

➤ACTUALITES

Les arbitres et avocats africains face à l'arbitrage international

Me Mamadou KONATE

Deux ou trois mots au sujet de la révision de la constitution malienne de 1992

Me Mamadou KONATE

➤ETUDES

L'action de priorité dans l'OHADA

Dr Bérenger MEUKE

Observations sur la gouvernance des S.A avec Conseil d'administration en OHADA : Moniste ou dualiste ?

Dr Bérenger MEUKE & Me Mamadou KONATE

➤CHRONIQUES

Le principe compétence-compétence en matière d'arbitrage OHADA (Note sous Arrêt Ass Plénière de la CCJA du 31 janv 2011 (Planor Afrique c/ Atlantique TELECOM)

Dr Bakary DIALLO

La répartition des compétences dans un litige où s'entrechoquent et se mêlent les matières juridiques harmonisées et les matières juridiques non harmonisées (Note Arrêt C.Cass Sénégal n° 36 (Jamel SALEH c/ Sté ULMAN sa) et n° 37 (Alioune BABOU c/ Mbacké DRAME) du 19/01/2005

Dr Bakary DIALLO

➤INFORMATIONS PRATIQUES

Le silence du Conseil d'Administration après l'augmentation par le Directeur Général d'une SA de l'espace OHADA, de sa rémunération vaut-il approbation de la mesure prise?

Brèves réflexions sur la garantie des crédits accordés par les établissements financiers aux collectivités locales en zone OHADA

Dr Bérenger MEUKE

La procédure de data room en OHADA

➤LU POUR VOUS

La répression des crimes contre l'humanité en Afrique

Me François SERRES

Chers Lecteurs,

Vous êtes toujours encore plus nombreux à nous lire et à nous exprimer vos vifs encouragements et félicitations pour l'initiative de créer une Revue et surtout, pour la qualité des informations que nous vous communiquons à travers notre Revue d'informations juridiques internes.

Vos encouragements nous permettent de nous améliorer sans cesse et de poursuivre cette initiative de la Revue que nous partageons désormais avec vous tous.

C'est pour cette raison et pour servir d'avantage que nous avons décidé de faire peau neuve en cette fin d'année.

Vous remarquerez, sans doute pour vous en réjouir que, aussi bien la forme de la Revue, que le design et le contenu de la Revue changent. Vous remarquerez et apprécierez le logo réformé du Cabinet. Le tout ne visant d'autre objectif que celui d'évoluer vers plus de visibilité, de vivacité, de modernité et d'esprit d'ouverture vers le savoir et les expériences des autres.

Pour vous servir, l'équipe de la Revue, sous la direction de Mamadou KONATE du Mali, continuera avec le Camerounais Bérenger MEUKE, le Sénégalais Bakary DIALLO, et bien d'autres personnes encore à animer les rubriques « Actualités », « Etudes », « Chroniques » et « Informations Pratiques » de votre Revue qui paraîtra désormais bimestriellement, ce, à compter de janvier 2012.

Puissent ces nouvelles initiatives traduire au mieux notre volonté et notre ambition de faire de Jurifis Info, un véritable outil d'information et de communication du droit et de la pratique du droit.

Nous restons convaincus de ce que notre démarche est la bonne, tant la modernisation du cadre juridique des activités économiques en Afrique n'est pas simplement une question de réglementation législative.

Dans ce nouveau numéro, la Revue traite de différents sujets dont celui de la problématique des Arbitres et Avocats africains dans le contexte de l'arbitrage international.

Dans le cadre d'une communication faite à l'occasion d'un séminaire à Paris où il était invité, Maître Mamadou Ismaila KONATE a estimé qu'« au delà de sa mission classique, l'avocat africain doit jouer sa partition dans la promotion de l'arbitrage international à travers, d'une part, l'assistance qu'il offre dans la mise en place de la convention d'arbitrage et celle de la procédure arbitrale, et d'autre part, à travers sa fonction même d'arbitre. ». Pour lui, « si les dispositions de la loi relative à l'arbitrage laissent aux parties la liberté de choix quant à la désignation de leurs arbitres, les avocats peuvent remplir cette mission d'arbitrage. »

Dans un premier temps, un commentaire d'un arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) relatif au principe « compétence-compétence » le Docteur Bakary DIALLO, par ailleurs Avocat, estime qu'« en plaçant sa motivation sur le terrain de la violation de l'ordre public international en ce que les arbitres auraient méconnu l'arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou ayant acquis la force de chose jugée, le juge supranational donne une mauvaise perception du rôle de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence au regard du principe compétence-compétence ».

Enfin, au moment même où des experts travaillent à relire l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales, la Revue Jurifis Info s'est interrogée sur la question de savoir si dans le cadre de la gouvernance des Sociétés Anonymes en OHADA, il fallait voir dans le choix des actionnaires pour le mode moniste avec PDG l'expression d'un échec de la gouvernance, dissocié en mode dual avec PCA et DG ? Pour le Docteur Bérenger MEUKE également Avocat et Maître Mamadou Ismaila KONATE, « autant la gouvernance duale peut permettre une dissociation des pouvoirs de direction, autant elle peut aboutir de part les rapports de force qui naissent très souvent entre le Directeur Général et l'actionnariat, à une paralysie de la gestion sociale et partant à la chute de l'entreprise. »

Toute l'équipe de Jurifis Info vous présente leurs vœux pour l'année 2012.





Mamadou KONATE
Avocat Associé
JURIFIS CONSULT

LES ARBITRES ET AVOCATS AFRICAINS FACE À L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

L'arbitrage International « n'a pas toujours bénéficié d'une réception aussi unanime : selon les époques et les pays, il a été parfois ignoré, contesté dans sa vocation, restreint dans ses effets avant d'entrer dans une phase d'expansion croissante... »;

En effet, le développement du commerce international, phénomène qui découle de la croissance de l'économie mondiale et de l'internationalisation progressive des économies nationales, a également contribué à accentuer l'importance de l'arbitrage international aussi bien sur le plan international que dans le continent africain.

L'institution de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et la mise en place progressive de divers centres nationaux dédiés à l'arbitrage dans bon nombre d'Etats du continent africain témoigne de la place de choix que devrait bientôt occuper ce mode de règlement de litige.

Or, la mise en place et le fonctionnement d'une telle institution dans le paysage africain passe avant tout par une parfaite maîtrise du rôle de ses acteurs principaux que sont les arbitres eux mêmes. Il se trouve le plus souvent que les avocats africains sont le plus souvent dédiés à cette mission, sans doute en raison de formations de base et de l'esprit d'indépendance dont ils font preuve dans le cadre de l'exercice de leurs missions.

Dans un contexte de plus en plus dominé par le commerce transfrontalier et le cortège de litiges qui l'accompagne et qui implique nombre d'intérêts situés dans le continent africain, se pose la question de la place des arbitres africains dans l'arbitrage international (I) et le rôle spécifique des avocats africains voire africanistes dans

la promotion de l'arbitrage et la mise en œuvre des procédures arbitrales.

I- L'Arbitre africain dans le contexte de l'arbitrage international :

Si l'arbitrage n'est pas un phénomène nouveau en Afrique, la place et la contribution des arbitres africains dans l'arbitrage international méritent quelques réflexions.

I.1 Place des arbitres africains dans l'arbitrage international :

Confrontés, jadis, au nombre très limité d'africains ayant la formation requise et l'expérience nécessaire pour résoudre les différends soumis à arbitrage, les parties africaines ont le plus souvent placé leur confiance dans l'intégrité et l'impartialité des arbitres d'origine non africaine dans le règlement des différends concernant l'arbitrage international en raison de leurs grandes expériences.

Ainsi, dans l'arbitrage CIRDI, les parties africaines recouraient fréquemment aux arbitres occidentaux en fonction de leur compétence et indépendamment de leur nationalité pour régler leurs différends. Il en est ainsi :

- Du Maroc qui a désigné un arbitre français dans l'affaire qui l'opposait à Holiday Inns en 1972 (Affaire CIRDI N° ARB/72/1, Rapport annuel 1980/1981.p.30 ;
- De la Côte d'Ivoire qui a nommé un arbitre suisse dans l'affaire qui l'opposait à la société Adriano Gardella SPA (Affaire CIRDI N° ARB/74/1 ;
- Du Gabon qui a désigné un arbitre belge dans l'affaire qui l'opposait à la société Serete SA (Affaire CIRDI N° ARB/76/1 ;
- Du Nigéria qui a désigné un arbitre

allemand dans le différend qui l'opposait à Guadalupe Gas Product Affaire CIRDI N° ARB/78/1 ;

Cette liste est loin d'être exhaustive et plusieurs autres pays africains comme le Cameroun, le Libéria, le Ghana, la Guinée, la Tunisie, l'Egypte et la Tanzanie ont également procédé de la même manière en désignant des arbitres occidentaux et américains. (Source Revue Camerounaise de l'Arbitrage n°13, Avril- Mai- Juin 2001, p.3)²

Dans sa publication connue également sous le nom « Affaires du CIRDI - Statistiques » en son numéro 2011-1, le Centre nous renseigne que les arbitres, conciliateurs et membres de comités ad hoc nommés dans les affaires CIRDI sont de l'ordre de 2% pour l'Afrique subsaharienne contre 48% pour l'Europe Occidentale et 23% pour l'Amérique du Nord (Source « Affaires du CIRDI-Statistiques n° 2011-1, p.16)»¹.

Outre le manque d'expertise, ce recours aux arbitres étrangers pourrait également être justifié en partie par l'absence en Afrique en son temps de centres d'arbitrage à vocation universelle et de législations adéquates applicables.

Cette tendance qui a dominé pendant longtemps l'arbitrage international en Afrique s'est déclinée peu à peu non seulement avec l'émergence d'une nouvelle génération des juristes originaires des pays africains, dont l'expérience en matière d'arbitrage n'est plus sujette à caution mais également avec l'institution de la CCJA et la mise en place progressive des centres nationaux d'arbitrage.

Ainsi, dans au moins sept cas, la partie défenderesse africaine ou le Président du Conseil Administratif ont désigné un ou deux arbitres africains dans l'ar-

¹ Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain

Par Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU, Docteur en Droit Public Chargé de Cours à l'Université de Yaoundé II

² Message de François Mitterrand au Parlement, 8 avril 1986

bitrage CIRDI dans les différends qui opposaient des Etats africains aux entreprises occidentales.

Il est même arrivé à certains Etats africains de nommer leurs propres citoyens comme arbitres. C'est le cas de SOABI contre Sénégal ; SPP contre Egypte ; Société d'Etudes des Travaux et de gestion SETIMEG Sa contre Gabon... (Source Revue Camerounaise de l'Arbitrage n°13, Avril- Mai- Juin 2001, p.8)².

Cette nouvelle tendance s'est par la suite élargie dans le cadre de l'arbitrage commercial international avec la mise en place de la CCJA qui joue la fonction du Centre d'arbitrage à vocation universelle et les autres centres nationaux.

Cependant, en dépit de la ratification des différents instruments juridiques internationaux par la quasi totalité des Etats africains, de l'institution de la CCJA et de la mise en place progressive des centres nationaux d'arbitrage qui ont fait naître tant d'espoirs auprès des opérateurs économiques qui n'avaient jusque là que la seule justice étatique pour gérer leurs différends de nature commerciale, force est de relever que la participation des arbitres africains à l'arbitrage international reste encore timide.

Dix ans après l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage, la faible sollicitation de ces différents centres, suscite quelques interrogations sur l'efficacité de l'arbitrage. Plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer un tel décalage :

- La méconnaissance de ce mode de règlement des différends par les dirigeants et les juristes qui les assistent dans la gestion des risques juridiques ;
- La non conversion des opérateurs économiques nationaux à l'esprit de convivialité et d'apaisement qui paraît gouverner les transactions commerciales à travers le monde.
- Le manque d'ouverture des conseils des entreprises et des services juridiques de celles-ci à la maîtrise du droit de l'arbitrage.
- Les insuffisances de certains juges dans le cadre de l'arbitrage ad hoc



- ou de celles relevées auprès des instances connaissant les recours en annulation, insuffisances qui portent atteinte à la célérité et à l'efficacité tant attendue de l'arbitrage et jettent du coup un doute sur la crédibilité de l'ensemble de la justice :
- Le préjugé des coûts élevés pratiqués dans le domaine de l'arbitrage.

Ce sont là, autant de défis à relever par les juristes africains dont l'apport et la contribution sont essentiels pour la promotion de l'arbitrage international.

1.2- Apports et contributions des arbitres africains :

L'arbitre, écrit CH.JAROSSON, est « un juge choisi »³. Ce choix est une marque de confiance des parties et suppose une prise en compte de la qualité, de la connaissance, de l'indépendance, de l'impartialité et de la grande expérience qu'incarne l'arbitre.

Ce choix reste primordial d'autant plus que le succès ou l'échec d'un arbitrage dépend dans une large mesure de la qualité des arbitres désignés et de leurs familiarités aux affaires, objet du litige.

Or, les facteurs ci-dessus évoqués pourraient constituer des obstacles pour les arbitres africains à jouer pleinement leur partition dans l'arbitrage international.

Les défis à relever sont nombreux et tiennent entre autres à :

- L'impératif de formation des arbitres ;
- La sensibilisation pour la mise en place effective des comités nationaux (dont la plupart des pays africains n'en ont pas encore) capables de proposer la nomination des arbitres dans le cadre l'arbitrage CCI ;
- L'incitation des Etats africains à fournir la liste des arbitres dans le cadre de l'arbitrage CIRDI (certains Etats n'ont pas encore déposé leurs listes auprès du Centre) ;
- La sensibilisation des entreprises privées à privilégier l'arbitrage comme mode de résolution des différends.

La redynamisation et la mise en place effective des centres nationaux d'arbitres.

C'est seulement à ce prix que les arbitres africains pourront pleinement participer à l'arbitrage international.

II- L'Avocat africain dans les procédures arbitrales :

La profession d'avocat a subi de profondes mutations ces dernières années dans nombre de pays ressortissants du continent. Les conséquences de ces mutations sont diversement ressenties dans.

Longtemps confiné dans son rôle de plaideur, de conseil et considéré par les entreprises comme un mal nécessaire qu'il faudrait se garder de consulter le moins possible, l'avocat apparaît aujourd'hui comme le principal « conseiller, assistant et mandataire », l'un des professionnels quasi incontournable pour assurer le bon fonctionnement des entreprises face au règlement de leurs litiges.

Face aux mutations économiques, technologiques et sociales auxquelles les entreprises sont confrontées ; face aux exigences de la mondialisation, des mutations normatives et institutionnelles du droit de l'arbitrage et celles liées à l'internationalisation du mécanisme de règlement des différends, l'avocat devient plus que jamais le partenaire juridique privilégié, capable d'offrir aux entreprises, les garanties indispensables de confidentialité, de compétence requise, d'indépendance et de responsabilité.

A ce titre, au delà de sa mission classique, l'avocat africain doit jouer sa partition dans la promotion de l'arbitrage international à travers, d'une part, l'assistance qu'il offre dans la mise en place de la convention d'arbitrage et celle de la procédure arbitrale, et d'autre part, à travers sa fonction même d'arbitre.

II.1 L'intervention de l'avocat dans la mise en place de la convention d'arbitrage :

L'arbitrage est une matière qui ne laisse aucune place à l'improvisation. La célérité de ce mode de règlement, outre l'impartialité et l'expertise des arbitres, requiert la présence de véritables spécialistes.

Les attentes des dirigeants des entreprises à l'égard de leurs conseils ont considérablement accrues en raison des exigences liées aux profondes mutations des normes, à l'émergence de nouvelles disciplines et à la complexité des dossiers à traiter.

Dans un tel contexte, le rôle de l'avocat n'est plus à démontrer dans l'assistance des entreprises à l'occasion d'arbitrages internationaux qu'ils soient ad hoc ou institutionnels. A ce titre, il assiste les entreprises à tous les stades de l'arbitrage et principalement dans :

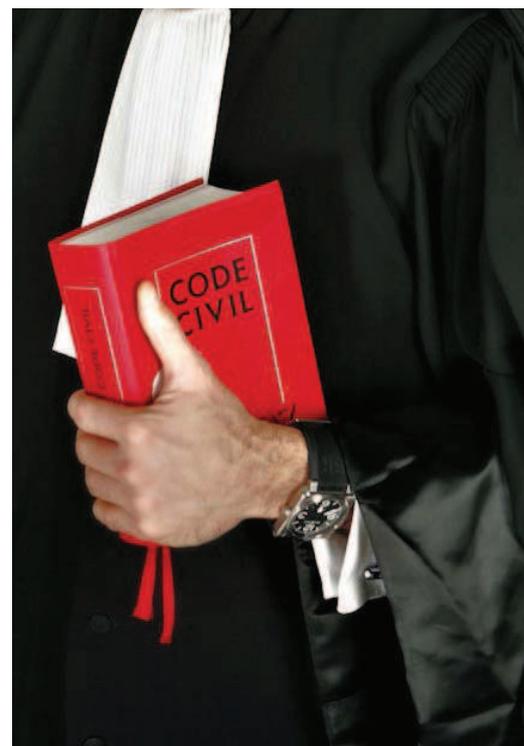
« Au delà de sa mission classique, l'avocat africain doit jouer sa partition dans la promotion de l'arbitrage international à travers, d'une part, l'assistance qu'il offre dans la mise en place de la convention d'arbitrage et celle de la procédure arbitrale, et d'autre part, à travers sa fonction même d'arbitre. »

- La négociation, la rédaction et la validation des clauses compromissoires et des compromis d'arbitrage ;
 - La validation du choix du règlement d'arbitrage ou des règles de procédures stipulées dans les clauses ad hoc ;
 - La préparation de la mise en œuvre d'une convention d'arbitrage et la bonne articulation avec les clauses de médiation ou conciliation conventionnelle ;
 - Le choix et la mise en œuvre de la stratégie précontentieuse ;
- Le contrôle de la désignation et de l'indépendance des arbitres ;

II.2 Rôle de l'avocat dans la mise en œuvre de la procédure arbitrale :

Outre, son intervention dans la mise en œuvre de la clause arbitrale, l'avocat joue un rôle éminent dans la conduite de la procédure arbitrale. A cette phase, la mission de l'avocat consiste essentiellement à préparer :

La mise en œuvre d'instance judiciaire préalable ou parallèle à la procédure arbitrale aux fins des mesures conservatoires (saisies), de mesures d'instructions (experts, constats) ;



L'assistance dans la constitution du tribunal arbitral ;

La détermination et la mise en œuvre de la stratégie contentieuse générale dans les arbitrages complexes ;

La préparation et la rédaction des documents (requêtes, mémoires et pièces).

Face au défi des mutations du droit des affaires en général et de l'émergence du droit de l'arbitrage en particulier dans l'espace OHADA, l'avocat doit constamment mettre à jour l'ensemble de ses connaissances pour être à la hauteur des missions qui lui seront confiées.

II.3 La fonction d'avocat-arbitre

Si les dispositions de la loi relative à l'arbitrage laissent aux parties la liberté de choix quant à la désignation de leurs arbitres, les avocats peuvent remplir cette mission d'arbitrage. Déjà, au XIX^{ème} siècle on considérait que « les fonctions d'arbitre (...) élèvent en quelques sorte un avocat à la hauteur de la magistrature et (...) lui imposent certainement tous les devoirs. »¹

Cependant, les activités d'arbitres ne doivent nullement avoir d'interaction avec des litiges connus par l'avocat dans sa pratique.



Mamadou KONATE
Avocat Associé
JURIFIS CONSULT

DEUX OU TROIS MOTS AU SUJET DE LA REVISION DE LA CONSTITUTION MALIENNE DE 1992

Le paradoxe d'une consultation référendaire réside dans le fait que le citoyen électeur dispose, en définitive, de très peu de marge de manœuvre pour exprimer son opinion, réelle et complète, face à la question qui lui est soumise. Une telle situation peut, dans une certaine mesure, constituer une tare, un manque et une véritable défaillance, même dans un contexte dit de démocratie. Par exemple, en matière de révision de texte constitutionnel, comme ce sera le cas bientôt dans notre pays, le citoyen électeur n'aura aucune autre possibilité que de répondre « OUI » ou « NON » ! A l'exception sans doute des plus téméraires et irrédentistes maliens, plus déterminés à aller au-delà du « OUI » et du « NON ». Ceux-là voudront opter pour un troisième geste, le boycott total ! Ce faisant, ils voudront manifester leurs désapprobations en refusant de prendre part et même de répondre à la question posée, à savoir : « **Etes-vous « pour » ou « contre » la révision de la Constitution de 1992 telle que proposée au référendum par Monsieur le Président de la République et votée par les Députés** » ?

Pour ne pas répondre à cette question, les plus déterminés décideront de faire la grève des urnes. Ceux-là auront-ils suffisamment tort ou raison ? La réponse à une telle interrogation est individuelle. Il s'agit de questions et d'attitudes qui relèvent en définitive de la responsabilité de chaque citoyen électeur, mis face à son « libre arbitre » et par rapport à l'objectif que chaque individu citoyen se fixe vis à vis du destin national.

Dans un tel décor, le plus dur pour les initiateurs de la consultation référendaire malienne à venir n'est pas tant de la réussir et de voir ainsi un camp gagner contre un autre. Il est clair que dans une consultation comme celle-ci,

ce sera toujours un camp qui va gagner contre un autre. Mais dans le contexte malien de l'heure, gagner ou perdre importe peu finalement. Seule la manière de gagner ou de perdre devrait compter. Et, cette manière en l'occurrence sera appréciée et mesurée en tenant compte du niveau réel de participation des citoyens électeurs à cette consultation référendaire ; en second, cette consultation sera aussi mesurée en tenant compte des scores qui seront réalisés par les tenants du « OUI » et ceux du « NON ». Ce qui est clair, c'est que deux camps de maliens seront bientôt opposés dans une « **conflagration politique** » du « **pour** » ou du « **contre** » dans le cadre de la révision « **ATT-DABA** » de la constitution de 1992.

La constitution « **ATT-DABA** » est celle-là qui a été voulue par le Président de la République Amadou Toumani TOURE. Celui-ci n'a-t-il pas fait la preuve absolue de sa détermination à faire passer le texte de « sa » constitution, celle de 1992, révisée par ses soins, sous les éclairages d'une commission technique d'experts désignés, avec à sa tête, Daba DIAWARA, devenu depuis Ministre.

Voilà pour ce qui est des péripéties de cette révision constitutionnelle. Celles-ci sont passées pas des phases techniques jusqu'aux étapes plus politiques. Tout le long, de nombreuses personnes et personnalités, spécialistes ou non du droit et de la constitution, politiques et syndicales se sont exprimées. Toutes ont laissé entendre des voix dissonantes de celles officielles exprimées. Des voix de discordance qui traduisent de réelles résistances contre la révision. Ces résistances ne sont pas des moindres. Il en a fallu peu, pour que dans un autre contexte et à une autre époque, on ait songé à déclencher la procédure de la seconde lecture au

parlement. Tout de même, l'on ne saurait pas pendant longtemps encore, venir confondre un texte de nature constitutionnelle, donc de niveau « loi fondamentale » et celui applicable aux personnes et à la famille dit « code des personnes et de la famille ». Ne mettons aucun sacrilège ! Ce dernier texte, il est vrai, est d'une portée hautement plus sociale et nettement plus sensible dans notre pays qu'un dispositif constitutionnel. Malgré tout, les incidences et les implications d'une révision constitutionnelle sont tellement nombreuses et énormes au point de pousser à une seconde lecture.

Qu'à cela ne tienne ! Lorsque dans un même pays et à propos du même texte constitutionnel, **deux centrales syndicales de travailleurs : l'UNTM et le CSTM, une fédération entière d'associations et de groupements de société civile réunie, une association de défense des droits de l'Homme, quelques partis politiques, un syndicat de magistrats, le SYLIMA, des associations de femmes et bien d'autres corporations** se lèvent, pour s'exprimer et exprimer en chœur leur totale désapprobation par rapport à l'initiative même de la révision, il y a comme un malaise dans le pays. S'entêter pour ne pas voir et ne pas reconnaître un tel malaise, aller en avant, en « enjambant » les oppositions ne serait pas convenable. Aucune mécanique de vote ou de validation de scrutin ne saurait venir donner suffisamment raison ou tort à un camp ou à un autre dans un processus de révision du texte fondamental. **Même pas la mise en œuvre d'une imparfaite mécanique de vote (51 % pour et 49 % contre). Une fin de mandat d'une durée totale de dix années devrait se préoccuper de cela.**

C'est pourquoi le cri des maliens qui se sont exprimés contre ce texte de révision constitutionnelle devra être en-

tendu : **s'il faut pour cela, envisager d'aller jusqu'à une seconde lecture du texte de révision de la constitution de 1992 ? La réponse est : Pourquoi pas ! Si le « consensus », nécessaire à propos d'une telle question se trouve au bout. Pour la circonstance, il vaut mieux d'ailleurs ne pas avoir de révision de la constitution que d'avoir une constitution mal révisée, dans laquelle, des maliens ne se reconnaîtraient pas ou très peu, voire pas du tout. Prenons garde qu'il ne soit retenu de l'histoire politique de notre jeune Etat, qu'une constitution, celle de 1992, révisée, est celle-là qui renferme des dispositions erronées et manquant de base ou comportant des dispositions incohérentes et inconsistantes.**

D'ailleurs, ce n'est pas plus le principe de la révision de la constitution de 1992 qui est en cause que la manière dont on s'est pris à réformer certains points cruciaux de la constitution. Ils sont finalement nombreux ces maliens à dire ou à reconnaître au Président de la République son « pouvoir » de révision. Peu importe le moment où il exerce ce pouvoir, pourvu qu'il l'exerce durant son mandat. Point de suspicion lorsque le Président de la République a assigné lui-même un objectif précis de cette révision, à savoir : **« Améliorer le processus démocratique...adapter l'outil à l'objet, la lettre à la pratique pour mieux avancer dans la construction d'un système démocratique performant ».**

Nous sommes de ceux qui pensent que vingt années de vie politique et institutionnelle sont suffisantes dans notre pays et constituent un réel motif et une occasion suffisante de s'interroger sur le devenir de ses institutions, sur sa pratique politique, sur son système démocratique et sur son devenir en tant qu'Etat et Nation simplement. Mais en disant cela, nous pensons également qu'une révision constitutionnelle devrait également être l'occasion de réunir le plus grand nombre de maliens, comme en 1992, au-delà de leurs obédiences et de leurs clivages, pour leur donner le moyen d'exprimer leurs engagements forts pour le Mali et pour la construction nationale. Pour nous, les choix et les options des uns peuvent sans doute diverger des croyances et des convictions des autres. Mais jamais, jamais le débat de révision constitutionnelle entre les tenants de telle ou telle position par rap-

port à telle ou telle autre ne doit être si vif au point de disloquer et de rompre le précaire équilibre entre les citoyens d'une même nation. **« Une révision constitutionnelle peut parfaitement s'effectuer dans la droite ligne de la légalité la plus pure et se révéler illégitime. La légitimité doit être prise ici dans le sens de la conscience du moment »**¹. La situation que vit notre pays n'est pas unique.

La France, « pour la première fois » de son histoire politique, a vu en 1986 la majorité parlementaire basculer. De nouvelles « **tendances politiques différentes de celles qui s'étaient rassemblées lors de l'élection présidentielle** » venaient de voir le jour. Nombreux étaient ces observateurs et analystes politiques qui ont laissé planer de sérieux doutes quant à la capacité des acteurs politiques à assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics.

François MITTERAND, alors Président de la République, affirmait que la réponse « La seule possible, la seule raisonnable, la seule conforme aux intérêts de la nation » était : « la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution ». Il poursuivait en rappelant sa conviction que la constitution en tant que « loi fondamentale » était la seule et qu'« il n'y a pas, en la matière, d'autre source de droit »². François MITTERAND devenait ainsi le premier chef de l'Etat français à vivre la « **cohabitation** » et à l'affronter. Dans un tel contexte, il a invité ses adversaires politiques en des termes aussi clairs que précis au respect de la Constitution : **« Tenons-nous en à cette règle »**³ avait-il lâché.

Au sujet de la révision de la constitution de 1992, les réponses apportées à deux ou trois questions mal posées viennent rompre l'équilibre de la démarche de révision. Par exemple :

- au sujet de **l'amendement N°28** du projet de réforme constitutionnelle, il est proposé un **article 106** ainsi rédigé : **« La présente loi constitutionnelle n'emporte pas novation⁴ de république »**. Pour soutenir cet amendement, il est précisé que celui-ci vise à éviter toute autre interprétation de la portée exacte de la révision constitutionnelle. **Celle-ci ne devrait pas être analysée en une « création » d'une « quatrième république »**. Si l'on peut bien comprendre et même accepter une telle motivation « politique », il nous est

apparu assez difficile, au plan du droit constitutionnel, d'accepter la maladroite rédaction proposée dans la disposition formant désormais l'article 106. A y lire de près, **l'utilisation du mot « novation » n'est pas sans poser de difficultés**. Stricto sensu, le terme novation, bien qu'étant un concept de droit, ne semble pas très approprié en matière constitutionnelle. Au détour de quelques lectures, **nous avons retrouvé ce mot de la bouche de François MITTERAND**. Evoquant l'ampleur de la défaite de la gauche aux **élections législatives de 1986 qui a entraîné la naissance de la première cohabitation, il a indiqué à ce sujet que « la novation qui vient de se produire requiert de part et d'autre une pratique nouvelle »**⁵.

En cherchant plus en avant, l'on se rend compte que le concept de « **novation** » est un concept plutôt de droit civil qui vise et s'applique à des « obligations ». La « **novation** » est l'effet qu'opère la substitution à un lien de droit qui s'éteint, la conclusion d'une relation contractuelle nouvelle. Elle a lieu soit par suite du changement de dettes entre les mêmes contractants, soit par suite du changement de créancier ou par l'effet du changement de débiteur⁶. On applique également ce mot pour désigner la substitution de nouvelles conditions contractuelles à celles que les parties avaient précédemment arrêtées. Allons-nous introduire en droit constitutionnel un concept propre au droit civil mais impropre en droit constitutionnel, pour introduire plus qu'une confusion, une imprécision constitutionnelle ?

- Ensuite, **l'amendement N° 1** propose de modifier le préambule de la constitution en se référant aux « **principes et valeurs énoncés dans la Charte adoptée en 1236 à Kuru kan Fugua** » ; la malheureuse référence aux principes seulement « **compatibles** » avec la démocratie et la république vient apporter la preuve évidente que cette Charte comporte bien d'autres principes, probablement moins « démocratiques et républicains ». En cela, la référence à cette Charte dite du Mandé est gênante. Elle l'est également au regard des « **disputes** » qui ont cours quant à son origine, son contenu et même



son époque. Ces « disputes » sont loin d'être closes⁷. Ensuite, parlant de la Charte, l'évocation des « gens » porte sur deux textes : l'un plus long que l'autre. Cette Charte fait référence à une organisation sociale spécifique. Probablement que les KEITA étaient plus « aptes » à accéder au « trône » que n'importe quel autre COULIBALY, TOURE et ne parlons pas des SAMAKE. Les situations de la femme et de l'esclave, loin d'être des exemples à l'époque, ne constitueront pas de nos jours de bonnes références « républicaines et démocratiques » pour nos constitutions contemporaines. En définitive, le grand mérite de nos ancêtres ne réside-t-il pas dans leur capacité à avoir su, en 1236, définir et par « écrit » les règles essentielles de « gouvernement » et de « dévolution » du pouvoir, en même temps qu'ils ont affirmé les « principes » devant régir l'organisation et le fonctionnement social ;

- Les alinéas huit et neuf de l'article 25 de la Constitution proposée à la révision indiquent que « **les langues nationales et le français sont les langues d'expression officielle dans notre pays.** L'allusion et la référence sont une première. Les langues nationales sont aussi langues officielles, quelle nouvelle source de sacrée confusion ! La démarche politique confond ici l'objectif majeur d'affirmer l'existence des langues nationales et leur caracté-

rière « officiel » pour leur assurer une fausse suprématie. Les langues nationales ne sont pas officielles. Elles ne peuvent d'ailleurs l'être au regard de leur nombre, de leur caractère pour la plupart, non écrits et leurs diversités. **Une langue officielle est avant tout une langue de communication, surtout avec l'extérieur⁸. Elle s'impose à tous les services officiels de l'Etat (organes de gouvernement, administrations, tribunaux, registres publics, documents administratifs, etc.), ainsi qu'à tous les établissements privés qui s'adressent au public⁹.** Imaginons la situation cocasse d'un « touareg » en conflit avec un « bobo », tous les deux devant comparaître par-devant le juge qui lui ne parle, en plus du français, que « minianka ». Il lui faudra sans doute au juge des interprètes. Mais des interprètes dans chacune des langues présentes : la sienne, nationale devenue officielle mais aussi celles des protagonistes dont il devra entendre les dires avant de juger des faits qui lui sont soumis. Au total, trois langues nationales et officielles se feront face. Dans notre pays, on a déjà assez de mal à trouver un seul interprète dans ces circonstances-là, mais s'il en faut trois désormais voire plusieurs, les difficultés « administratives » et de bonne distribution de la mission de « service public » ne vont qu'en s'accroissant. Ce qui est dit là vaut également pour toutes les situations qui naissent devant les administra-

tions en général. Elles n'étaient pas faciles déjà mais avec une telle évolution linguistique constitutionnelle, elles vont se compliquer davantage. Alors, simple question : Avions-nous besoin tant d'officialiser nos si belles langues nationales pour mieux communiquer entre nous et nous appeler « Mali » voire nous sentir plus « maliens » qu'auparavant ? Non !

- **L'incongruité de l'allusion à la nationalité originellement malienne** qui viendrait, dans le cadre d'une candidature à la magistrature suprême dans notre pays, chasser toute autre. Une telle démarche d'exclusion n'est pas sans reproche dans un pays comme le nôtre avec ses traditions de tolérance et ses sept frontières nationales¹⁰. Il est dit que « **Tout candidat aux fonctions de Président de la République doit être de nationalité malienne d'origine, jouir de ses droits civiques et politiques et, avoir renoncé à toute autre nationalité** ». Du coup, tous ceux qui sont nés autrement que maliens sont désormais exclus de la magistrature suprême. **Même les maliens d'origine, à la différence de ceux de « circonstance » ou d'« emprunt » ne doivent plus avoir aucune autre nationalité, à moins d'y renoncer au profit de la seule malienne.** Ils devront pour être candidats à la magistrature suprême, renoncer à leur nationalité de trop. Il s'ouvre alors dans notre pays un contexte de suspicion qui donne la

possibilité à tous tiers de mettre en cause « l'originalité » voire « l'authenticité » de la nationalité malienne d'un candidat à la magistrature suprême de notre pays, y compris au moyen de la suspicion et de la délation. Pas loin de chez nous, ce sont des choses comme celles-ci qui ont « fâché » le peuple et qui ont été à l'origine de conflits à forte connotation sociale et politique insupportable¹¹. De plus, lorsqu'apparaît ce type de difficultés et dans de telles circonstances, c'est toujours à un œil extérieur qu'il est demandé d'intervenir pour trancher : Le juge ! C'est lui qui est le plus souvent sollicité quand il ne s'agit pas de « médiateur ». C'est le juge qui va dire si oui ou non le candidat est malien, d'origine, authentique ou non. Mais en plus, c'est lui qui indique que le candidat, lorsqu'il est suspecté, possède ou non une autre nationalité ou une autre que la malienne. Or, un œil extérieur, même celui du juge est toujours mal venu dans une arène politique.

- la seconde chambre du parlement n'incite pas plus de commentaire, si ce n'est de relever à son sujet que l'objectif qui le sous-tend bien que politique, est tout de même flou et mal agencé. Les députés qui composent la seule et unique chambre actuelle du parlement malien ne participent même pas encore au dixième du « processus législatif ».

Ce manque et cette défaillance s'expliquent par le fait que les députés sont très mal lotis dans ce domaine, beaucoup moins nantis que les cabinets ministériels qui regorgent de « cadres » et de « techniciens » administratifs pour assurer la préparation de la « loi ». Le doublement dans ces conditions de la chambre au niveau du parlement va permettre simplement d'ajouter un nombre équivalent de sénateurs aux députés actuels dans un parlement bicaméral. **La conséquence sera, à n'en pas douter, le rallongement inutile du travail parlementaire et sa complication évidente avec tous les risques que comporte le système de la « navette »**¹².

- la désignation par le seul Président de la République des trois membres du Conseil constitutionnel, y compris son Président, est une atteinte grave à la transparence nécessaire à toute institution démocratique comme la justice constitutionnelle. **Il apparaît comme si le Président de la République met en place son «Président du Conseil constitutionnel» durant ces deux mandats puisque le Président de cette institution est lui même mis en place pour une durée de neuf ans.**

Bien d'autres points me viennent à l'esprit que je ne pourrais pas tout évoquer dans le cadre de cette chronique. La place et le rôle de la justice dans notre pays ; l'exception d'institu-

tionnalité ; le statut pénal du Président de la République et des membres du gouvernement... Par finir, on est plutôt mal à l'aise lorsque l'on a été tenté, aux premières heures de l'annonce par le Président de la République des réformes, de dire « oui » au principe de cette réforme, dans le seul but de renforcer et de consolider la démocratie et que l'on se voit contraint de dire « non » par et pour la suite, au regard de ce que l'on tente de faire de cette réforme, quel **DOMMAGE !**

¹ Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain

Par Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU
Docteur en Droit Public Chargé de Cours à l'Université de Yaoundé II

² Message de François Mitterrand au Parlement, 8 avril 1986

³ Idem

⁴ Souligné par nous

⁵ Idem

⁶ <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/novation.php>

⁷ http://fr.wikipedia.org/wiki/Charte_du_Manden

⁸ http://fr.wikipedia.org/wiki/Langue_officielle

⁹ Idem

¹⁰ La République du Mali partage sept frontières avec la Mauritanie et l'Algérie au nord, le Niger à l'est, le Burkina Faso et la Côte d'Ivoire au sud, la Guinée Conakry au sud-ouest et le Sénégal à l'ouest.

¹¹

<http://www.jeuneafrique.com/Article/LIN020231efonemrofa0/Actualite-Afrique-le-fond-et-la-forme.html>

¹² <http://www.senat.fr/role/fiche/navette.html>





L'ACTION DE PRIORITE DANS L'OHADA

Bérenger MEUKE
Dr en Droit des Affaires
Avocat

Encore appelée action privilégiée, l'action de priorité est celle qui procure à son titulaire des droits que n'accorde pas l'action ordinaire.

Même si on a estimé pendant longtemps que la possibilité d'émettre des actions privilégiées heurtait le principe fondamental en droit des sociétés de l'« égalité entre actionnaires »¹, des distinctions ont toujours été faites à travers l'histoire, par les législations étrangères entre les actionnaires, en fonction de la nature ou de l'étendu de leur contribution dans la société².

Le droit anglais par exemple a toujours distingué nettement les actions ordinaires (*ordinary shares, equities ou equity shares*) des actions privilégiées (*preference shares*)³. Aux Etats-Unis, les actions de préférence (*preferred shares ou preferred stock*) sont utilisées fréquemment dans les sociétés cotées⁴. L'Allemagne, la Hollande, l'Italie, la Suisse ou encore la France différencient depuis plusieurs années dans leur législation les actions privilégiées des actions ordinaires⁵.

C'est donc tout naturellement que le législateur de l'OHADA en emboitant le pas à ses homologues étrangers, consacre avec l'article 755 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales, la validité de l'action de priorité qui jouit d'avantages par rapport à toutes les autres actions.

En réalité, le contraire aurait été surprenant. Mieux que la sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques, l'objectif affiché du législateur de l'OHADA est la relance des investissements dans le continent africain.

Or tout l'intérêt pratique de l'action de priorité est d'attirer ou au moins d'encourager les investisseurs.

A la constitution de la société, l'émis-

sion de ces actions peut permettre de donner la préférence à une catégorie d'actionnaires⁶.

Au cours de la vie sociale, elle peut favoriser de nouveaux investissements et en cas de difficulté, les avantages consentis compenseront les risques pris par le nouvel investisseur.

Sur un plan strictement comptable et financier, lors d'une fusion entre une société prospère et une société qui l'est moins, l'action de priorité peut être un instrument de protection des actionnaires de la société en position de force, les avantages peuvent en effet conduire ces actionnaires à accepter plus facilement l'opération.

D'ailleurs, il a même été démontré que l'action de priorité pouvait faciliter la transmission d'entreprise⁷.

Les investisseurs déterminants pour l'avenir d'une société peuvent ainsi accompagner leur intervention en utilisant l'action de priorité comme mesure de sécurité.

Tout en participant à favoriser la relance des investissements, l'action de priorité de l'OHADA s'inscrit aussi, dans un mouvement de diversification des valeurs mobilières⁸. Son utilité doit contribuer à lui donner une place déterminée parmi les titres susceptibles d'être émis par les sociétés de l'OHADA.

Aux termes des dispositions de l'article 755, «..., lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions. Ces avantages peuvent notamment être une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs ».

S'il ressort de ce texte que l'action de priorité bénéficie de préférences diverses, toute la problématique reste celle des règles qui doivent alors gouverner son organisation⁹.

La présentation de ces règles peut s'effectuer par une description de sa création, par une étude des différents avantages qu'elle peut conférer et par une analyse des modalités de sa disparition.

I- L'EMISSION DE L'ACTION DE PRIORITE

L'article 755 est inséré dans le titre 2 du livre 4 de l'Acte uniforme consacré à la société anonyme, on peut imaginer que l'action de priorité ne pourra être mise en œuvre que dans le cadre de cette forme sociale.

A- Création d'actions de priorité au moment de la constitution de la société

En principe, la création de l'action de priorité au moment de la constitution de la société ne devrait pas poser de difficultés majeures. En effet, de manière assez classique, les associés fondateurs peuvent prévoir dans le pacte social, des clauses précisant la création de catégories d'actions différentes, certaines actions étant ordinaires et d'autres privilégiées.

Si la société ne fait pas appel public à l'épargne, le régime prévu pour les actions de priorité ainsi que leur création doivent être décrits dans le pacte social qui selon l'article 10, est adopté à l'unanimité et signé par tous les associés.

Si la société fait appel public à l'épargne, les fondateurs publient avant le début des opérations de souscription des actions, une notice dans les journaux d'annonces légales. Cette notice prévue à l'article 825 doit pré-

ciser entre autre, la création d'actions de priorité. Le pacte social qui doit être signé par les associés fondateurs devra ensuite être approuvé par l'ensemble des souscripteurs réunis lors de l'assemblée générale consultative.

Avantages particuliers et actions de priorité – Il ressort de l'article 399 que la société anonyme peut faire bénéficier certains associés, d'avantages particuliers.

Si le législateur ne donne aucune définition de « l'avantage particulier », on peut tout de même le comprendre comme toute faveur, généralement de nature pécuniaire, consentie à titre personnel à un associé, entraînant une rupture d'égalité entre actionnaires¹⁰.

Le législateur a prévu dans ce cas, une procédure de vérification de ces avantages au cours de la constitution de la société. Conduite par un commissaire aux apports, ce dernier apprécie sous sa responsabilité la valeur des avantages qu'il inscrit dans un rapport déposé trois jours au moins avant la date de l'assemblée constituative au siège social de la société et mis à la disposition des souscripteurs¹¹.

La question qui peut dès lors se poser est de savoir si l'action de priorité peut être considérée comme un avantage particulier et se voir dans l'affirmative, appliquée la procédure de vérification précédemment évoquée.

Il convient de souligner la distinction selon laquelle, la notion « d'avantage particulier » relève de l'ordre des droits personnels alors que le mécanisme de l'action de priorité implique qu'un privilège soit accordé non pas à une personne, mais à une catégorie d'actions¹².

Il semblerait alors qu'on puisse déduire de cette distinction que le critère permettant de reconnaître un avantage particulier est le caractère non transmissible des actions détenues par la personne favorisée¹³.

Dans ces conditions, il faut distinguer entre plusieurs situations :

Si les actions de priorité sont réservées à tous les actionnaires en proportion de leur participation au capital social, aucun avantage n'est conféré à titre personnel, et la procédure de vérification imposée par l'article 400 n'a pas

lieu d'être.

Si les actions de priorité sont accordées seulement à certains actionnaires, il semble qu'il faille accomplir les formalités relatives aux avantages particuliers conformément aux dispositions de l'Acte Uniforme.

En revanche, il est possible de créer des actions de priorité réservées à un investisseur déterminé. Or le privilège est attaché à l'action et non à la personne de l'investisseur. Dans ce cas, sauf clause contraire du pacte social, la transmission des titres impliquera transfert des privilèges qui y sont attachés.

Faut-il alors considérer qu'il y a là attribution d'avantages particuliers et par conséquent, application de la procédure de vérification ?

La majorité de la doctrine française¹⁴ considère qu'il y a bien attribution d'avantages particuliers et préconise l'application de la procédure de vérification. Pour d'autres auteurs¹⁵, compte tenu de la distinction qui peut être faite entre l'action de priorité et l'avantage particulier, la procédure de vérification ne se justifierait pas.

A notre avis, étant donné que le mécanisme de l'action de priorité n'exclut pas l'octroi d'avantages particuliers, il semble qu'il faille apprécier l'application de la vérification en fonction des modalités de l'émission en cause.

Sauf à rappeler que, s'agissant d'approuver l'octroi d'avantages particuliers, l'article 408 précise que, les actions du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité, le bénéficiaire n'ayant voix délibérative ni pour lui-même, ni comme mandataire.

B- Création d'actions de priorité au cours de la vie sociale

Augmentation de capital – La création d'actions de priorité au cours de la vie sociale se fait généralement à l'occasion d'une augmentation de capital. En effet, il s'agit pour la société qui souhaite accroître ses fonds propres, d'inciter les investisseurs à devenir actionnaire en leur consentant des privilèges et des avantages substantiels.

L'assemblée générale extraordinaire

normalement seule compétente d'après les dispositions de l'article 564, doit à cette occasion, procéder à la suppression du droit préférentiel de souscription instauré par l'article 573.

Il faut ensuite que le prix d'émission ou les conditions de sa fixation soient déterminées par la même assemblée générale d'après les rapports du conseil d'administration ou de l'administrateur général selon les cas, et du commissaire aux comptes¹⁶.

Quant aux avantages particuliers, la procédure de vérification visée aux articles 619 et suivants doit s'appliquer, même en cas d'augmentation de capital par appel public à l'épargne réalisée moins de deux ans après la constitution de la société sans appel public à l'épargne.

En revanche, l'émission par appel public à l'épargne sans droit préférentiel de souscription d'actions nouvelles ne conférant pas à leurs titulaires les mêmes droits que les actions anciennes, doit se faire dans les conditions fixées par l'article 838, soit dans un délai de deux ans à compter de l'assemblée générale qui l'a autorisée.

Conversion d'actions – La création d'actions de priorité peut aussi s'effectuer par conversion d'actions ordinaires. Mais cet autre procédé ne permettant pas d'accroître les fonds propres, il ne sera pas surprenant qu'il soit plus rare dans les sociétés.

En effet, l'opération répondra surtout à d'autres objectifs. Il peut arriver que les actionnaires en place souhaitent profiter de l'entrée d'un tiers dans la société à des conditions privilégiées pour céder une partie de leurs titres en empochant une plus-value conséquente.

II- AVANTAGES CONFERES PAR L'ACTION DE PRIORITE

S'il est généralement attribué aux actions de priorité, des avantages financiers, des privilèges à caractère non financiers peuvent également leur être octroyés.

A- Les avantages financiers

Il ressort de l'Acte Uniforme en son article 755, que ces avantages peuvent notamment être une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liqui-

dation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs.

Les articles 53 et 54 prévoient que le droit de chaque associé sur les bénéfices réalisés par la société est déterminé à proportion de son apport dans le capital social, sauf clause contraire du pacte social. Les statuts peuvent donc envisager une répartition inégale en présence d'apports égaux.

Il est possible d'attribuer à certaines actions une part supérieure ou un droit de priorité dans les bénéfices. Si une telle décision est prise, elle devra surtout s'articuler avec les modalités de distribution du bénéfice aux actionnaires ordinaires¹⁷.

Les associés pouvant aménager assez librement la répartition des bénéfices, on peut même prévoir l'attribution aux actionnaires ordinaires d'un premier dividende¹⁸ statutaire qui leur sera versé obligatoirement après l'exercice du droit de priorité.

Le droit à une part supérieure dans les bénéfices – Pour déterminer l'assiette de la part supérieure de bénéfice à accorder à l'action de priorité, on peut prendre en compte le prix de souscription des actions de priorité, leur valeur nominale ou tout autre montant dès lors qu'il est déterminé.

Cette assiette peut aussi être d'un montant aléatoire et / ou variable. Dans ce cas, son calcul est fonction du bénéfice distribuable, du chiffre d'affaires ou de tout autre élément prévu à l'avance et pouvant même dépendre de la situation ou de l'activité de l'entreprise.

Par exemple, une entreprise de technologie qui vend des licences de brevet peut créer des actions de priorité dont l'assiette de la part supérieure de bénéfice sera calculée au regard des cessions ou concessions de licences encaissées au cours de l'exercice¹⁹.

Le droit à une part supérieure dans le boni de liquidation – Cette prérogative de l'actionnaire joue au moment de la liquidation de l'entreprise. Les dettes ont été honorées, les apports ont été remboursés et la caisse de la société n'est toujours pas vide, le solde représenté le boni de liquidation.

Ce boni de liquidation est reparti entre les actionnaires, en proportion de leur quote-part du capital social. Cepen-

dant, les statuts peuvent prévoir un mode de répartition reconnaissant une part plus importante aux titulaires d'actions de priorité.

Dans la pratique, chaque fois qu'un droit de priorité ou une part supérieure dans les bénéfices est attribué à une action, un privilège sur le boni de liquidation est également prévu en cas de dissolution ou de liquidation amiable.

Cependant, on ne peut considérer une telle priorité comme un avantage réel que dans la mesure où la liquidation de la société interviendra dans un futur proche. Il en est ainsi par exemple des sociétés d'investissement ayant pour objectif l'acquisition et la revente des participations en réalisant une plus-value importante. Ces entreprises ont une durée d'existence limitée avec pour vocation de faire des bénéfices plus importants à la fin de leur vie. Le privilège sur le boni de liquidation favorise ainsi les actionnaires qui en bénéficient.

Le droit de priorité sur les bénéfices – Cette possibilité donne droit à un bénéfice prioritaire ou précipitaire sur le bénéfice distribuable²⁰. Ce droit sur le bénéfice s'exercerait avant toute autre affectation, soit avant la constitution de toute réserve autre que la réserve légale, serait-elle de nature fiscale comme la réserve spéciale des plus-values à long terme, ce qui peut poser une difficulté lorsque les bénéfices et réserves disponibles sont insuffisants pour doter celle-ci et assurer le bénéfice prioritaire.

Si le bénéfice prioritaire ne peut être intégralement versé en raison de l'insuffisance du bénéfice distribuable, celui-ci doit être reparté à due concurrence entre les titulaires d'action de priorité. Le droit au paiement du bénéfice prioritaire non intégralement versé doit alors être reporté sur l'exercice suivant et, s'il y a lieu, sur les deux exercices ultérieurs ou encore, si le pacte social le prévoit, sur les exercices ultérieurs sans limitation de durée. Ce droit s'exerce en priorité par rapport au paiement du bénéfice prioritaire dû au titre de l'exercice, autrement dit l'arriéré doit être payé en premier lieu, et éventuellement, le bénéfice prioritaire de l'exercice ne sera pas servi si le bénéfice distribuable ne le permet pas.

Les dividendes cumulatifs – Ces dividendes sont ceux qui permettent le report du paiement du dividende sur les exercices suivants en cas d'insuffisance des résultats. Ils sont alors prélevés sur les bénéfices ultérieurs.

L'amortissement du capital social²¹ – La société anonyme de l'OHADA peut procéder à un amortissement du capital. L'opération consiste pour la société à rembourser aux actionnaires tout ou partie du montant nominal de leurs actions, à titre d'avance sur le produit de la liquidation future.

On pourrait dès lors envisager dans le cadre d'une pareille opération, en application des articles 651 et suivants, la création d'actions qui seront amorties en priorité avant les actions ordinaires, ceci pouvant constituer un avantage supplémentaire.

En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 655 prévoit que l'amortissement est réalisé au moyen de sommes prélevées sur les bénéfices ou sur les réserves non statutaires.

Or, il ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 143 que « le bénéfice distribuable est le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts ».

La combinaison de ces deux textes permet de penser que, les réserves facultatives n'étant pas exclues, il n'est pas impossible de les verser pour amortir les actions de priorité, même si elles ont été constituées avant leur création²².

Un remboursement prioritaire – D'ailleurs, on pourrait aussi imaginer la possibilité de faire bénéficier à ces actions privilégiées, un remboursement prioritaire, ceci apparaissant comme une technique de sortie intéressante pour les actionnaires minoritaires d'une société qui ne fait pas appel public à l'épargne²³.

Réduction du capital social²⁴ – Il est également envisageable de prévoir qu'en cas de réduction de capital motivée par des pertes²⁵, les actions de priorité passent après les actions ordinaires. La conséquence étant la modification de la répartition du capital, celle-ci peut dans certains cas faire changer la majorité. L'opération pourra

ainsi permettre d'éviter que les actionnaires prioritaires, qui sont très souvent minoritaires soient lourdement pénalisés en cas de perte, mais aussi de sanctionner la gestion déficitaire des majoritaires.

Augmentation du capital social – De même, dans le cadre d'une augmentation du capital et dans la perspective de mieux protéger les titulaires d'actions de priorité, on peut prévoir que la part de capital représentant les actions de priorité soit maintenue. Ce qui se traduira par l'émission d'actions de même catégorie sur lesquelles les propriétaires d'actions de priorité auront naturellement un droit de souscription.

Plusieurs possibilités sont donc envisageables, une assez grande liberté étant laissée aux acteurs sociaux pour aménager les droits financiers de certains actionnaires en fonction des rapports de force existants et des besoins.

B- Les privilèges non financiers

Même si le législateur de l'OHADA ne vise dans les dispositions de l'article 755 que des avantages financiers, rien ne semble s'opposer à ce que soit accordé aux actions de priorité, des privilèges non financiers.

Très souvent, les actionnaires recherchent pour leurs titres un bon rapport. S'ils sont minoritaires, leur souhait est très souvent de ne pas être complètement écartés du processus de décision.

Là encore l'action de priorité pourrait bien conférer à son titulaire des droits permettant d'avoir une meilleure information sur la vie sociale, de participer au pouvoir de décision ou d'intervenir dans les opérations de cessions d'actions.

Le droit à l'information – Le législateur de l'OHADA a renforcé les droits d'informations des actionnaires qui bénéficient désormais d'une information minimale leur permettant normalement de suivre la vie sociale. Mais cette information reste néanmoins insuffisante pour se faire une idée précise et immédiate de la gestion sociale²⁶. La complexité sans cesse croissante des techniques comptables a entraîné la nécessité d'avoir en sa possession le plus de données possibles pour procéder à une analyse financière fiable²⁷.

Les articles 525 et 526 prévoient un droit de communication permanent au bénéfice des actionnaires. Cependant, il apparaît que pour suivre l'évolution et les résultats sociaux, il peut se révéler efficace de bénéficier de possibilités d'information accrues et spécifiques, nonobstant les dispositions de l'article 159 sur la possibilité de demander une expertise de gestion²⁸.

Les titulaires d'actions de priorité peuvent dans cette optique et dans le respect du secret des affaires²⁹, se voir attribuer des avantages tels que la communication de documents comptables et financiers plus fréquemment que ne l'a prévu le législateur³⁰, à condition que ceux-ci soient décrits avec précision dans le pacte social pour que la société prenne en charge leur coût financier plus facilement.

L'accès à une bonne connaissance de la vie sociale rendra plus efficace la participation à la décision des titulaires d'actions de priorité.

Le droit de participer au pouvoir de décision – L'article 424 précise que si les modalités de l'élection des membres du conseil d'administration sont fixées librement par les statuts, ceux-ci peuvent prévoir une répartition des sièges en fonction des catégories d'action.

Les clauses statutaires aménageant la représentation des titulaires d'actions de priorité seraient donc valides, à condition qu'elles ne portent pas atteinte à la liberté de choix de l'assemblée générale des actionnaires³¹.

Pour ne pas être éloigné du centre de décisions, les minoritaires souhaitant faire partie du conseil d'administration peuvent donc se voir accorder lors de la création des actions de priorité, un certain nombre de sièges.

L'intervention dans les opérations de cession – L'article 765-2 prévoit qu'en matière de cession d'actions, les statuts peuvent prévoir le mécanisme de l'agrément. L'exemption statutaire d'une telle clause peut constituer un avantage pour une catégorie d'actions.

Il peut arriver que des investisseurs entrent dans la société en restant minoritaires, dans le seul but de soutenir le développement et l'expansion de l'entreprise sans avoir forcément l'inten-

tion de demeurer actionnaires sur un long terme.

Leur souhait serait alors de pouvoir se retirer facilement de la société en cédant leurs titres au prix du marché³². A supposer qu'une clause d'agrément existe pour l'ensemble des actions, ces investisseurs, titulaires d'actions de priorité devront en être exemptés.

Tout comme la clause d'agrément, la clause de préemption³³ peut aussi permettre aux bénéficiaires d'actions de priorité d'acquérir par priorité les actions de la société si elles sont mises en vente³⁴.

D'ailleurs, il n'est pas impossible qu'à l'intérieur de la catégorie des actions de priorité, lorsqu'un propriétaire d'un des titres veut les céder, qu'il les propose au préalable aux actionnaires de cette catégorie en vertu de la clause de préemption.

Pareille clause peut de même exister au bénéfice d'actionnaires d'une même catégorie mais concernant la transmission de titres de catégories différentes.

Plusieurs mécanismes peuvent ainsi être mis en place pour accorder un privilège aux titulaires d'actions de priorité, la seule limite à ces aménagements étant le respect de l'égalité entre actionnaire d'une même catégorie.

Une assemblée de titulaires d'actions de priorité – L'alinéa 1^{er} de l'article 555 pose le principe selon lequel « l'assemblée spéciale réunit les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée ».

Même si le législateur de l'OHADA ne précise pas ce qu'il faut entendre par catégorie d'actions³⁵, il semblerait que les actions de priorité en constituent et peuvent permettre à leurs titulaires de se réunir en assemblées spéciales.

Ce texte précise par ailleurs que l'assemblée spéciale se réunit lorsqu'il est question de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions. Cette réunion sera indispensable lorsqu'il s'agira de réduire les droits financiers attachés aux actions de priorité ou encore de créer de nouvelles actions de priorité

Les privilèges non financiers accordés aux bénéficiaires d'actions de priorité

pourront aussi encourager ces derniers à investir.

III- LA DISPARITION DES ACTIONS DE PRIORITÉ

Hormis dans le cadre de la liquidation de la société, aspect que nous avons envisagé précédemment, les actions de priorité peuvent disparaître par la suppression des avantages qui y sont attachés ou par leur rachat par la société émettrice.

A- La suppression des avantages

La suppression des avantages attachés aux actions de priorité revient tout simplement à convertir ces dernières en actions ordinaires.

La décision de supprimer ces avantages devra être prise par l'assemblée générale extraordinaire et ratifiée ensuite par l'assemblée spéciale des titulaires d'actions de priorité conformément aux dispositions des articles 555 et 556.

On peut surtout prévoir que cette suppression soit programmée et qu'elle intervienne de plein droit si le pacte social a déterminé des éléments objectifs qui auront pour conséquence automatique, la transformation de ces actions en actions ordinaires.

B- Le rachat des actions par la société émettrice

L'article 639 pose le principe selon lequel la souscription ou l'achat par la société de ses propres actions est interdite.

Dans l'optique de faciliter la gestion financière du capital social³⁶, l'alinéa 2

de ce même texte précise que « l'assemblée générale extraordinaire qui a décidé une réduction du capital non motivée par les pertes peut autoriser le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à acquérir un nombre déterminé d'actions pour les annuler ».

Rien ne s'opposerait à ce qu'on mette en place dans le cadre d'une réduction du capital non motivée par les pertes, une suppression des actions de priorité en les faisant racheter par la société³⁷. Il s'agit là d'une hypothèse de retrait forcé de l'actionnaire qui doit être prévue par le pacte social au moment de l'émission des titres³⁸.

Dans pareil cas, les actions achetées doivent être annulées et le législateur a prévu une procédure précise afin de préserver l'égalité entre les actionnaires. Ainsi, il est prévu à l'article 643 que la société sera tenue de faire une offre d'achat à tous les actionnaires. A cette fin, elle doit insérer un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. Cet avis devra contenir des renseignements relatifs à l'identité de l'entreprise, au nombre d'actions dont l'achat est envisagé, au prix offert par action, au mode de paiement, au délai pendant lequel l'offre sera maintenue et au lieu où l'offre peut être acceptée.

Le commissaire aux comptes devra au préalable, donner son avis sur l'opportunité et les modalités de l'achat d'actions envisagé, conformément aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article 647.

En l'absence de précision par le législateur quant à la fixation du prix d'achat des actions par la société elle-même, la valeur des actions pourra

être déterminée au jour de la cession d'un commun accord entre la société et l'assemblée spéciale, tout désaccord sur le prix entraînant la désignation d'un expert en application des dispositions de l'article 59³⁹.

Protection des créanciers – il faut cependant préciser qu'en cas de conversion d'actions de priorité aboutissant à une réduction de capital social, l'Acte Uniforme prévoit au bénéfice des créanciers de la société, dont la créance est antérieure au dépôt au greffe du Tribunal du procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale qui a autorisé la réduction du capital, la possibilité de s'opposer à cette réduction si celle-ci n'est pas motivée par des pertes, dans un délai de trente jours à compter de la date de dépôt au greffe du procès-verbal de délibération⁴⁰.

En définitive, il sera tout de même préférable de déterminer au préalable dans le pacte social et avec précision, les mécanismes qui gouverneront l'organisation de l'action de priorité car, c'est aussi à cette condition que cet outil juridique et financier atteindra l'objectif que le législateur lui a assigné ; encourager, faciliter et sécuriser l'investissement.

En attendant que le juge africain se prononce sur cet outil, dont l'émission et le fonctionnement ne pose aucune difficulté majeure au regard des principes fondamentaux du droit des sociétés OHADA, les spécialistes de l'ingénierie juridique et les acteurs sociaux ne doivent pas hésiter à en faire usage. Si le principe de sa validité a été consacré par le législateur, c'est qu'il présente un intérêt pratique et une utilité certaine.

¹ CORDONNIER « L'égalité entre actionnaires » ; Thèse Paris 1924 / P. Bissara, P. Didier et P. Misserey, « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? » ; Cah. dr. entr. n° 5, 1994. 18 s. / J. Mestre « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) » ; Rev. sociétés 1989. 400 / Or L'égalité doit se mesurer, en réalité, au sein d'une même catégorie d'actions. Etant donné qu'il n'est pas de l'essence de la société anonyme de donner des droits identiques, il devient possible d'accorder des droits différents à des actions différentes (Cass. 3e civ., 24 mars 1971 : Bull. civ. III. n° 210) / Vr aussi G. Ripert et Roblot par M. Germain, Traité de droit commercial, t. 1, LGDJ 1996. 846

² A. Lefebvre Teillard « La société anonyme au XIXe siècle », PUF 1985. 166 et s / H. Lévy-Bruhl « Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVIIe et XVIIIe siècles » Domat Montchrestien 1938, p. 209 s.

Cass. req., 20 déc. 1882 ; D. 1883, 1. 301 / CA Paris, 28 mai 1884 ; D. 1886, 2. 177

³ A. TUNC « Le droit anglais des sociétés anonymes » ; D 1987. 149

⁴ R.H. Folsom et A.A. Levasseur « Pratique du droit des affaires aux Etats-Unis » ; Précis Dalloz 1995. 255

⁵ Oeniger « Les actions de priorité en droit suisse, allemand et français » ; Thèse Lausanne 1928

⁶ C. FERRY, R. Cannard, M. Cretté « Les actions de priorité » ; Dr. sociétés, Actes pratiques, 1993, n° 11. 2

⁷ V. R. Gaudet « Paiement des dividendes en actions de priorité : un outil de transmission d'entreprise progressif et efficace » ; Dr. et patrimoine, juin 1997. 35

⁸ Th. Bonneau « La diversification des valeurs mobilières ses implications en droit des sociétés » ; RTD com. 1988. 535

⁹ Vr Thierry GRANIER « L'action de priorité » ; Jurisclasseur sociétés

¹⁰ R. PERCEROU « *La notion d'avantage particulier* », in Dix ans de conférences d'agrégation, Études de droit commercial offertes à J. HAMEL ; Dalloz 1961. 171

¹¹ Articles 400 et suivants de l'Acte Uniforme

¹² J.-J. DAIGRE, F. MONOD, F. BADESVANT « *Les actions à privilèges financiers* » ; Dr. Sociétés, Actes Pratiques, 1997, n° 32. 4

¹³ P. ENGEL et P. TROUSIERE « *Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers* » ; JCP E 1996, I, 585

¹⁴ P. ENGEL et P. TROUSIERE « *Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers* » ; Précité / F.-D. POITRINAL « *Clauses statutaires de répartition des bénéfices* » ; Dr. et patrimoine, avr. 1998. 39 / P. MERLE, Droit commercial, sociétés commerciales, Précis Dalloz 1998. 307 / Y. GUYON, Traité des contrats les sociétés, LGDJ 1997. 174 / G. RIPERT et ROBLOT par M. GRMAIN, Traité de droit commercial, t. 1, LGDJ 1996. 840

¹⁵ M. JEANTIN « *La notion de catégorie d'actions* » ; Précité / J.-J. DAIGRE, F. MONOD, F. BASDEVANT « *Les actions à privilèges non financiers* » ; Précité

¹⁶ Vr Article 588 de l'Acte Uniforme

¹⁷ F. Monod « *Droits financiers attachés aux actions privilégiées* » ; Dr. sociétés 1995, chron. 3

¹⁸ Article 145 de l'Acte Uniforme « *les statuts peuvent prévoir l'attribution d'un premier dividende qui est versé aux titres sociaux dans la mesure où l'assemblée constate l'existence de bénéfices distribuables et à condition que ces bénéfices soient suffisants pour en permettre le paiement...* »

¹⁹ Exemple cité par F. Monod « *Droits financiers attachés aux actions privilégiées* » ; Précité

²⁰ Qui est selon les dispositions de l'article 143 de l'Acte Uniforme, le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées à la réserve légale ou aux réserves statutaires.

²¹ Vr Articles 651 et suivants de l'Acte Uniforme

²² C. Ferry « *Les nouveaux rôles des actions de priorité amortissables* » ; Dr. et patrimoine, mars 1994. 29

²³ F. Monod « *Droits financiers attachés aux actions privilégiées* » ; Dr. sociétés 1995, chron. 3

²⁴ L'article 628 prévoit que si la réduction du capital doit porter atteinte à l'égalité des actionnaires, c'est avec le consentement exprès des actionnaires défavorisés.

²⁵ S. Dana-Demaret ; Rép. Sociétés Dalloz, V° Capital social. n° 212

²⁶ Vr M. Germain « *Transparence et information* » ; Petites affiches 19 nov. 1997, p. 16

²⁷ G. Berlioz « *Comptabilité et ingénierie juridico-financière* » ; RD compt. 1996, p. 103

²⁸ Vr notre article « *L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : Réflexion sur l'expertise de gestion* » ; Ohadata D-05-56 (www.ohada.com)

²⁹ G. J. Virassamy « *Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise* » ; RTD com. 1988, p. 179

³⁰ On peut par exemple envisager l'envoi chaque trimestre d'un rapport d'activité

³¹ Vr F.-D. Poitrial « *Les limites des droits non financiers attachés aux actions de priorité* » ; Banque 1998, n° 589, p. 50

³² Vr F. Monod « *Les actions privilégiées : un levier pour l'investisseur minoritaire* » ; Banque 1994, n° 549, p. 58

³³ M. Jeantin « *Les clauses de préemption statutaires entre actionnaires* » ; JCP E 1991, I, 49

³⁴ J.-P. Bouère « *Quelques remarques sur les clauses de préemption statutaires réservées à une catégorie déterminée d'actionnaires* » ; Bull. Joly 1992. 376

³⁵ Vr M. Jeantin « *La notion de catégorie d'actions* » ; D. 1995. 88

³⁶ Vr A. Couret « *Le rachat par une société de ses propres actions comme technique de gestion financière* » ; Banque et droit 1997, n° 53. 3

³⁷ Vr A. Couret « *Le rachat par la société de leurs propres actions* » : Brèves observations sur le rapport Esambert ; Dr. Sociétés, mars 1998, chron. 3

³⁸ Vr I. Krimmer « *La clause de rachat* » ; JCP E 1993, I, 223

³⁹ Vr notre article « *Expertise et prix des titres sociaux dans l'OHADA, Etude de l'article 59 de l'AUSCGIE* » ; Ohadata D-05-58 (www.ohada.com)

⁴⁰ Articles 633 et 634 de l'Acte Uniforme





Mamadou KONATE
Avocat Associé
JURIFIS CONSULT

OBSERVATIONS SUR LA GOUVERNANCE DES SOCIÉTÉS ANONYMES AVEC CONSEIL D'ADMINISTRATION EN OHADA : Moniste ou dualiste ?



Bérenger MEUKE
Dr en Droit des Affaires
Avocat

Répartir d'une façon plus claire et équitable les pouvoirs entre les différents organes de gestion et d'administration de la société anonyme (sa) est un objectif majeur qui a été pris en compte par le législateur OHADA.

Ce dernier a précisé dans les dispositions pertinentes de l'article 415 de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au Droit des Sociétés Commerciales que : « **La société anonyme avec conseil d'administration est dirigée soit par un président-directeur-général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général** ».

Une société anonyme avec Conseil d'Administration en OHADA peut donc opter entre deux modes de gestion et d'administration :

- la formule avec Président Directeur Général (mode moniste),
- ou la dissociation des fonctions de Directeur Général et de ceux de Président du Conseil d'administration (mode dual).

Dans le premier mode de direction, le Président du Conseil d'Administration cumule ses fonctions avec celles de Directeur Général : c'est « **la gouvernance réunie** ». Il détient donc, à côté de ses fonctions de Président du Conseil d'administration, les pouvoirs et les responsabilités du Directeur Général. C'est la raison pour laquelle le législateur aurait d'ailleurs conservé l'appellation de « *Président Directeur Général* ».

Dans le second mode de direction, la direction générale de la société (la gestion quotidienne) est confiée au Directeur Général, tout en conservant un

contrepoids dans la personne du Président du Conseil d'Administration qui représente les actionnaires : c'est « **la gouvernance dissociée** ».



Contrairement au premier mode de direction, dans le second, le Directeur Général est le véritable chef d'entreprise. A ce titre, il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société en même temps qu'il dispose du pouvoir de décision et d'action pour le compte de la société, dans la limite de son objet social. Ce dernier représente la société notamment dans ses rapports avec les tiers et en est donc le représentant légal. D'un point de vue pratique, la société peut même être engagée par ses actes qui ne relèvent pas de l'objet social conformément aux dispositions de l'article 488 de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au Droit des Sociétés Commerciales.

Dans le même temps, les pouvoirs du Président du Conseil d'Administration sont limités en ce qu'il représente le Conseil d'Administration, organise et dirige les travaux de celui-ci. Il a donc simplement un rôle de représentation et d'organisation du Conseil d'Administration, et ne représente pas la so-

ciété dans ses rapports avec les tiers.

Si à la réalité, plusieurs raisons ont amené certaines entreprises opérant dans les territoires OHADA à faire le choix d'une gouvernance du mode dual (I), force est de constater que ce choix est à l'origine de dissensions qui surviennent de plus en plus entre les parties prenantes à la chose sociale (stakeholders), ce qui pourrait finir par aboutir à une restauration de la gouvernance par mode moniste (II).

DES RAISONS DU CHOIX DE LA FORMULE DUALE (PCA et DG)

La formule de gouvernance avec Président Directeur Général est généralement critiquée pour sa concentration des pouvoirs dans l'entreprise entre les mains d'une seule et même personne : le directeur général. C'est lui qui gère la société au quotidien et préside en même temps le Conseil d'Administration chargé lui aussi de contrôler de façon collégiale cette gestion.

C'est pour cette unique raison que le législateur de l'OHADA a introduit une seconde formule de gouvernance qui dissocie les fonctions de Directeur Général et celles de Président du Conseil d'Administration.

Mais à la réalité, le législateur de l'OHADA n'a fait que suivre presque automatiquement celui français de 1966.

Il est aujourd'hui avéré, ce, même en France aujourd'hui que, l'adoption fréquente d'une formule duale (PCA et DG) n'est que très souvent conjoncturelle.

Elle ne s'explique presque exclusivement que par la possibilité offerte au PDG de se retirer de manière progressive et en deux temps, d'abord de la seule direction générale, puis, quelques années ensuite, de la présidence du Conseil d'Administration.

Le choix de cette formule duale ne trouve alors de justifications que dans la possibilité qu'il offre d'assurer une bien meilleure préparation de la succession du PDG.

Ce mode de gouvernance à deux têtes qui à la réalité n'est que structurel ne se compte même en France que dans des cas assez limités et on peut citer par exemple :

- Les entreprises particulières du CAC 40 ou les sociétés transnationales qui ont fait le choix de relever du droit néerlandais en implantant leur siège aux Pays-Bas où ce mode de gouvernance est obligatoire, c'est par exemple le cas de EADS ou de ST Microelectronics.
- Les entreprises issues de fusions binationales qui ont fait également le choix de cette formule duale en ce qu'elle leur permet un partage des pouvoirs (le PCA relevant d'un pays et le DG de l'autre), c'est par exemple le cas de Dexia aujourd'hui en difficulté ou encore de Unibail-Rodamco.
- Les entreprises sous contrôle familial ou mutualiste où la direction est confiée à des managers sous la surveillance des héritiers comme Peugeot SA ou Publicis ou à des coopérateurs dans le cas du Crédit Agricole.

DE LA RESTAURATION DE LA FORMULE MONISTE (PDG)

Le Choix de la formule duale sus évoquée (PCA et DG) ne s'explique donc que par l'arrivée de plusieurs successions (généralement familiales) en deux temps à leur tête des grandes entreprises.

D'ailleurs, la solution de plus en plus adoptée même en France est celle d'une re-concentration des pouvoirs de direction au profit du Directeur Général en place qui est de plus en plus promu PDG.

Ce fût le cas chez Air liquide, AXA, La-

farge, Mc Donald's, BP, Renault, Saint-Gobain ou Total.

D'ailleurs, dans d'autres entreprises comme BNP-Paribas, L'Oréal ou Schneider Electric, des évolutions semblables sont à prévoir.

Il ne se trouve donc pas beaucoup d'entreprises même à l'échelle internationale où, en dehors des cas particuliers mentionnés plus haut (succession, restructuration), le système dual se serait imposé durablement.

Dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration de l'espace OHADA, l'on rencontre de plus en plus des situations de mésintelligence, grave, entre mandataires sociaux dans le cadre de la gouvernance duale, lesquelles finissent par mettre en péril la survie même de l'entreprise, de l'exploitation voire de l'activité économique.

Formule moniste ou duale ?

Telle qu'elle est prévue par l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au Droit des Sociétés Commerciales, notamment en ses articles 477 et suivants, la gouvernance en mode dual a l'avantage de déconcentrer la direction de la société en répartissant tous les pouvoirs entre le Conseil d'Administration, le Président du Conseil d'Administration et le Directeur Général. Cette formule présente l'inconvénient majeur décrié de plus en plus, de disperser les organes de prise de décisions en créant au passage une confusion des rôles entre ces trois organes pourtant bien différents.

Même s'il est avéré que le législateur de l'OHADA a pris bon soin de déterminer les pouvoirs respectifs de chacun de ces organes, force est de constater que dans la pratique, plusieurs difficultés surviennent généralement en raison notamment de la frontière, en définitive, très peu tenue entre les rôles et missions de chacun d'eux.

A titre d'exemple, en précisant à son article 480 que le Président du Conseil d'Administration a pour mission principale de veiller à ce que le Conseil d'Administration assume le contrôle de la gestion sociale confiée au Directeur Général, l'Acte Uniforme susvisé n'établit pas avec netteté les pouvoirs dévolus à chacun de ces trois organes.

S'il est constant que la gestion sociale est confiée au Directeur Général, on comprend de façon malaisée le rôle du Président du Conseil d'Administration qui, à la réalité, pour assurer sa mission de contrôle de la gestion faite par le premier organe, pourrait empiéter sur les pouvoirs dévolus à ce dernier.

Mieux, dans ce mode de gouvernance, le Directeur Général, même s'il est un mandataire social, n'est, le plus souvent pas un actionnaire de la société, mais simplement un manager, un dirigeant qui tient ses pouvoirs non pas des actionnaires mais de la loi, toute chose qui n'est pas de nature à faciliter ses rapports avec l'actionnariat.

La doctrine actuelle est d'ailleurs confrontée à un sérieux problème pour classer ou déterminer le statut juridique du Directeur Général. Ce dernier n'a pas la qualité de commerçant même s'il est assujéti à certains effets qui découlent de cette qualité. Est-il salarié de la société ? La réponse est, qu'il ne l'est pas dans la mesure où il ne bénéficie d'aucune mesure de protection et peut selon les dispositions de l'article 492 de l'Acte Uniforme susvisé être révoqué à tout moment, ad nutum par le Conseil d'Administration.



Le Directeur Général est donc un organe de la société, pour la simple raison que ses pouvoirs relèveraient de la loi et non d'un mandat conféré par les actionnaires. Cette qualification est sans doute discutable puisque l'existence d'une réglementation d'ordre public ne suffit pas à exclure la qualification de contrat.

S'agissant en revanche des relations du Directeur Général avec les actionnaires, on continue de le qualifier de mandataire social pour justifier sa révocabilité et sa responsabilité à leur égard.

Dès lors, l'on peut conclure qu'avec la législation issue de l'OHADA, le statut juridique du Directeur Général est plus qu'incertain. Il est d'autant plus mitigé qu'il est en proie à des confusions volontaires ou involontaires, les prérogatives dévolues au Président du Conseil d'Administration et à ceux toujours reconnues au Conseil d'Administration.

L'une des solutions à ces difficultés du système de gouvernance dissocié serait le choix de l'option de la gouver-

nance réunie prévue à l'article 462 de l'Acte Uniforme susvisé.

En effet, le cumul des fonctions ressortissant de la gouvernance en mode moniste sur la tête du seul Président Directeur Général, permet à ce dernier de disposer des pouvoirs les plus étendus : en sa qualité de directeur général pour assurer la direction opérationnelle de la société en même temps qu'en sa qualité de Président du Conseil d'Administration, il supervise l'établissement des grandes orientations dans la direction de la société et conserve le pouvoir d'engager la société vis-à-vis des tiers dans l'intérêt de la société et dans la limite de l'objet social.

Cette seconde formule a donc l'avantage de rassurer l'actionariat et les tiers en ce qu'elle permet d'éviter la confusion des prérogatives qui pourraient exister en cas de multiplications d'organes de direction comme c'est le cas avec la gouvernance en mode dual.

Le législateur OHADA devrait intervenir pour, au nom de l'intérêt social,

mettre plus ou moins fin à cette liberté contractuelle dans le choix des modes de gouvernance, en fixant les conditions qui devraient précéder l'option moniste et l'option duale ? Certes, les pratiques erratiques adoptées par les entreprises font un peu désordre... Faut-il voir dans cette restauration des PDG l'expression d'un échec de la gouvernance dissociée ?

À vrai dire, la supériorité formelle de la gouvernance duale reste à démontrer, tout dépend des rapports de force internes.

Autant la gouvernance duale peut permettre une dissociation des pouvoirs de direction, autant elle peut aboutir de par les rapports de force qui naissent très souvent entre le Directeur Général et l'actionariat, à une paralysie de la gestion sociale et partant à la chute de l'entreprise.

Au-delà de ces « petits arrangements entre amis », c'est aussi la vaste question du contrôle social de la société par l'ensemble de ses parties prenantes (stakeholders) qui est posée.





Bakary DIALLO
Docteur en Droit des Affaires
Avocat

LE PRINCIPE COMPÉTENCE-COMPÉTENCE EN MATIÈRE D'ARBITRAGE OHADA

(Notes sous Arrêts Assemblée Plénière de la CCJA du 31 janvier 2011
Planor Afrique c/ Atlantique TELECOM)

L'intérêt principal de l'arrêt du 31 janvier 2011, ici rapporté, réside dans l'imbrication d'une procédure d'arbitrage et d'une procédure judiciaire dans la même cause entre les mêmes parties posant nécessairement et naturellement la question du conflit de juridiction ou de compétence possible entre juges étatiques et arbitres.

Or conceptuellement, on ne peut concevoir que s'élève entre juges et arbitres un tel conflit de juridiction ou de compétence en raison du principe compétence-compétence fixé par les articles 11 et 13 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage.

Ce principe théorisé par la jurisprudence et consacré par le législateur OHADA fixe un ordre de priorité chronologique en vertu duquel, il appartient d'abord aux arbitres de se prononcer leur compétence, même si l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage est contestée devant eux; mais encore de « statuer les premiers » sur cette question, sans obligation de leur part de sursoir à statuer en cas de saisine parallèle d'un juge étatique. De même, lorsqu'un juge étatique est saisi d'une question qui fait l'objet d'une convention d'arbitrage, il doit se déclarer incompétent si l'une des parties en fait la demande.

A quel point ces affirmations sont-elles vérifiables ?

L'arrêt ici rapporté, rendu en Assemblée plénière qui fait présumer de son importance, est assez édifiant à cet égard.

La CCJA siégeant en tant que juge de l'annulation avait à se prononcer sur des griefs formulés à l'encontre d'une sentence rendue en dépit d'une procédure judiciaire ayant déjà abouti à une décision passée en force de chose jugée.

L'identité de la cause et des parties dans deux procédures différentes aboutissant à des décisions contradic-

toires posait fatalement un certain nombre de questions légitimes auxquelles, le juge supranational n'a pas répondu, à notre sens, d'une manière suffisamment satisfaisante.

A travers un amas de montages juridiques entre de groupes de sociétés assez complexes concernant des cessions et acquisitions d'actions suivies de demandes d'exclusion pure et simple du capital social, de rachat forcé, le problème juridique était véritablement assez simple.

En la circonstance, après avoir convenu d'un pacte d'actionnaires assorti d'une clause compromissoire avec les sociétés SOYAF COMMUNICATION et WEST AFRICA GROWTH FUND (WAGF), la société ATLANTIQUE TELECOM a cédé une partie de ses actions à la société PLANOR AFRIQUE. L'acte de cession renfermait une clause attributive de compétence au profit du tribunal de première instance de Ouagadougou.

Les deux parties ont convenu un peu plus tard d'une convention dite « Accord group Atlantique et Planor sur le contenu des missions de contrôle de TELESEL Faso à intégrer au pacte d'actionnaires signé entre ATLANTIQUE TELECOM et WEST AFRICA GROWTH FUND (WAGF) le 10 février 2004 ».

Mais cette collaboration va vite se détériorer puisqu'une mésentente surgit rapidement entre les nouveaux partenaires à propos de la gestion du groupe. Il s'ensuit une longue procédure intentée devant les juridictions étatiques burkinabé aux fins, notamment, de nomination d'un administrateur judiciaire à la société TELECEL FASO, d'annulation d'une augmentation du capital de la même société, de cession forcée, au profit de PLANOR AFRIQUE, des actions détenues par ATLANTIQUE TELECOM.

Parallèlement à ces procédures judi-

ciaires initiales, ATLANTIQUE TELECOM engage une procédure d'arbitrage qui a abouti à une sentence arbitrale en date du 05 août 2009, laquelle a pu bénéficier de l'exequatur du président de la CCJA le 19 août 2009.

C'est cette sentence arbitrale qui a fait l'objet d'un recours en contestation de validité et d'une requête en opposition à exequatur de la part de PLANOR AFRIQUE auprès du haut juge communautaire.

La demanderesse estimait que cette sentence était contraire à l'ordre public international en ce qu'elle heurte un arrêt de la cour d'appel de Ouagadougou rendu antérieurement dans la même cause le 19 juin 2009, ayant fait l'objet d'un pourvoi de rejet et passé en cela, en force de chose jugée.

Par ailleurs, dans un moyen préliminaire, PLANOR AFRIQUE soutenait une opposition à exequatur de la sentence en développant l'idée que l'ordonnance d'exequatur rendue par le président de la CCJA la privait de son droit légitime et fondamental d'introduire un recours en contestation de validité.

Constatant la connexité entre le recours en contestation de validité et l'opposition à exequatur, la juridiction supranationale a procédé à la jonction des deux procédures et y a statué par une seule et même décision.

Après avoir favorablement accueilli le recours en contestation de validité en déclarant la sentence contraire à l'ordre public international, le juge supranational déclare que la requête en opposition à exequatur était devenu par seul sans objet.

Si on partagera assez volontiers la solution donnée à l'espèce, tant elle semble être dictée par un certain bon sens, on ne pourra en revanche que manifester

ter une certaine circonspection quant à la motivation donnée par un arrêt aussi solennelle que celui de l'Assemblée plénière de la CCJA.

En plaçant sa motivation sur le terrain de la violation de l'ordre public international en ce que les arbitres auraient méconnu l'arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou ayant acquis la force de chose jugée, le juge supranational donne une mauvaise perception du rôle de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence au regard du principe compétence-compétence.

Au cœur de la controverse bruisait une foule de questions :

Que signifie pour l'arbitre le fait de retenir sa compétence ou de la décliner ? Quelle est la position de l'arbitre par rapport à une procédure judiciaire déjà entamée voire achevée ? Quels sont les pouvoirs respectifs du juge étatique et l'arbitre ? Quelle est la position des tribunaux étatiques face aux pouvoirs de l'arbitre ?

Contrairement à ce que pourrait faire penser une lecture rapide de cet arrêt, le but principal de la controverse n'était pas de discuter du principe de la chose jugée, mais de déterminer avec clarté la séparabilité du principe compétence-compétence reconnu à l'arbitre et de la compétence générale et de droit commun du juge national étatique.

Expression du principe procédural selon lequel il appartient à tout juge de statuer sur sa compétence, le principe compétence-compétence qui n'exclut pas le contrôle éventuel de la compétence de l'arbitre par la CCJA, assure pleinement l'efficacité procédurale de la clause d'arbitrage.

La fonction juridictionnelle n'est pas réservée aux organes du pouvoir de l'ordre judiciaire elle s'étend également aux arbitres. La répartition des compétences entre le tribunal arbitral et les tribunaux étatiques en ce qui concerne l'examen des clauses d'arbitrage est parfois mal comprise. Il n'est pas certain que l'arrêt rapporté qui aurait dû y remédier y soit parvenu. Il nous a donc semblé utile de prendre le parti d'aborder pleinement cette question.

LE PRINCIPE DE LA COMPÉTENCE-COMPÉTENCE DE L'ARBITRE

L'Article 11 alinéa 1er de l'AUDA pose le principe de la compétence-compétence des arbitres : le tribunal arbitral est compétent pour statuer sur sa propre compétence si elle est soulevée par l'une des parties. Il dispose également que le tribunal arbitral est aussi compétent pour statuer « sur toutes les questions relatives à l'existence et à la validité de la convention d'arbitrage ». Les arbitres sont donc les seuls juges de leur compétence.

L'article 13 AUDA renforce le principe de la compétence-compétence en lui adjoignant un principe de priorité en vertu duquel lorsqu'un juge étatique est saisi d'une question qui a déjà fait l'objet d'une convention d'arbitrage, il doit se déclarer incompétent si l'une des parties en fait la demande. Le principe de compétence-compétence se traduit par deux effets, l'un positif et l'autre négatif.

L'effet positif du principe compétence-compétence

Le principe compétence-compétence des articles 11 et 13 de l'AUDA est une règle fondamentale qui permet aux arbitres de poursuivre leur mission, même si l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage est contestée devant eux, mais encore de « statuer prioritairement sur leur compétence », sans obligation de leur part de sursoir à statuer en cas de saisine parallèle d'un juge étatique.

Dans son effet positif, le principe de compétence-compétence s'adresse aux arbitres. Il permet aux arbitres dont la compétence est mise en doute de se prononcer sur le fondement de leur investiture sans se voir opposer la contradiction consistant, pour un organe dont la compétence n'est pas encore établie, à entreprendre un raisonnement quelconque, fût-il sur le sujet même de cette compétence.

Mieux, il permet aux arbitres qui estiment qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage valable entre les parties, ou à tout le moins de convention couvrant la matière litigieuse, de rendre une sentence en ce sens.

En l'espèce, PLANOR AFRIQUE avait soulevé devant le tribunal arbitral constitué, une fin de non recevoir tirée de l'autorité de chose jugée et des ex-

ceptions d'incompétence, de litispendance, de connexité.

En l'absence du principe compétence-compétence, il aurait été impossible aux arbitres de se prononcer. La justification de l'effet positif de ce principe est à ce niveau. Il est essentiellement pragmatique.

Les arbitres ne pourraient en effet dans le même temps nier leur compétence dans le dispositif de la sentence et l'affirmer en établissant eux-mêmes une telle sentence. L'acte se trouverait dans ce cas contredit par son propre contenu. On voit donc dans les circonstances de l'arrêt rapporté, la conséquence ultime du principe de compétence-compétence. Celui-ci ne s'analyse pas en un simple effet de la convention d'arbitrage ou même de l'apparence de convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage suffit à justifier que des arbitres saisis sur le fondement d'un titre apparent puissent en vérifier la validité jusqu'à ce qu'ils soient en mesure d'affirmer celle-ci par une sentence constatant, cette fois sans contradiction aucune, son existence et sa validité.

Il s'agit surtout de ne pas permettre à la partie qui ne souhaite pas voir l'arbitrage se dérouler normalement de soulever non seulement un incident sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage mais encore d'en tirer argument pour tenter de faire suspendre l'arbitrage jusqu'à ce que les juridictions étatiques se soient prononcées sur ce point.

Ainsi, la compétence donnée aux arbitres de trancher la question permet de faire échec à d'éventuelles manœuvres dilatoires, sans pour autant sacrifier les intérêts de la partie qui pourrait se trouver confrontée à une demande d'arbitrage sur le fondement d'une convention inexistante, nulle ou ne couvrant pas la matière litigieuse.

En l'occurrence, c'est ce qui a permis aux arbitres, en effet, de se prononcer dans la sentence sur ces vices et de rendre leur décision malgré les vices soulevés par PLANOR AFRIQUE.

Mais le principe compétence-compétence ne doit pas être réduit dans son aspect positif. Il conduit aussi le juge étatique à décliner sa compétence. C'est précisément sur l'aspect négatif du principe que l'arrêt du 31 janvier 2011 de l'Assemblée plénière de la

CCJA est important. Dès l'instant où l'une des parties fait état d'une clause compromissoire et n'entend pas y renoncer, le juge étatique doit refuser sa compétence. L'affaire appartient à l'arbitre. Il lui appartient de se prononcer par priorité sur sa compétence.

L'effet négatif du principe compétence-compétence

L'effet négatif du principe compétence-compétence veut que «*les arbitres doivent avoir l'occasion de se prononcer et de se prononcer les premiers sur les questions relatives à leur compétence, sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques*» (Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, page 415*).

L'arbitre a donc une priorité chronologique pour statuer sur sa propre compétence. L'article 13 alinéa 1 de l'AUDA est la traduction légale de ce principe quand il retient que «*lorsqu'un litige, dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente*»; et que l'alinéa 2 du même article ajoute «*si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle*».

Il convient de souligner que l'effet négatif du principe de compétence-compétence d'une clause d'arbitrage, même ambiguë, interdit en général à tout tribunal étatique de se déclarer compétent, à moins que la clause ne soit frappée d'une pathologie qui exclut tout recours à l'arbitrage.

Selon l'interprétation de l'article 13 de l'Acte uniforme, il revient aux arbitres désignés en l'espèce, par les parties : ATLANTIQUE TELECOM et PLANOR AFRIQUE, la tâche d'instruire le litige et d'établir l'existence, la validité ou la portée de la clause d'arbitrage. En règle générale, les arbitres usent en pratique de cette faculté avec prudence avant de refuser de mettre en œuvre une procédure.

Dans le cas spécifique du droit uniforme de l'OHADA, une convention d'arbitrage qui viserait par exemple une matière manifestement inarbitrable au regard de la loi qui la régit, serait manifestement nulle.

Dans l'espèce qui nous occupe et objet de nos commentaires, nous sommes pleinement dans le cadre fixé par l'alinéa 2 de l'article 13 de l'AUDA puisque le tribunal de Ouagadougou a été saisi au préalable.

Plusieurs décisions judiciaires ont été rendues dans le sens de la priorité accordée à l'instance arbitrale quelque soit le moment de sa saisine. C'est ainsi que la Cour d'appel d'Abidjan a affirmé que «*la clause compromissoire interdit toute compétence des juridictions de l'ordre judiciaire*» (Abidjan, n° 1032, 30 juillet 2002). Dans un arrêt important en date du 24 février 2005, la CCJA a désavoué la Cour d'appel d'Abidjan qui, dans deux arrêts du 30 juillet 1999 et du 18 février 2000 avait infirmé un jugement du tribunal de première instance d'Abidjan qui s'était déclaré incompétent du fait de l'existence d'une clause arbitrale (CCJA, n° 012/2005, février 2005).

Dans le même sens, il a été décidé qu'en présence d'une clause dans la convention des parties prévoyant que la juridiction compétente pour connaître de tout litige ou contestation pouvant provenir de l'application ou de l'interprétation du Protocole d'accord et de son annexe ne peut être qu'une juridiction arbitrale constituée sous l'égide de la Chambre de Commerce Internationale et devant fonctionner selon le Règlement d'arbitrage de cette dernière, et en application de l'article 13 alinéa 1 et 2 de l'AUA, toute juridiction étatique saisie d'un tel litige doit se déclarer incompétente. En conséquence, c'est en violation des dispositions énoncées ci-dessus qu'une cour d'appel s'est déclarée compétente pour se prononcer sur le fond du litige nonobstant l'existence de la clause d'arbitrage et ses décisions encourent la cassation (CCJA, 1ère ch., n° 12, 24-2-2005 : *Sté MACACI c/ M. Jean-Pierre, Juris Ohada, n° 2/2005, p. 9. - Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 5, janvier-juin 2005, volume 2, p. 27, ohada.com, Ohadata J-05-357*). C'est encore dans le même sens qu'un tribunal des Etats-Unis, confronté à un contrat contenant deux clauses d'attribution de compétence, l'une donnant compétence à l'arbitre et l'autre au juge, est allé jusqu'à faire prévaloir la première sur la seconde (*United States District Court N.D. California, 11 décembre 1995, Lapine Technology corp*

c/ Kyocera corp, Les Petites Affiches, 31 janvier 1997.8, note A. Levasseur). La Cour de cassation française a également jugé en ce sens, (*Cass. civ. 2e, 18 décembre 2003, Société La Chartreuse, somm.in Rev. arb., 2004.442*). Toutefois, l'incompétence est toujours relative car «*en tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence*», l'initiative relevant de la volonté d'une partie. En l'espèce, il s'agit de savoir si ATLANTIQUE TELECOM qui faisait valoir la clause compromissoire avait soulevé cette exception auprès des juridictions étatiques burkinabé. Les faits tels qui sont rapportés dans l'arrêt ne permettent toutefois pas de répondre directement à cette question.

Si tel était le cas les juges judiciaires auraient dû décliner leur compétence en attendant que le tribunal arbitral soit saisi et se prononce sur sa compétence.

LE CONTROLE A POSTERIORI DE LA COMPETENCE DE L'ARBITRE PAR LA CCJA

Sans doute parce qu'il défie la logique formelle, le principe compétence-compétence à quelque peine à être compris et s'imposer. Si on pousse le raisonnement jusqu'au bout on peut se demander pourquoi la CCJA voit en la sentence une violation de l'ordre public international.

Sur la violation de l'ordre public international

S'il est possible de faire confiance aux arbitres à travers le principe légal compétence-compétence fixé par les articles 11 et 13 de l'AUDA dans son double aspect positif et négatif, principe qui leur donne ordre de priorité dans la connaissance du litige, il y a une certaine incohérence pour la CCJA de faire le lien entre l'autorité de chose et violation d'un ordre public international.

En effet, on peut s'étonner de la motivation de la CCJA qui relève que «*Attendu qu'en tout état de cause, même si cet arrêt a effectivement fait l'objet d'un pourvoi en cassation comme l'a fait remarquer à juste raison la défenderesse à la présente, il n'en demeurerait pas moins au moment du prononcé de la sentence une décision définitive bénéficiant de l'autorité et de la force de chose jugée aussi longtemps qu'il n'est*

pas annulé (.....) qu'en conséquence, en statuant à nouveau sur la demande de cession forcée des mêmes actions, la sentence du tribunal arbitral, qui porte ainsi atteinte à l'ordre public international, doit être annulée (...) »

Au regard des articles 11 et 13 de l'AUDA, cette motivation pose problème. A partir du moment, où le tribunal s'est constitué avant que la décision ne devienne définitive, bien plus à partir du moment où l'une des parties fait état de l'existence d'une convention d'arbitrage devant une instance judiciaire avant toute décision au fond, il revenait aux juges étatiques de sursoir à statuer jusqu'à ce que les arbitres se prononcent sur leur compétence ou la validité de ladite convention.

La motivation de la CCJA sur ce point nous paraît assez discutable. Les effets positif et négatif combinés du principe compétence-compétence sont radicalement antinomique avec une éventuelle violation de l'ordre public international fondée sur le moyen d'une décision judiciaire ayant acquis force de chose jugée. Il y a là une certaine incohérence qui défie cette logique.

Qu'en serait-il d'un éventuel pourvoi introduit par ATLANTIQUE TELECOM sur le moyen fondé sur la violation des articles 11 et 13 de l'AUDA ?

En cas de décision de compétence, la sentence arbitrale est naturellement attaquant devant la CCJA par voie d'annulation en contestation de validité. Le rôle de la CCJA dans l'examen de l'existence ou de la validité de convention d'arbitrage n'est pas seulement limité au simple constat de l'existence ou de l'absence d'une clause liant les parties. Au stade du recours en annulation ce rôle passe à la détermination de la mise en œuvre de la procédure.

Mais le motif d'annulation fondé sur la violation d'un ordre public international en raison d'une contrariété d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée nous semble mal fondé. Apprécier l'efficacité de la convention d'arbitrage, à l'égard des tribunaux étatiques, pour le juge de l'annulation qu'est la CCJA, c'est vérifier que cette convention réunit les éléments et conditions nécessaires pour que la compétence des tribunaux soit considérée comme écartée.

«S'il est possible de faire confiance aux arbitres à travers le principe légal compétence-compétence fixé par les article 11 et 13 de l'AUDA dans son double aspect positif et négatif, principe qui leur donne ordre de priorité dans la connaissance du litige, il y a une certaine incohérence pour la CCJA de faire le lien entre l'autorité de chose et violation d'un ordre public international.»

L'opportunité de consacrer le principe de compétence-compétence tourne autour de trois considérations de nature très différente: la réalisation d'économie de moyens, le souci de déjouer les manœuvres dilatoires et celui de ne pas perturber les règles d'organisation des compétences judiciaires mises en place, dans un nombre croissant de systèmes juridiques, en matière d'arbitrage.

D'abord, le fait de soumettre la question préalablement à des juridictions étatiques, dont les décisions peuvent souvent faire l'objet d'un appel, puis parfois d'un recours devant la juridiction supranationale, n'est pas de nature à accélérer le processus si les juridictions étatiques finissent par admettre l'existence et la validité de la convention d'arbitrage.

Le choix entre toutes les considérations contradictoires dépend donc largement, en définitive, du degré de confiance accordé par le législateur OHADA à l'arbitrage comme procédé de règlement des différends.

Si les arbitres reçoivent en toute hypothèse le pouvoir de statuer sur le même sujet en vertu de l'effet positif du principe de compétence-compétence, la seule question demeurant ouverte est de savoir si comme dans le cas en espèce, l'ouverture de deux fronts parallèles portant sur le même contentieux réalise une véritable économie. Il est permis de penser que tel n'est pas le cas et que cette dualité de compétence est plus perturbatrice qu'utile.

Ensuite, l'argument tiré du souci de déjouer les manœuvres dilatoires se situe dans le prolongement du précédent. Il justifie cependant de manière plus

nette l'effet négatif de la compétence-compétence. Même si les arbitres reçoivent également le pouvoir de se prononcer sur ces questions en vertu de l'effet positif du principe de compétence-compétence, l'existence d'un contentieux parallèle devant les juridictions étatiques sur la validité ou la portée de la convention d'arbitrage ne peut que perturber le déroulement de l'arbitrage.

Cette dualité de compétence jointe à l'idée que la décision des juridictions étatiques l'emportera en toute hypothèse comme le laisse malheureusement entendre la motivation de la CCJA dans l'arrêt du 31 janvier 2011, ici rapporté, n'est pas de nature à donner aux arbitres le sentiment que leur décision aura une utilité quelconque. Les parties elles-mêmes, connaissant l'importance de la décision des juridictions étatiques, y consacreront l'essentiel de leurs efforts. En d'autres termes, s'il ne s'applique qu'aux arbitres et non aux juridictions étatiques, le principe de compétence-compétence n'est pas de nature à faire véritablement obstacle aux manœuvres dilatoires qu'il était censé déjouer.

Enfin, plus fondamentalement, l'effet négatif de la compétence-compétence repose sur l'idée qu'il est possible de faire confiance aux arbitres, au moins dans un premier temps, pour se prononcer prioritairement sur les questions parfois délicates de validité et de portée de la convention d'arbitrage. Cette philosophie est très exactement celle qui sous-tend la conception large de l'arbitrabilité du litige.

En définitive, de par l'importance des économies qu'il est susceptible de faire réaliser dans les Etats, l'effet négatif du

principe de compétence-compétence constitue sans doute aujourd'hui l'un des indicateurs essentiels de la confiance réelle que les différents ordres juridiques font à l'arbitrage.

Sur la validité de la clause compromissoire

Comme toute convention en générale, la validité d'une convention d'arbitrage est susceptible d'être mise en cause, notamment à raison des vices de consentement. Cependant, si dans un premier temps il revient aux arbitres en application de l'article 13 d'en apprécier l'applicabilité, il appartient au stade ultime à la CCJA d'en d'apprécier la validité, dès lors qu'elle est saisie à cet effet.

C'est la logique du principe compétence-compétence décrit plus haut. La

« Il faut dire que l'effet relatif de la clause compromissoire interdit à priori d'en étendre le champ d'application rationa personae à une personne qui n'y a pas consenti. L'arbitrage repose, en principe, sur la volonté des litigants de soumettre leur litige à un arbitre. »

convention d'arbitrage est un contrat. Elle ne produit donc effet obligatoire qu'à l'égard de celui qui l'a signé. En conséquence, un tiers qui n'y a pas consenti ne peut être contraint à intervenir dans l'instance : toute extension à son égard aurait pour conséquence par cela seul d'élargir la mission de l'arbitre.

En l'espèce, PLANOR AFRIQUE qui s'opposait dès le départ à l'arbitrage, soutenait qu'elle n'était pas partie au pacte d'actionnaires qui contenait la clause compromissoire ayant servi de base à l'ouverture de la procédure d'arbitrage. Or, c'est dans cette même clause compromissoire que se trouvait la renonciation à la contestation de validité qu'invoquait ATLANTIQUE TELECOM au soutien de sa prétention d'irrecevabilité du recours en contestation de validité de la sentence arbitrale.

La juge de l'annulation avait à trancher deux questions :

- il y a-t-il eu renonciation à la contestation de validité ?
- la convention d'arbitrage était-elle opposable à PLANOR AFRIQUE ?

En réalité, les deux questions étaient étroitement liées répondre à la seconde c'est résoudre la première.

La CCJA relève simplement à cet effet qu' « un examen sommaire dudit pacte d'actionnaires révèle que la société PLANOR AFRIQUE n'en est pas formellement signataire pour que cette référence puisse justifier à elle seule l'irrecevabilité du recours en contestation de validité ».

Cette décision est à rapprochée d'un autre arrêt de la CCJA en date du 10 juin 2010 rendu sur la même question entre les mêmes parties, le juge supranational avait retenu : « (...) attendu qu'il est de principe qu'en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a accepté l'incorporation du document au contrat ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel de Ouagadougou, après avoir examiné les diverses trans-

actions intervenues entre les parties, a, souverainement relevé, par une décision motivée, que la clause d'arbitrage contenue dans le pacte d'actionnaires du 10 février 2004 n'est pas opposable à PLANOR AFRIQUE parce qu'il ne ressort nulle part du dossier qu'elle ait eu connaissance de ladite clause et qu'elle ait manifesté la volonté d'être liée par la convention d'arbitrage ».

Selon l'interprétation que fait la CCJA de l'espèce, l'acceptation de la convention d'arbitrage est exigée pour qu'elle lui soit opposable. En exigeant une acceptation expresse pour l'opposabilité de la convention, la CCJA applique strictement la règle de droit contractuel.

Le juge de l'annulation considère que PLANOR AFRIQUE n'est pas directement désignée dans la convention et n'en est pas signataire. Elle est donc un tiers étranger à cette clause compromissoire. Dans cette logique l'intervention d'un tiers ne peut donc se concevoir que s'il adhère librement à la convention à laquelle il devient par cela partie.

Le caractère consensuel de l'arbitrage met ainsi un obstacle à l'extension de la convention d'arbitrage à des tiers. Selon le juge supranational pour être opposable à PLANOR AFRIQUE, la clause compromissoire insérée dans le pacte d'actionnaires devait être portée à sa connaissance et avoir été acceptée expressément par elle. La juridiction supranationale exige donc une acceptation spéciale de la part de PLANOR AFRIQUE.

Il faut dire que l'effet relatif de la clause compromissoire interdit à priori d'en étendre le champ d'application rationa personae à une personne qui n'y a pas consenti. L'arbitrage repose, en principe, sur la volonté des litigants de soumettre leur litige à un arbitre.

Cependant, si cette solution paraît claire et logique, elle ne manque pas de soulever quelques remarques au regard de la spécificité des solutions classiquement données en matière d'arbitrage tant l'opposabilité des clauses de compétence engendre des interprétations différentes. L'incertitude de la règle de droit dans ce domaine est incontestablement fonction des circonstances de chaque espèce et des argumentations soulevées par les parties.

Par cet arrêt, la CCJA semble prendre son parti dans la querelle qui a longtemps opposé la chambre commerciale à la chambre civile de la cour de cassation française sur l'extension de la clause compromissoire. Sur cette question, la chambre commerciale et la première chambre civile avaient des jurisprudences divergentes et la doctrine avait souhaité une harmonisation. Cette divergence est désormais aplanie dans le sens de la position de la chambre civile de la cour de cassation française. Par un arrêt de principe du 21 février 2006 (*Cass.com.*, 21 février 2006, n°04-11.030, *Navire Pella, Sté Belmaire et a.c/ Sté Trident Marine Agency Inc. Et a.* : *Juris-Data* n°2006-032300. *Rev. arb.* 2006, p. 379, *rapp.A.Potocki, note Ph.Delebecque*), la chambre commerciale de la cour de cassation a fini d'aligner sa jurisprudence sur celle de la première chambre civile.

Dans sa jurisprudence antérieure, la chambre commerciale s'était exprimée par l'arrêt de principe du 29 novembre 1994, *Stolt Osprey* (*Cass. Com.*, 29 nov. 1994, n° 92-14.920, *CDF Chimie North America et a. c/Tolt Nielsen et a.* : *Juris-Data* n° 1994-002296 ; *DMF* 1995, p.218, *obs Y.Tassel*).

Il déclarait dans cet arrêt : « Pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un contrat [de transport] doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui », la chambre commerciale exigeait donc - comme la CCJA dans l'arrêt du 31 janvier 2011, ici rapporté, - une acceptation spéciale de la part du destinataire (*V.encore Cass.com.*, 8 oct.2003, *navire M/V Jehum, Borsha Shipping Ltd et a. c/ Axa Corporate Solutions et a.* : *Juris-Data* n°2003-020465 ; *DMF* 2004, p.339, *rappo.G.de Monteynard*)

Puis, la première chambre civile de la cour de cassation française est venue adopter une jurisprudence opposée. D'abord par un arrêt en date du 16 mars 2004, *Avlis* (*Cass. 1er civ.*, 22 nov.2005, n°03-10.087, *Sté Axa Corp. Et a.* : *Juris-Data* n°2005-030841 ; *DMF* 2006, II, 10046, *note C.Humann*). Ensuite, elle a fermement confirmé sa position par un arrêt de principe du 22 novembre 2005, *Lindos* (*Cass. 1er civ.*, 22 nov.2005, n° 03-10.087, *Sté Axa Corp Colutions et a.* : *Juris-Data* n° 2005-030841 ; *DMF* 2006, p.16, *note P.Bonassies*).

La première chambre civile de la cour de cassation procède par un tout autre raisonnement. Tandis que la chambre commerciale, tout comme la CCJA dans l'arrêt ici rapporté, raisonnait sur le terrain de la théorie générale du contrat ; le destinataire ne pouvait être engagé par la clause compromissoire que s'il l'avait accepté « spécialement », la chambre commerciale tout comme la CCJA exigeant en quelque sorte que cela soit vérifié in concreto, la première chambre civile, elle, raisonne dans le cadre de l'arbitrage stricto sensu.

Elle fait une application rigide du principe compétence-compétence, en le qualifiant ce principe de règle « matérielle du droit du droit de l'arbitrage » et considère que la recherche d'une acceptation spéciale, comme l'exigeait la chambre commerciale et comme l'exige la CCJA dans le présent arrêt, du destinataire n'est pas nécessaire « dès lors qu'il est habituel qu'une clause d'arbitrage international soit insérée dans un contrat de transport international ». Par l'arrêt Pella ci-dessus cité, la chambre commerciale de la cour de cassation française s'est finalement alignée sur cette position. Une importante partie de la doctrine a approuvé cet alignement. Mais une autre partie l'a déploré et a expliqué qu'il aurait été souhaitable que cet alignement se fit au profit de la chambre commerciale.

Il leur paraît en effet, excessif de permettre, par application « mécanique » du principe de compétence-compétence, d'imposer l'arbitrage à un destinataire qui ne l'a pas accepté. La CCJA par l'arrêt rapporté semble se ranger sur cette position. Et nous approuvons sans réserve ce positionnement. Car tirer l'argument d'une interprétation « extensive » du principe compétence-compétence pour contraindre une partie qui ne l'a pas souhaité à un arbitrage est un argument pour le moins malhabile et retors. L'arbitrage repose sur un accord de volonté et cet accord doit-selon nous- être prouvé qu'il soit au demeurant expresse ou tacite.

Cette brève analyse comparative fait clairement ressortir l'enjeu de cet arrêt qui est bien plus important que ne le laisse transparaître une première lecture.

En amont, l'arrêt du 31 janvier 2011 conduit à s'interroger sur la jurispru-

dence qui, au nom de l'effet négatif du principe compétence-compétence impose au juge saisi d'un litige en présence d'une clause d'arbitrage de se déclarer incompétent et de renvoyer les parties à l'arbitrage quel que soit le moment de sa saisine, même lorsque la compétence de l'arbitre est contestée comme c'est le cas dans l'espèce.

En aval, cet arrêt de l'Assemblée plénière de la CCJA risque d'avoir un impact négatif sur l'étendue du contrôle opéré par le juge de l'annulation sur une sentence arbitrale rendue sur la base d'une convention d'arbitrage contestée. Il appelle en tous les cas, à un nécessaire rééquilibrage entre le principe compétence-compétence, la bonne administration de justice et l'ordre public international tel que défendu en l'espèce.

On s'interrogera peut être sur la pertinence de la motivation de cet arrêt mais on l'approuvera in fine dans le fond. Car si on souscrit à la solution de l'espèce, en ce que l'on peut considérer avec la CCJA que la clause d'arbitrage ne pouvait engager PLANOR AFRIQUE, le motif tiré de la violation de l'ordre public international fondé sur la contrariété de la sentence arbitrale avec une décision judiciaire passée en force de chose jugée dans un litige où deux procédures parallèles sont engagées entre les mêmes parties pour la même cause, est discutable et pour le moins, à notre sens, excessif. Il faut prendre conscience de ce que l'arrêt atteste sur ce point précis : une vision étroite du principe de compétence-compétence et un droit étriqué à l'égard de l'arbitrage. Or les textes de l'OHADA à travers l'Acte uniforme portant sur l'arbitrage (article 13) et du Règlement d'arbitrage de la CCJA (article 10) disent exactement le contraire. Selon ces textes c'est l'arbitrage qui doit primer. C'est le législateur qui le dit.

Le juge de l'annulation aurait dû se limiter, à notre sens, au simple constat de l'inapplicabilité ou de l'inopposabilité de la convention d'arbitrage pour accueillir favorablement le recours en contestation de validité de la sentence arbitrale introduite par PLANOR AFRIQUE. Cela aurait suffi.



Bakary DIALLO
Docteur en Droit des Affaires
Avocat

LA REPARTITION DES COMPETENCES DANS UN LITIGE OU S'ENTRECHOQUENT ET SE MELENT LES MATIERES JURIDIQUES HARMONISEES ET LES MATIERES JURIDIQUES NON HARMONISEES

(Notes sous Arrêts C. Cass Sénégal du 19/01/2005, n° 36 Jamel SALEH c/ Sté ULMAN Sa et n° 37 Alioune BABOU c/ Mbacké DRAME)

Les deux arrêts rapportés du 19 janvier 2005 (arrêts d'incompétence partielle rendus par la deuxième chambre civile et commerciale qui sont l'un et l'autre inédits), sont de ceux susceptibles de faire avancer la réflexion et d'apporter quelques éléments de solution à des questions jusque là timidement débattues en droit OHADA.

La cour de cassation sénégalaise apporte effectivement, une contribution dans le débat qui se noue autour de la question de la répartition des compétences dans un litige où s'entrechoquent et se mêlent les matières juridiques harmonisées et les matières juridiques non harmonisées.

Révétons rapidement les circonstances des deux controverses.

Dans la première espèce, un commerçant (Alioune BABOU) preneur d'un bail commercial donné par un autre commerçant (Mbacké DRAME) avait été assigné en expulsion, par ce dernier, devant le tribunal régional de Dakar. Le juge des référés du Tribunal régional puis la cour d'appel avaient facilement accédé à cette demande en ordonnant l'expulsion.

Ayant succombé devant les juges du fond, le commerçant sollicite de la cour de cassation sénégalaise la censure de l'arrêt en invoquant au soutien de sa demande, trois moyens de cassation basés respectivement sur la violation des articles 101 de l'Acte Uniforme portant sur le droit commercial général et de l'article 32 du Code de procédure civile sénégalais, et enfin de l'insuffisance de motifs et de la violation des droits de la défense.

Dans la deuxième espèce, l'auteur du pourvoi Mr Jamal SALEH cherchait également à échapper à un jugement défavorable du même Tribunal régional de Dakar, confirmé en appel, le

condamnant au paiement de sommes d'argent à la société ULMAN. A cette fin, le commerçant présentait deux moyens de cassation tirés d'une part de la violation des articles 30 et 264 du COCC sénégalais et de l'article 202 de l'Acte Uniforme portant sur le droit commercial général.

Les deux espèces rendues à la même date ne manquent pas de proximités. Dans les deux cas le litige porte à la fois sur le droit national et le droit harmonisé. Il s'agit donc d'affaires mixtes.

Sollicitée par la voie d'un recours en cassation la haute juridiction nationale sénégalaise s'est contentée de souligner son incompétence pour les moyens soulevant des questions relatives à l'application d'un Acte uniforme et a décidé de surseoir à statuer pour les autres moyens ayant trait au droit interne non harmonisé et à renvoyer l'affaire devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sous le visa des articles 14, 15 et 16 du Traité de l'OHADA. Cette décision procède donc d'une démarche volontaire en direction de l'ordre juridique OHADA tel qu'il a été voulu par le législateur communautaire.

Mais, que doit-on penser de cette solution ? La saisine sur renvoi de la CCJA dans un litige portant à la fois sur le droit interne et le droit uniforme constitue-t-elle une obligation ou une faculté pour une juridiction suprême nationale ?

En première lecture, les arrêts commentés reposent donc sur une implacable logique et semble imperméable à toute critique.

Pourtant, à y regarder d'un peu plus près, la solution retenue par la deuxième chambre civile et commerciale ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Elle révèle surtout un vide juridique inquiétant dans les rapports

entre les juridictions nationales de cassation et la CCJA. Vide juridique qui fait le lit d'une insécurité juridique et judiciaire dont les premières victimes sont les plaideurs.

Il est vrai qu'en matière de recours en cassation dirigés contre les Actes uniformes, le juge de cassation sénégalais réaffirme sans réelle surprise la compétence exclusive, voire d'ordre public de la CCJA. Mais les juridictions nationales restent souveraines pour connaître tous les pourvois visant la censure du droit interne non harmonisé.

Il consacre donc le partage de compétences avec la CCJA dans les litiges présents élevés à sa connaissance (I). Mais, si la solution adoptée est simple sa portée juridique est plus difficile à saisir (II)

LE PARTAGE DE COMPETENCE ENTRE LA CCJA ET LA COUR DE CASSATION NATIONALE.

Tout litige dans lequel l'invocabilité du droit OHADA est effective doit être directement tranché en cas de cassation par la CCJA. C'est une compétence exclusive (A). Mais la CCJA n'est pas compétente pour intervenir dans les matières hors OHADA (B).

A- L'exclusivité de compétence de la CCJA dans le contentieux des Actes uniformes.

Le contentieux relatif aux Actes uniformes issus du Traité OHADA est gouverné par deux principes essentiels.

D'abord, le contentieux est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats parties (art. 13 du Traité OHADA). Ainsi, dans les cas particuliers rapportés les litiges ont pu être portés devant le Tribunal régional de Dakar puis devant la cour d'appel

les litiges avant de s'adresser à la Cour de cassation sénégalaise.

Ensuite, la CCJA assure dans les Etats parties l'interprétation et l'application communes du Traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes¹.

Dès sa conception, la CCJA a été ainsi dotée de la fonction de juger, sans le moindre partage. Elle a été chargée d'unifier et de régulariser l'interprétation de la règle de droit dans tout l'espace géographique OHADA et à l'égard de tous les justiciables, quel que soit le pays où se situe le tribunal, la profession des parties, lorsque le litige porte sur le droit harmonisé.

Telle demeure fondamentalement sa raison d'être. Sa création a été en quelque sorte imposée comme le corollaire du principe de l'unité de la Communauté juridique, pour coiffer un corps de juridictions préexistantes.

Le législateur communautaire a voulu ainsi éviter l'éparpillement de l'interprétation du droit harmonisé, par l'émergence de jurisprudences qui peuvent être selon les juridictions territoriales saisies : nationales, francophones, lusophones, hispanophones ou bientôt anglophones. La CCJA est chargée de préserver la sécurité juridique dans ce qu'elle a de plus de plus exigeant et de plus immédiat : la prévisibilité du droit et son évolution.

Tant il est vrai, que la loi ne peut avoir qu'un sens à l'intention du législateur ; « ... les autres sens qu'on veut lui attribuer sont nécessairement faux. S'il y a plusieurs autorités chargées de connaître de la violation des lois, elles pourraient être interprétées en divers sens... »².

La promotion de l'unité et de la sécurité ne tolère pas la diversité de l'expression. Lorsque l'on est en présence de concepts mal maîtrisés, de notions mal définies ou de solutions confuses, la CCJA doit se révéler un guide précieux pour le juge ordinaire.

En un mot, le souci majeur et exclusif est de sauvegarder l'unité jurisprudentielle.

Toutefois, la compétence de la CCJA est une compétence spéciale. C'est-à-dire que celle-ci est exclusive mais circonscrite à l'application et l'interprétation des Actes uniformes

du traité de Port Louis de 1993. La CCJA est incompétente dans les matières non encore harmonisées. Pour toutes les matières hors OHADA les juridictions de cassation nationales recouvrent leur pleine souveraineté.

La substitution de la CCJA aux juridictions nationales dans le contentieux des Actes Uniformes.

Les juridictions suprêmes nationales se voient évincées de leurs compétences traditionnelles dans toute matière ayant été l'objet d'un Acte uniforme.

Et lorsque le litige renferme, comme c'est le cas dans les espèces que nous rapportons, des matières juridiques harmonisées et des matières juridiques non harmonisées, un partage des compétences s'impose entre la CCJA qui n'est compétente que pour l'application des Actes uniformes et la juridiction suprême nationale qui reste souveraine dans le contentieux du droit commun.

Dans les arrêts présents arrêts du 19 janvier 2005 les matières juridiques non harmonisées invoquées dans les pourvois concernent le code de Procédure civile à travers son article 32 et les articles 30 et 264 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal. L'invocation de ces articles justifie pleinement la compétence de la cour de cassation du Sénégal. Aussi, cette dernière semble tenir pour logique le morcellement du litige en deux parties nettement distinctes. Cette position peut être approuvée. Car, la cour de cassation ne doit connaître même de façon indirecte le contentieux des Actes uniformes. Inversement, en bonne logique lorsque, la CCJA est saisie dans les mêmes conditions, elle devra décliner sa compétence sur les matières non harmonisées.

Cependant, la coexistence de diverses compétences dans un même litige est susceptible d'engendrer une insécurité judiciaire handicapante surtout pour les plaideurs.

Doit-on former deux pourvois en cassation pour une même décision entre les mêmes parties, l'un porté devant la juridiction nationale et l'autre devant la CCJA ?

Doit-on toujours obliger les parties à former un seul pourvoi avec des

moyens destinés à deux juridictions différentes ?

Doit-on faire bénéficier à la CCJA une sorte de priorité chronologique dans l'examen du pourvoi ? Ou doit-on, au contraire réserver cette priorité à la juridiction de cassation nationale ?

Cette foule de questions révèle de façon manifeste qu'entre les juridictions nationales de cassation et la CCJA les rapports sont loin d'être clairs et apaisés. En la matière chaque juridiction nationale de cassation se fait sa propre doctrine.

Si de prime abord la solution du renvoi partiel adoptée par la juridiction de cassation sénégalaise, semble la plus simple et la plus logique sa portée exacte est plus difficile à mesurer.

II - LA PORTEE DE LA DECISION DE RENVOI AUPRES DE LA CCJA.

La réunion de moyens fondés sur des normes juridiques différentes dans les espèces qui nous occupent n'est pas véritablement un cas exceptionnelle, au contraire la cour suprême du Niger a déjà eu à statuer sur la question (A). En vérité si la position de la cour suprême du Niger a essuyé les critiques des commentateurs celle de la cour de cassation sénégalaise a le mérite de souligner le vide juridique qui règne en la matière (B).

Le critère de la prépondérance prônée par la cour suprême du Niger.

De nombreux arrêts témoignent de ce que les juridictions suprêmes nationales cherchent désespérément à s'émanciper des règles maximalistes fixées par le traité OHADA en ce qui concerne la procédure du pourvoi en cassation. Un cap marquant de ce mouvement avait été franchi par la Cour suprême du Niger le 16 août 2001³.

Cet arrêt a été aussi le premier à mettre l'accent sur la difficile répartition de compétences dans un litige renfermant des moyens fondés à la fois sur le droit uniforme et le droit commun non concerné par l'harmonisation du droit des affaires.

L'espèce était relative à l'ouverture du capital de la Société nigérienne d'assurance et de réassurance (SNAR LEYMA) au groupe HIMA SOULEY lors d'une opération de recapitalisa-

tion de la société d'assurance. Le groupe HIMA SOULEY se prévalait d'une ordonnance rendue sur requête le 20 avril 2001 par le Président du tribunal de Niamey, qui autorisait la nomination d'un administrateur judiciaire chargé de convoquer une assemblée générale des actionnaires de la SNAR LEYMA qui serait chargée de constater la libération des actions souscrites par le groupe HIMA SOULEY et sa qualité d'actionnaire. Sollicitée, la cour d'appel avait confirmé l'ordonnance le 23 mai 2001.

Mécontente, de cet arrêt, la société nigérienne d'assurance s'était pourvue en cassation en invoquant la violation des dispositions du code de procédure civile, du code civil et du code CIMA.

La défenderesse -le groupe HIMA SOULEY- opposa une exception d'incompétence et une fin de non recevoir. L'exception d'incompétence mettait en exergue la compétence exclusive de la CCJA pour statuer sur l'application des Actes uniformes de l'OHADA. Dans le cas particulier l'Acte uniforme en cause était celui relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Au final les moyens du pourvoi portaient à la fois sur la violation du code de procédure civile nigérien, les dispositions du code CIMA (à noter que ces dispositions n'ont pas été précisées dans le pourvoi) le code civil et le droit OHADA.

Pour résoudre la controverse la cour suprême nigérienne procède à un raisonnement assez surprenant.

D'une part, elle procède à une relecture de l'article 18 du traité invoqué par le groupe HIMA SOULEY aux termes duquel « une partie qui, après avoir soulevé l'incompétence d'une juridiction nationale de cassation estime que cette juridiction a, dans un litige, méconnu la compétence de la CCJA, peut saisir cette dernière, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision attaquée.. » qui signifie selon elle que la compétence de la CCJA n'est pas exclusive de celle des juridictions nationales.

Et d'autre part, elle estime que la CCJA n'étant compétente que pour l'interprétation et l'application des Actes

uniformes, la cour suprême nationale n'a pas à renvoyer le pourvoi devant la CCJA si cette voie de recours est fondée, de façon prépondérante, non sur la violation d'un Acte uniforme, mais, sur celles du droit interne non harmonisé.

Il est vrai que la solution, ramenée à l'espèce considérée pouvait paraître séduisante et satisfaisante. Car le litige portait pour l'essentiel sur la violation des règles du code civil et du code CIMA. Mais, elle était fragile sur le plan des principes du droit OHADA.

Car à supposer que ce critère de prépondérance puisse triompher, qui sera compétent pour son appréciation ? La cour suprême nationale elle-même ou la CCJA ?

Et en cas de divergences d'interprétation sur une question considérée comme mineure par la juridiction nationale de cassation, mais prépondérante pour la CCJA, quelle opinion devrait prévaloir sur le litige ?

On est loin du principe de sécurité qui ne tolère pas l'expression plurielle au stade suprême.

En réalité, dans bien de controverses, il est difficile de privilégier un ordre juridique au détriment d'un autre. D'autant plus que les occasions d'un enchevêtrement de compétences ou de normes multiples dans un même litige ne manquent pas. La coexistence de règles substantielles différentes pour régir une situation juridique précise, se rencontre souvent dans les relations commerciales transnationales. De ce fait, le conflit entre l'OHADA et les autres ordres juridiques internationaux qu'il s'agisse d'organisations internationales à compétence matérielle sectorielle ou générale, qu'elles soient régionales ou sous-régionales (CEA, CEDEAO, OAPI, CIMA, OHADA, CIPRES)⁴ est inéluctable.

Or, aucun système juridique, qu'il soit interne, ou communautaire ne détient la clé de la répartition des compétences entre normes en concurrence. En effet, aucun ordre juridique ne peut s'arroger le pouvoir de cette répartition.

Certes, il appartient à l'ordre juridique OHADA de fixer sa sphère d'applicabilité matérielle et spatiale qui s'impose aux ordres juridiques internes des

Etats parties. Mais, il ne revient pas aux autorités de l'OHADA notamment la CCJA de traiter ou d'interpréter par exemple une norme juridique UEMOA ou CEDEAO dans un litige donné.

En dernière analyse, le vide juridique qui persiste dans les rapports entre les juridictions nationales de cassation et la CCJA est préoccupant. L'incertitude nourrit l'insécurité juridique et judiciaire.

C'est sans nul doute, instruite par l'abondance des critiques que la construction théorique de l'arrêt de la cour suprême du Niger a suscité⁵ que la juridiction de cassation sénégalaise a voulu s'inscrire dans une autre logique qui est celle du renvoi partiel.

La solution du renvoi partiel consacrée par la cour de cassation sénégalaise.

Dans les cas particuliers qui nous occupent, le juge de cassation sénégalais a contrairement au juge suprême nigérien opté pour une solution de renvoi partiel. Concrètement, il a décidé de surseoir à statuer sur les moyens soulevant des questions relatives au droit interne non harmonisé et de renvoyer l'affaire sur les moyens ayant trait au droit OHADA.

Or si la solution adoptée peut paraître plus satisfaisante relativement au principe de supranationalité du traité OHADA que celle prônée par la cour suprême nigérienne, son fondement théorique encore incertain est difficile à défendre.

En effet, c'est sous le visa des articles 14, 15 et 16 combinés que la cour de cassation sénégalaise a rendu les présentes décisions. Or, si l'interprétation de ces articles conduit bien au renvoi devant la Cour Commune des moyens fondés sur la violation du droit uniforme. Elle ne justifie en rien selon nous la décision de surseoir à statuer sur les autres moyens tirés de la violation du droit interne ordinaire.

Formellement, les articles 14, 15 et 16 ici invoqués par la cour de cassation sénégalaise visent l'application des Actes uniformes. On peut donc douter que la décision du juge suprême national de surseoir à statuer sur les moyens tirés de la violation du droit interne non harmonisé entre dans ce

cadre. C'est dire que la décision de surseoir à statuer ne revêt pas un caractère d'impératif absolu.

La procédure empruntée par la haute juridiction sénégalaise se veut un véritable décalque de la procédure de recours préjudiciel en interprétation. Or, une telle procédure n'a pas été organisée par le législateur OHADA. Le recours consultatif qui pourrait s'y apparenter n'est possible qu'au profit des juridictions du fond. C'est le sens qu'il faut donner aux articles 13 et 14. alinéa 2 du traité OHADA. L'article 13 vise uniquement l'application du droit uniforme par les juridictions du fond en première instance et en appel tandis que l'article 14 alinéa 2 vise la saisine de la CCJA pour avis consultatif « *par les juridictions nationales saisies en vertu de l'article 13* » ce qui exclut expressément les juridictions nationales de cassation.

La seule voie qui semble aménager le législateur communautaire pour les juridictions suprêmes nationales est le dessaisissement total.

En effet, l'article 51 du Règlement de procédure de la CCJA dispose que « Lorsque la cour est saisie conformément aux articles 14 et 15 du traité par une juridiction nationale statuant en cassation qui lui renvoie le soin de juger une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes

uniformes, cette juridiction est immédiatement dessaisie ».

Il apparaît donc *in fine* que le dessaisissement soit l'unique voie de recours que prévoit le traité pour les juridictions nationales de cassation.

Autrement dit, il y a en la matière une imperméabilité qui ne permet pas d'envisager une navette entre la juridiction nationale de cassation et la CCJA. Et cette imperméabilité se fait malheureusement au détriment des plaideurs puisque cela peut aboutir à une sorte de déni de justice pour les justiciables⁶ (dans les deux cas d'espèces il s'agit de commerçants locaux) qui n'ont pas forcément les moyens financiers de supporter la lourdeur de cette procédure.

Par ailleurs, tenir pour principe le morcellement du litige selon les compétences judiciaires en jeu, n'est pas de bonne méthode. C'est, en effet, consacrer une interprétation tronquée des termes du litige puisque le juge suprême (national ou communautaire) se prononce finalement sur une partie du litige décontextualisée.

C'est admettre la diversité des sens et des méthodes dans un raisonnement judiciaire qui perd de sa cohérence et de son homogénéité. C'est empêcher

l'immersion du juge dans la réalité concrète et complète de chaque affaire. C'est enlever à la décision judiciaire sa vertu pédagogique vis-à-vis des plaideurs.

Au final, la seule solution satisfaisante passe inmanquablement selon nous par une réforme du traité de l'OHADA. Celle-ci consisterait en une coopération loyale entre juridictions nationales de cassation et la CCJA. Elle conduit à la mise en place de la technique du renvoi préjudiciel utilisée au sein de l'Union européenne⁷ ou de l'UEMOA⁸. Contrairement à la situation actuelle qui est potentiellement conflictuelle pour les juridictions nationales de cassation et la CCJA, la procédure de recours à la question préjudicielle instaurerait un climat de confiance de complémentarité et de collaboration entre ces juridictions. La procédure se déroulerait en trois temps :

- Le juge national décide de surseoir à statuer et de renvoyer la question d'interprétation à la CCJA ;
- Saisie de la question la CCJA, qui garde sa compétence exclusive dit le droit ;
- Le juge national en fait application au litige et rend une décision qui éteint le contentieux.

¹ Article 14. alinéa 1 du Traité de l'OHADA.

² Rapport présenté au Congrès National le 20 janvier 1831 par RAIKEM, publié in V. HUUTTENS, *Discussions du Congrès National de Belgique 1830-1831, Bruxelles*, 1844, t. IV, pp. 92-102, n° 59, spéc.

³ In www.ohada.com, OHADA D-02-29

⁴ J. ISSA-SAYEGH, *La fonction juridictionnelle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA*, in ohada.com D-02-16. Voir également P. MEYER, *Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA et CEDEAO*, (Communication au colloque organisé par l'Agence intergouvernementale de la francophonie (A. I. F) en collaboration avec l'UEMOA sur « La sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA », Ouagadougou, 6- 10 octobre 2003).

⁵ Cour Suprême du Niger, 16 août 2001, R. B. D. 2002, p. 121 et s. et obs. D. ABARCHI. A. KANTE, *La détermination de la juridiction compétente pour statuer sur un pourvoi contre une décision rendue en dernier ressort en application des Actes uniformes (observations sur l'arrêt de la Cour suprême du Niger du 16 août 2001)*.

⁶ Nos travaux de recherche à la cour de cassation de Dakar nous ont conduit à constater que ces deux arrêts n'étaient pas les seuls arrêts d'incompétence et de renvoi rendus par la cour. De 2002 à 2005 la cour de cassation sénégalaise a rendu au total 7 arrêts d'incompétence suivis de renvoi. Or aucun de ces arrêts n'est parvenu au greffe de la CCJA. Les autorités judiciaires de la cour de cassation soutiennent pour leur part qu'aucun budget ne leur a été alloué pour couvrir les frais de transfert des dossiers. De sorte, que tous ces dossiers « dorment » dans les tiroirs du greffe de la cour de cassation. On aboutit finalement pour les parties à une sorte de déni de justice.

⁷ Le recours à la procédure préjudicielle est fondé sur l'article 177 du traité CE, aux termes duquel « la Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : sur l'interprétation du présent traité ; sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté ; sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient. »

⁸ La Cour de Justice dispose d'une compétence lui permettant de statuer à titre « préjudiciel » sur l'interprétation du traité, des actes des organes de l'Union et sur les statuts des organismes créés par le Conseil, de même que sur la légalité des actes des organes. Mais, c'est improprement que le traité emploie le terme « préjudiciel » qui en droit n'a pas de sens (Protocole n° 1 au traité de l'UEMOA, article 12).

Les juridictions et les autorités nationales dotées d'une fonction juridictionnelle peuvent donc poser une telle question à la Cour en vue de les éclairer dans l'approche d'un litige dont elles ont à connaître. Si elles statuent en dernier ressort, elles sont tenues de poser cette question.

LE SILENCE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION APRES L'AUGMENTATION PAR LE DIRECTEUR GENERAL D'UNE S.A DE L'ESPACE OHADA, DE SA REMUNERATION VAUT-IL APPROBATION DE LA MESURE PRISE

Bérenger MEUKE
Dr en Droit des Affaires
Avocat

En l'espèce, Monsieur X s'est vu confié en date du 2 janvier 2008, le poste de Directeur Général de la Société Anonyme de Lomé, responsabilité qu'il a assumé jusqu'en février 2010.

Entre 2008 et 2009, Monsieur X a procédé à la constitution de provision de charges de personnel pour ce qui concerne le poste de Directeur Général le tout répertorié dans les comptes de la société.

Le Conseil d'Administration de la Société Anonyme de Lomé envisage d'annuler lesdites charges, se fondant en cela sur le fait que Monsieur X a agit sans se référer à lui et sans aucune autorisation ni en amont ni en aval de la décision prise.

Il est de principe de reconnaître qu'il est du ressort du Conseil d'Administration de déterminer les modalités et le montant de la rémunération du Directeur Général dans le cadre des sociétés anonymes.

L'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et du GIE précise et affirme ce principe sans aucune ambiguïté en son article 490.

C'est donc à raison que le Conseil d'Administration de la Société Anonyme de Lomé pourra solliciter l'annulation de la constitution de provisions de charges du Directeur Général sans son autorisation préalable.

Cependant, la solution n'est en réalité pas si évidente qu'elle le paraît.

Le Conseil d'Administration d'une SA de l'espace OHADA peut-il solliciter en 2010, l'annulation de décisions prises par le Directeur Général entre 2008 et 2009 et dont il est censé avoir eu connaissance ?

Le rapport de gestion, présenté lors des assemblées générales annuelles tout comme les procédures de contrôle interne, rendent généralement compte de la gestion de la société et surtout des rémunérations totales et des avantages de toute nature versés durant l'exercice social à chaque mandataire de la société et aux dirigeants sociaux.

Le Conseil d'Administration de la Société Anonyme de Lomé aurait donc normalement eu connaissance de la décision prise par le Directeur Général quant à la rémunération en cause, de sorte que son silence pendant deux années vaudrait approbation.

Le silence du Conseil d'Administration ne peut-il pas s'analyser comme une réunion d'approbation tacite et à posteriori de la décision d'« auto-rémunération » du Directeur Général ?

L'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales se contente de préciser que c'est au Conseil d'Administration de déterminer la rémunération du Directeur Général et la jurisprudence de l'espace OHADA n'apporte pas plus de précision sur la question.

En revanche, en se référant à une jurisprudence française constante et bien établie, le Conseil d'Administration d'une société anonyme a une compétence exclusive pour déterminer la rémunération du Directeur Général et ne peut ratifier la décision du dirigeant social qui, sans obtenir préalablement une décision du conseil, s'est alloué une rémunération.

Cass. Com 30 nov 2004, N° Pourvoi 01-13216

Cass. Com 4 juil 1995, N° Pourvoi 93-17969

C. E 6 avril 2001, N° 198233

Il en ressort que, la compétence du

Conseil d'Administration est exclusive et préalable de sorte qu'aucune ratification expresse ou tacite n'est possible à posteriori.

Cass. Com 15 déc 1987, Bull Joly 1988 P. 80

D'ailleurs, le juge fiscal français dans des circonstances de faits similaires au cas de notre espèce, avait pris en compte le fait que la rémunération du Président n'ait pas été régulièrement approuvée par le Conseil d'Administration pour en refuser la déductibilité à la société versante.

C. Appel Bordeaux 10 avr 2001, RJF 8-9/2001 n° 1046

A la lumière de la jurisprudence française, le silence observé par le Conseil d'Administration de la Société Anonyme de Lomé ne pourrait donc s'analyser que très difficilement comme une ratification tacite et à posteriori de la décision prise par Monsieur X, qui pour être valide, devrait nécessairement être approuvée au préalable et de façon exclusive par le Conseil.



BREVES REFLEXIONS SUR LA GARANTIE DES CREDITS ACCORDES PAR LES ETABLISSEMENTS FINANCIERS AUX COLLECTIVITES LOCALES EN ZONE OHADA

Bérenger MEUKE
Dr en Droit des Affaires
Avocat

Les collectivités locales et territoriales sont assimilables à des gouvernements locaux.

A ce titre, elles détiennent des pouvoirs qui leur ont été concédés par le pouvoir exécutif central.

L'exercice par les collectivités territoriales des compétences à elles transférées se réalise néanmoins sous le contrôle de l'État, dont le seul souci est non pas de tenir ces collectivités en bride, mais de s'assurer que celles-ci gèrent lesdites compétences, dans le strict respect des lois, règlements, normes et procédures en vigueur et au mieux des intérêts de leurs populations¹.

Généralement, l'octroi de crédit par les organismes prêteur ne peut se faire qu'à la condition que l'emprunteur satisfasse à certaines exigences parmi lesquels on peut citer ; la viabilité et la pertinence du projet ou de l'investissement objet de la demande de financement, la capacité de remboursement de l'emprunteur et surtout les garanties qui peuvent être accordées à l'organisme de financement.

De ces trois exigences, seule la troisième mérite que l'on s'y attarde dans le cadre de cette brève analyse. En effet, chaque fois qu'il est question de financer les collectivités locales, la difficulté trouve son origine dans les garanties de remboursement que peuvent accorder ces emprunteurs assez particuliers.

C'est toute la problématique de la gestion des risques significatifs inhérents au financement des collectivités locales.

La sécurité pour le créancier est en effet éventuellement renforcée par les garanties qu'il aura obtenues et qui se-



ront consenties ou présentées par le débiteur.

Or, le financement des collectivités locales implique ce qui est qualifié aujourd'hui de «risque quasi-souverain», par distinction avec le «risque souverain» qui est celui des emprunts contractés par les Etats.

Le risque souverain ou quasi-souverain correspond au risque attaché à l'emprunt de l'Etat, des Administrations Publiques et des Collectivités Locales d'un pays donné et à leur capacité à rembourser leurs crédits et à pouvoir faire face à leurs engagements.

La difficulté est donc celle des possibilités et potentialités réelles des Collectivités Locales bénéficiaires des emprunts, à faire face à leurs engagements dans le cadre de financement en « sous-souverain », donc sans garantie aucune de l'Etat.

Si à l'analyse de la législation du Burkina-Faso par exemple, il ressort de l'article 119 de la loi n° 055-2004 portant Code des collectivités territoriales,

que l'Etat peut garantir les emprunts d'investissement faits aux collectivités locales, pareille précision n'est aucunement faite dans les législations du Niger, du Mali, du Sénégal, du Bénin ou encore du Togo, qui précisent tout simplement que les collectivités locales peuvent avoir recours aux emprunts sans prévoir la possibilité pour l'Etat d'en être garant.

En revanche, à notre sens et en l'état actuel de notre réflexion, il semble que rien ne s'opposerait à ce que les Etats de l'espace OHADA garantissent les prêts accordés à leurs Collectivités Locales et ce, nonobstant l'absence de précision en ce sens dans leurs différentes législations nationales.

Cependant, en l'absence de garantie offerte par l'Etat, les systèmes de garanties classiques étant quant à eux inappropriés, le prêteur devra sans doute avec la Collectivité Locale financée, trouver des mécanismes multicritères appropriés pour couvrir le risque du défaut de remboursement. On pourrait par exemple penser au financement sans recours², au financement de projet, au financement d'actifs³, au



«Le financement des collectivités locales implique ce qui est qualifié aujourd’hui de «risque quasi-souverain», par distinction avec le «risque souverain» qui est celui des emprunts contractés par les Etats.»

prêt direct⁴ ou encore au crédit bail⁵ pour ne citer que ceux là.

La recherche de solutions envisageables dans un tel contexte pourrait également passer par la distinction qu’il y a lieu d’opérer entre :

- **les projets de financement d’équipements dits marchands** (marché, gare routière, auberge municipale, abattoir, sale de fête, unité de transformation, stade communal, lotissement, infrastructures sportives et de loisirs et autres infrastructures génératrices de revenus) et,

- **les projets de financement d’équipements non marchands** (travaux hydrauliques et énergétiques, travaux de voirie, aménagements urbains, écoles, centre de santé, électrification rurale, travaux d’assainissement et accès à l’eau potable, éclairage public, aménagement des espaces verts, propreté et protection de l’environnement, équipement ruraux.

- L’hypothèse du financement d’équipements dits marchands constitue une base réelle de réflexion si le prêt à la Collectivité Locale est effectivement envisageable avec une contrepartie suffisamment solide de sorte que ;

- le montant des annuités de remboursement pourrait être couvert par le biais des recettes générées par l’exploitation de l’équipement pour préserver quasi intégralement, la ca-

pacité d’emprunt de la collectivité locale,

- le remboursement de chaque financement pourrait être également effectué au moyen d’annuité et constitué pour la collectivité locale emprunteuse, une dépense obligatoire qu’elle doit inscrire dans son budget.

- le prêteur pourrait tout aussi et ce, en fonction de l’équipement financé, exiger toute autre garantie.

Les échéances de remboursement devraient dépendre de la nature des équipements à financer et de la capacité des emprunteurs, avec cependant une durée maximale à ne point dépasser et un différé d’amortissement préfixé.

Il serait donc judicieux de déterminer :

- les secteurs et projets pouvant bénéficier de financement (le projet doit par exemple répondre à un besoin prioritaire pour la collectivité),

- les critères d’éligibilité des collectivités locales emprunteuses (le seul critère de la taille de la collectivité en termes de nombre d’habitants étant certainement nécessaire mais insuffisant), avec les questions en rapport avec le taux d’endettement de l’emprunteur, son épargne et même sa participation au financement du projet,

- les critères d’éligibilité des projets (bancabilité du projet, justification économique et sociale, viabilité financière et gestion),

- les garanties indispensables au financement,

- la durée du prêt, le taux d’intérêt, les modes et montants de remboursement.

Plusieurs exemples pourraient permettre d’illustrer les mécanismes déjà utilisés dans certain Etats de l’espace OHADA :

- Après l’incendie d’un marché au Burkina-Faso, la municipalité de Ouagadougou avait obtenu de l’Agence Française de Développement (AFD), un financement en « sous-souverain » d’un montant de 1.3 milliards de F CFA sur 20 ans à un taux concessionnel avec un différé de 5 ans, la redevance versée chaque année par l’exploitant du marché étant équivalente aux échéances annuelles de remboursement du prêt ;

- Avec l’appui de l’Agence de Financement des Collectivités Locales au Bénin (AFICOL), la municipalité de Parakou a monté un dossier d’emprunt obligatoire sur le marché de l’UEMOA ;

- Au Cameroun, le Fonds spécial d’Equipement et d’Intervention Intercommunale (FEICOM) qui est une institution financière spécialisée a déjà permis à 331 communes camerounaises d’emprunter pour financer plus de 592 projets pour un montant total de 35 milliards de F CFA.

LA PROCEDURE DE DATA ROOM EN OHADA

Société d'Avocat
JURIFIS CONSULT

La mise en place d'une procédure de data room par une société cédante d'actifs intervient dans l'espace OHADA dans de nombreux cas de figure tels que des cessions d'actifs ou des fusions.

Cette procédure qui intervient très généralement à la quatrième étape de la phase dite d'« auction bid » ou enchères privées ouvrent à un ou plusieurs acquéreurs potentiels l'accès à une somme assez considérable de documents contenant des informations de toute nature sur la société ou les actions à céder.

Or, certaines informations sont protégées par des secrets notamment le secret industriel (brevets) et commercial (clients), d'autres sont sensibles, c'est-à-dire susceptibles d'avoir une influence sur la valeur de l'actif (comptes non encore publiés, états prévisionnels, plan de développement, négociations en cours...).

En raison du caractère confidentiel des informations ainsi communiquées, pour les besoins exclusifs d'une transaction entre tiers, et de l'accès privilégié qui y est réservé, la procédure de data room doit être sécurisée pour préserver les intérêts des actionnaires et le

respect des principes fondamentaux que sont l'égalité d'accès à l'information des investisseurs et l'interdiction d'exploiter des informations privilégiées.

En effet, à notre connaissance, pour l'ouverture d'un data room, nombre de législations des Etats membre de l'OHADA n'ont prévu aucun formalisme juridique.

Dès lors, c'est l'entreprise cible qui, sur les recommandations généralement de ses conseils et parfois même à la demande des candidats potentiels cessionnaires, décide des éléments qu'elle tiendra à disposition.

Très souvent, ceux-ci s'articulent autour de 5 axes (les informations financières et fiscales, les informations sociales, les informations commerciales, les informations juridiques, les informations réglementaires et environnementales).

Une fois ces éléments listés, un index précisant notamment la date des documents est élaboré et communiqué aux acquéreurs potentiels, accompagné du règlement de la data room.

La principale règle réside dans l'inter-

diction d'emporter ou de reproduire les informations, même si la copie ou la saisie sur un ordinateur portable est acceptée.

A notre avis, la data room doit être organisée avec professionnalisme, loyauté et respect de l'intérêt des différents candidats.

Par ailleurs, le respect des principes fondamentaux qui régissent le droit des sociétés en OHADA veut que l'Information au sein de la data room soit soumise à un engagement de confidentialité avec une égalité de traitement des candidats.

La mise en place d'engagements de confidentialité destinés à prévenir la divulgation et l'exploitation d'informations privilégiées est nécessaire et même indispensable.

Il faut également proscrire tous les cas d'utilisation ou de transmission de ces informations à d'autres fins que pour les besoins de l'opération projetée, et, d'autre part, que les candidats s'engagent à ne pas utiliser ultérieurement ces informations dans l'hypothèse où l'opération n'aurait pas lieu et ce, tant que lesdites informations ne sont pas rendues publiques.

¹ Image issue de www.kwanzaamillennium.wordpress.com

² Le financement sans recours est un financement qui est fait sur la seule base d'un projet ou d'un actif. Le remboursement de la dette contractée est assuré par les seuls revenus générés par le projet ou l'actif (pour un bien tel qu'un avion, un navire ou un satellite).

³ Lorsqu'un actif a une valeur unitaire importante, il peut faire l'objet d'un crédit spécifique qualifié de « financement d'actif » (« *asset based financing* »). Le crédit est fondé sur les garanties pouvant être prises sur le bien. Les sûretés doivent en effet porter sur un bien, notion juridique alors que l'actif est une notion économique. Dans un financement d'actif les prêts sont un financement sans recours, les prêteurs renonçant à tout recours sur le patrimoine du promoteur de l'opération.

Le financement d'actif peut être utilisé par les entreprises, mais aussi par les collectivités locales. Les actifs pouvant être financés sont par exemple des avions,

des navires, des trains, des équipements de télécommunications, un équipement d'infrastructure à péage... Ils peuvent être financés par des crédits à moyen ou à long terme, par des crédits fournisseurs ou par des crédits acheteurs. Les financements peuvent prendre la forme de location financière, si la durée de la location est inférieure à la durée d'amortissement de l'actif, de leasing ou crédit bail.

⁴ Le prêt direct est consenti à une collectivité afin de financer un investissement précis ou dans le cadre d'un financement global de son budget d'investissement.

⁵ Le crédit-bail ne peut pas financer n'importe quel investissement. C'est une technique de financement d'une immobilisation par laquelle une banque ou une société financière acquiert un bien meuble ou immeuble pour le louer à une entreprise, cette dernière ayant la possibilité de racheter le bien loué pour une valeur résiduelle généralement faible en fin de contrat. Ce type de financement est réservé aux biens standards.



François SERRES
 Avocat à la Cour d'appel de Paris
 Avocat près la Cour Pénale Internationale

LA REPRESSION DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE

La question posée est tellement difficile. Je vois tant de visages, et entends tant de voix discordantes. Comment tenter une convergence ? Car la question des crimes contre l'humanité interroge directement notre humanité. Comment les penser, comment les dire, comment les défendre et comment vivre avec ? Et puis, la question de la répression des crimes contre l'humanité ne peut pas interpellé directement chacun d'entre nous dans ce qui constitue le cœur de notre mission d'avocat. La répression des crimes contre l'humanité, quels enjeux ?

Le périmètre est si large. Cette question se décline dès l'antiquité jusqu'à Benghazi aujourd'hui, car les crimes contre l'humanité ont un passé, le passé des esclaves dont les échos retentissent encore aujourd'hui depuis les chambres de la mort désertées de Zanzibar à Gorée. C'est bien évidemment aussi le passé de la colonisation et des guerres d'indépendance qui ont suivies. Mais j'entends simplement ici ferrailler avec le présent, marquer encore la difficulté de parler de ces crimes. Alors comment ne pas se laisser tenter par quelques images fortes ?

Et, tout d'abord la figure tutélaire de Desmond Tutu, les mains cachant son visage déversant sur les victimes comme sur les crimes eux-mêmes une source de douleur et de larmes dans un geste d'une immense humanité.

Et puis celle d'Albie Sachs, croisé dans les couloirs de l'International Bar Associations qui, dans son étrange alchimie de la vie et du droit, raconte le parcours d'un jeune avocat blanc du Cap, compagnon de route de l'ANC, torturé, exilé, enseignant le droit en Angleterre, frappé dans sa chair au Mozambique par les mercenaires de l'Apartheid et qui depuis son siège de la première Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud libre développera sa

théorie de la « soft vengeance » où le regard des victimes se pose sur celui des accusés qui ont redécouvert le droit de plaider non coupable.

Et enfin, une dernière image, celle du président Kagame, droit dans ses bottes, et celle d'une petite fille dont l'image dans cette chambre au bas de la colline dans le mémorial des victimes raconte le sourire de l'enfance, celle pour qui la nourriture aimée se confond avec les œufs et les frites, celle pour qui le jeu favori s'appelle marelle, celle pour qui la plus grande des amitiés se retrouve dans la main serrée d'une grande sœur et ces images contrastées se croisent avec la lecture de « Carnages » de Pierre Péan où l'on me parle d'un ou de deux génocides, où l'on me plonge dans une comptabilité macabre dite « révisionniste », où l'on me parle de l'est du Congo où de prétendus rebelles pompent le cœur d'un pays pour qu'un second brille comme un diamant.

Dans le flou de ces images, nous tentons de percevoir quelques lignes de fractures car la question de la répression des crimes contre l'humanité ne saurait nous faire oublier, à nous avocats, celle de la nécessaire indépendance de la justice et de l'égalité des armes dans le procès, comme sur le terrain d'ailleurs.

Des armes, car l'emploi d'une force légitime s'inscrit nécessairement dans l'expression du droit à la résistance. Comment oublier Franz Fanon, comment oublier que l'arme d'un combattant, c'est aussi son humanité. Ceux qui hier ont pris le chemin de Londres, D'Alger, de Ramallah sont aujourd'hui bien sûr à Benghazi et non à Tripoli et puis j'entrevois une deuxième ligne de fracture : comment les défendre ?

L'homme que je défends et qui s'appelle Hissein Habré m'apporte une réponse claire : c'est la thématique du

droit international des droits de l'homme contre le droit pénal international.

Voilà un ancien chef d'état poursuivi pour un crime contre l'humanité dont le dossier, par la grâce du président Wade se retrouvera sur la table des Chefs d'Etat de l'Union Africaine qui instruira le Sénégal d'ouvrir un nouveau dossier à son encontre.

En s'appuyant sur la Charte africaine des droits de l'homme dans le cadre des poursuites pour crime contre l'humanité, la défense d'Hissein Habré frappa au cœur la procédure poursuivie en saisissant la Cour de la CE-DEAO pour violation du principe de la non rétroactivité du droit pénal, violation de l'autorité de la chose jugée et violation du principe d'égalité des armes.

On entrevoit ici tour à tour le positionnement du Tchad : que dire d'un tel procès, où le numéro deux du régime Habré, le président Déby, créera une commission aux ordres pour dresser un rapport à charge contre le président Habré, fera voter une loi d'immunité qui empêchera toute poursuite à l'encontre des anciens du régime, sauf envers Hissein Habré. Idriss Deby, financier du procès Habré et qui voudrait jusqu'à se constituer partie civile au nom de l'Etat tchadien pour protéger le prétendu intérêt de son peuple.

Comment ne pas rappeler également le positionnement du Sénégal, également financier du procès, délimitant le champ des poursuites en dehors de toute garantie judiciaire par un comité de fonctionnaires aux ordres désignant des juges d'instruction avant même qu'ils ne soient saisis d'un réquisitoire et pour instruire un procès ad hominem où la seule et unique personne d'Hissein Habré sera visée. Comment ne pas dénoncer la nature politique de ces procès et se faire l'écho des propos



du procureur du tribunal pour la Sierra Leone qui à la faveur des événements en cours en Libye a déclaré qu'il n'avait pas demandé l'inculpation du colonel Kadhafi parce que les puissances qui financent le tribunal auraient refusé.

Au terme d'une procédure particulièrement remarquable, la Cour de la CEDEAO a condamné le Sénégal en soutenant que l'Union Africaine - puisque l'on parlait du dossier de l'Union Africaine - n'était pas une cour et encore moins une cour internationale, que la décision sénégalaise rendue en faveur du président Habré avait autorité de la chose jugée. Plus encore voilà que cette cour ordonne au Sénégal de respecter le principe de non rétroactivité !

Voilà donc des principes fondamentaux qui seront développés par la juridiction communautaire et qui sont donc d'une grande utilité dans la défense de ceux qui sont accusés devant les juridictions internationales.

Puisque aussi bien, cette cour peut

être saisie sans que ne soient épuisées les voies de recours nationales, avant même une mise en examen, et qu'elle pourra examiner un préjudice potentiel résultant d'une simple modification constitutionnelle ou législative affectant les droits d'une personne... ..la cour fera le choix des droits de l'homme et affirmera sa priorité sur un texte constitutionnel.....

A travers cette décision s'affirme une ligne de partage entre les juridictions nationales et les juridictions internationales permettant d'affirmer pour les premières nommées des droits particulièrement significatifs en faveur des accusés. Quel sera le sort de ceux qui comparaitront devant des tribunaux hybrides, de ces tribunaux qui s'inscrivent dans un système judiciaire national et devant lesquels, en conséquence, les principes de non rétroactivité pourraient être défendus.

Je vois enfin une troisième ligne de fracture dans cette question de la répression des crimes contre l'humanité; celles qui permettent en amont de réfléchir pour adosser le droit du déve-

loppement à la prévention des crimes contre l'humanité. Un sou qui sort d'un marché public, un gramme de cuivre qui sort d'une mine vous conduiront directement à la Cour Pénale Internationale.....La source des crimes contre l'humanité se nourrit des conflits de pouvoirs et des conflits sur la possession des richesses nationales.

Un mot de ces conflits des pouvoirs en Côte d'Ivoire où la question de la transparence des élections, des fraudes constatées interroge directement le principe de gouvernance et du transfert constitutionnel du pouvoir. Qui peut dire le droit électoral ? Il est sans doute trop tard, mais le protocole de bonne gouvernance de la CEDEAO comme la Charte Africaine sur la démocratie ont permis à la Cour de la CEDEAO le 18 mars dernier d'enjoindre à l'ensemble des institutions de la CEDEAO, par respect de ces principes, de s'abstenir de tout action susceptible d'aggraver la situation en Côte d'Ivoire. A coté de la gouvernance politique, évoquons maintenant le développement économique.

La question est celle de l'affectation du budget de l'Etat ou des ressources d'un pays au développement des biens du peuple. Ces questions nous renvoient aux droits des marchés publics, des partenariats publics privés, des concessions et à la gouvernance et à la régulation des secteurs. Les crimes contre l'humanité ne sont ils pas la conséquence de l'explosion d'une bulle humanitaire ? Et ces crimes en Sierra Leone, au Rwanda, limités dans le temps, immense dans leur degré de



violence ne sont-ils pas la face immergée d'un crime permanent.....E l'on imagine une scène où dans un théâtre parisien un grand avocat interrogerait à titre posthume Omar Bongo en lui demandant : qu'avez-vous fait pendant tout ce temps?

L'Afrique se meurt de ses biens mal ac-

quis, de ses ressources dispersées ; de la perte de ses richesses, mais aussi de son eau...jusqu'à sa terre. L'idée est simple : le droit au développement pour la prévention des crimes contre l'humanité et non pas la responsabilité sociétale ou la gouvernance mais bien la réintroduction des droits économiques et sociaux dans la thématique du contrat public, du service public à la française. L'eau non plus comme un produit mais comme un droit... La Cour de la CEDEAO a largement emprunté ce chemin dans les affaires d'éducation et bientôt de pétrole, celui déjà défriché par les Cours constitutionnelles d'Inde et d'Afrique du Sud, dépassant le cadre strict du caractère progressif des droits jusqu'à leur mise en œuvre effective par la surveillance des gouvernements dans la définition de leur politique budgétaire.

Quelles solutions alors pour ces tribunaux ? Beaucoup de cadres ont été imaginés au niveau institutionnel. Ils ne sont pas exempts de critiques tant sur le rôle du Conseil de sécurité, celui du procureur que sur le respect du principe de l'égalité des armes.

Des progrès doivent être faits en matière de définition des crimes jusqu'à incorporer dans les crimes internationaux ceux commis contre l'environnement, les faits de grande corruption, et introduire la possibilité d'incriminer la responsabilité des personnes morales.

L'Union Africaine doit prendre ses responsabilités et ne pas jeter aux fauves le président Habré, alors qu'on protège ceux du Soudan, du Kenya, du Zimbabwe ou de certains pays arabes. Enfin, il convient de développer la notion de « corporate war crimes » du professeur James Stewart qui développe la notion de pillage défini comme crime de guerre selon le statut de Rome permettant de mettre en cause la responsabilité des entreprises impliquées dans des activités commerciales dans des zones de conflits.

Et pour terminer, comment oublier les propos de Berthe Mwanankabandi « vivre dans les marais, sans rien penser de convenable sur la vie et la mort, à enjammer tous les matins les anciens cadavres et tous les soirs les nouveaux de la journée, ça peuple des souvenirs qui s'allongent sans issue. Ces corps nus à l'abandon du temps, ceux des vieilles mamans qui avaient été découpés, ceux des jeunes filles, ceux de

tout le monde, ils étaient un cauchemar véridique.

Oui, on peut raconter des morts, on peut être témoins de leur situation, on peut donner des détails sur les chasses et les fuites et les cris et les peurs. Mais on ne peut pas raconter la mort puisqu'on lui a échappé. Le rescapé il lui manque quelque chose pour raconter le génocide, tout ce qu'on a pu voir et entendre, on peut le raconter : les coups, les chutes, les chuchotements des derniers instants, les cadavres gisants.

Toutefois, la mort, on ne peut en témoigner que de biais. Je peux dire : j'ai vu une telle personne toute nue pourrissant dans la boue, j'ai entendu les rires des tueurs, les cris de la malchanceuse, j'ai même entendu le bruit du fer sur ses muscles. Mais les sentiments de la malchanceuse devant la machette, son regard dans les yeux du tueur, ses paroles muettes quand elle tombe coupée, ses pensées intimes, si elle est déshabillée ou forcée ; de ça, moi, je ne dois rien dire. Les morts s'en sont allés avec leurs secrets que les cadavres ne laissent que deviner... ..».

Et aussi Eugénie Kayierere : «...Mais notre maltraitance s'arrête aux portes de la mort. Ce qui est derrière ces portes appartient aux morts. Témoigner de la façon dont les morts ont été déçus, ont été coupés de vilaines manières, c'est déshonorant pour eux ; Donner des détails sur comment ils ont été déshabillés nus ou raccourcis, comment ils se sont trainés, comment ils ont crié ou gémi ou vomi ou saigné, cela peut être humiliant pour eux. Il faut être poli envers les morts, respecter leur intimité. Raconter tout ce qu'on a vécu soi-même, ça va. Mais ne pas raconter tout ce qu'ont vécu les autres, surtout les morts ».

Voilà la parole que ne saurait oublier chaque avocat qui se dressera devant un accusé de crimes contre l'humanité ; Il faut faire ce chemin là, qui conduit aux portes de la mort, d'abord pour soi-même, ensuite avec son client et même s'il s'appelle Khieu Samphan.

¹ Extrait du livre de Jean Hatzfeld, *la stratégie des antilopes*



– www.jurifis.com –