l'une des plus grandes démocraties laïques comme celle des États-Unis le président de la République prête serment sur la Bible, que devant les juridictions les justiciables font de même, mieux encore la monnaie, symbole de souveraineté nationale est estampillée de la mention : « *In God We trust* » que l'on peut traduire de l'anglais par « *En Dieu nous croyons* »[[[ *Jou* « *En Dieu seul nous mettons notre confiance* » c'est aussi la devise nationale officielle des États-Unis depuis son adoption par une loi votée par le Congrès en 1956 ? « *E Pluribus Unum* » (en latin : « *De plusieurs, un* ») qui était jusqu'alors la devise de facto et qui apparaît sur le Grand sceau des États-Unis d'Amérique.

Dans *The Star-Spangled Banner*, écrit en 1814 par Francis Scott Key, mais qui n'a été adopté comme hymne officiel qu'en 1931, le dernier vers dit : « *And this be our motto: "In God is our trust"* » (« *Et ceci sera notre devise : "En Dieu seul nous mettons notre confiance"* »).

Il semble que la montée du sentiment religieux, qui aboutit au choix d'une telle devise, prenne son origine dans le traumatisme de la Guerre de Sécession. C'est à cette époque que Salmon P. Chase, secrétaire du Trésor, a reçu un grand nombre de lettres de personnes très pieuses réclamant que le nom de Dieu figure sur les monnaies de l'Union. Il écrit à son tour en 1861

à James Pollock, directeur du United States Mint à Philadelphie (qui frappe les monnaies), pour lui demander de trouver une devise pieuse à apposer aux pièces de monnaie américaines :

« *Dear Sir: No nation can be strong except in the strength of God, or safe except in His defense. The trust of our people in God should be declared on our national coins* »

« *Cher Monsieur : Aucune nation ne peut être forte hormis dans la force de Dieu, ni sûre sauf en sa protection. La confiance absolue en Dieu de nos concitoyens devrait être déclarée sur nos pièces nationales.* »

Les États-Unis ne sont pas le seul pays à mentionner Dieu dans un tel contexte. « *God zij met ons* » (« *Dieu soit avec nous* ») est une des devises des Pays-Bas.

Il est évident que la laïcité n'est plus entendue, au sens où elle a été à des époques de lutte politique, comme la considération de la victoire de l'État dans une querelle avec les chapelles pour la direction des hommes. C'est « *l'opium du peuple* » a dit Karl Max dans une formule restée célèbre.

**6** - La grande préoccupation des juristes est de savoir si la légalité dite républicaine peut s'accommoder des mesures relatives à des faits de nature religieuse. La jurisprudence relative aux processions et aux convois funèbres est fondée sur la nécessité de l'ordre public, mais, par ce détour, elle fait état de la tradition du respect dû aux morts. Je pense profondément que

les chapelles ne sauraient se désintéresser de l'élaboration de la législation civile puisque des règles de droit qui seraient contraires à la morale religieuse mettraient les fidèles dans une situation impossible à tenir. D'où une résistance à toute réforme qui ferait échapper l'homme à la morale qu'elle enseigne. Ailleurs comme ici, les exemples foisonnent, le refus du mariage homosexuel, la monogamie, la limitation du nombre des épouses dans le régime polygamique etc. ; toutes ces positions sont mues par des raisons morales d'essence religieuse.

7- Le Mali a mis en place un département chargé des affaires religieuses et du culte. Cette création a suscité une appréhension. Certains de nos compatriotes s'en affligent car dans l'imaginaire populaire nourrie des éléments contextuels, il ne s'agit que d'un ministère de l'Islam destiné à satisfaire les Salafistes. Cette vision est étriquée et une autre lecture de la situation est possible.

Dans les journaux, les causeries, les sermons, la classe politique est dénoncée avec une violence verbale étonnante. L'échec des politiques dans la mise en œuvre de l'impartialité de l'état, de l'égalité des chances, de la protection des plus faibles de la justice sociale, expliquent en partie l'occupation spectaculaire de la place publique par la religion ; cela ne nous permet pas d'écarter une certaine appréhension, on se plaît à rappeler les excès de son intransigeance qui sont réels, sur certains points

d'ailleurs il n'y a pas d'accord entre les différentes confessions et le pouvoir civil joue habilement de ce désaccord.

Cependant, le nouveau département peut être un formidable outil de régulation pour ne pas, par peur de l'intégrisme religieux, glisser dans l'intégrisme de la laïcité. J'entends par intégrisme de la laïcité, celle qui tire la laïcité vers sa racine exclusive du fait religieux. L'intégrisme quelle que soit sa forme est par essence totalitaire et liberticide.

8- Il est possible de tomber d'accord sur l'utilité de certaines créations, mais on ne fera pas disparaître l'opposition irrémédiable entre la religion qui considère l'homme comme une créature de Dieu, sauvant son âme par la pratique de la vertu, et une conception matérialiste du monde, appelant chaque homme au bonheur par l'amélioration immédiate de sa condition et n'hésitant pas à sacrifier les individualités à l'intérêt social.

Nous vivons dans une société qui a entendu la voix de Nietzsche, celle de Karl Max et celle de Lénine, qui entend celle de Sartre et reçoit l'enseignement d'un humanisme athée. Ne sommes-nous pas à la fin d'une civilisation marquée par la fin de la morale religieuse ? C'est cette négation du religieux et plus profondément celle du divin qui motive les résistances religieuses. Si une force idéologique prétend combattre toute force religieuse pour créer une morale nouvelle, aucune Chapelle ne saurait admettre

cette déformation du principe de laïcité ; aucun juriste ne devrait concevoir l'exclusion totale de la force religieuse dans la création du droit.

9- Le droit a tout à gagner à l'appui d'une morale religieuse qui est à la base de beaucoup de règles juridiques. Les préceptes de cette morale sont si généralement suivis qu'on a pu les considérer comme étant de droit naturel et les imposer à ce titre sans avoir à parler de leur origine religieuse. A tout le moins, ils doublent l'application des lois civiles pour le maintien de l'ordre dans la société moderne.

Ainsi, le juriste trouve dans le maintien de la morale traditionnelle les règles qui constituent l'ossature même du droit. Il suffit pour ne pas faire naître la dispute, de les dépouiller de tout caractère transcendant et de les appliquer seulement à raison de leur utilité, sans souci de la raillerie des sceptiques.

A ceux qui pensent que le nouveau département des affaires religieuses et du culte n'est qu'un 'cheval de Troie' qui nous fera passer subtilement de l'indicatif à l'impératif, je dis que la réversible constitution du 25 février 1992 est un « garde fous », du moins théoriquement ; l'article 118 dispose : « La forme républicaine et la laïcité de l'Etat ainsi que le multipartisme ne peuvent faire l'objet de révision ».

**Bien malin celui qui pourra prédire l'effectivité de cette disposition.**



– [www.jurifis.com](http://www.jurifis.com) –