Lextenso

L'ESSENTIEL

DROITS AFRICAINS DES AFFAIRES

N° 2 • FÉVRIER 2017

A LA UNE

110c8 Procédure d'injonction de payer : l'inopérante incidence des paiements partiels non prouvés sur la liquidité de la créance

• *CCJA, 3e ch., 1er déc. 2016, n° 165/2016, M. et Mme Firzli c/ M. et Mme Dagher*

L'allégation de paiements partiels, non prouvés, est sans incidence sur la liquidité de la créance ; dès lors, son recouvrement peut être poursuivi suivant la procédure d'injonction de payer.

La détermination des caractères d'exigibilité, de certitude et de liquidité d'une créance, dans le cadre d'une procédure d'injonction de payer, est parfois source de difficultés. À cet égard, la CCJA adopte le parti d'une appréciation *in concreto*, ainsi que l'illustre cette décision de la haute juridiction. Afin d'apurer une dette consécutive à un prêt que leur auteur avait contracté auprès d'époux, un père et son fils s'étaient engagés, solidairement, en ses lieu et place et en vertu d'une reconnaissance de dette, à désintéresser lesdits créanciers, selon des paiements fractionnés dans le temps, et dont le dernier terme devait expirer au plus tard en 2009. Les débiteurs substitués ayant failli, les époux créanciers obtenaient à leur encontre une ordonnance portant injonction de payer la totalité de la créance. Les débiteurs firent opposition à ladite ordonnance, en soutenant qu'en raison de ce qu'ils auraient déjà effectué des paiements partiels non comptabilisés par les créanciers, la créance n'était pas liquide. S'appropriant cette argumentation, l'ordonnance portant injonction de payer était rétractée par le premier juge, ladite décision étant confirmée en appel. Dans le pourvoi initié devant la CCJA, les créanciers contestaient cette position des juges du fond, soutenant que la créance était liquide, en raison du défaut de preuve des paiements partiels ; qu'au surplus, la créance n'était pas contestée dans son principe. S'interrogeant sur l'incidence de paiements partiels sur la liquidité d'une créance objet d'une procédure d'injonction de payer, la CCJA conclut à la censure de la décision d'appel au motif que, faute d'avoir démontré que ces acomptes ont eu pour effet d'éteindre la totalité de la dette, ils ne sauraient avoir aucun effet sur la certitude, l'exigibilité et la liquidité de la totalité de la créance poursuivie. Puis, sur l'évocation, la CCJA estime qu'à défaut, pour les débiteurs, d'établir la preuve des paiements partiels allégués, ils doivent acquitter la totalité de la créance.

Sur la cassation, l'on approuvera cette décision, dès lors que dans le cadre d'une procédure d'injonction de payer, la CCJA détermine, au cas par cas, les caractères de liquidité, de certitude et d'exigibilité de la créance poursuivie. Toutefois, l'on regrettera que, selon la CCJA, à défaut d'éteindre totalement la dette, des acomptes, même prouvés, soient sans incidence sur la liquidité de la créance, ce qui est critiquable. Sur l'évocation, l'on acquiescera que la haute juridiction condamne au paiement de la totalité de la créance les débiteurs n'ayant pas fait la preuve des acomptes versés. Enfin, la CCJA semble adopter la solution de la Cour de cassation française sur la nature de contrat unilatéral de la reconnaissance de dette, alors que l'on aurait pu, également et raisonnablement, opiner en faveur d'un engagement unilatéral.

***Aboudramane Ouattara**, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université de Cocody-Abidjan (Côte d'Ivoire), avocat au barreau de Côte d'Ivoire*

SOMMAIRE

▶ **OHADA**

- Arbitrage CCJA : recours en contestation de validité d'une sentence 2
- Champ d'application spatial de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général 2
- La nature réelle du cautionnement hypothécaire consacrée 3
- Du congé pour démolir et reconstruire dans le bail commercial 3
- Baux à usage professionnel : effet du paiement tardif des arriérés de loyers sur la demande d'expulsion 4
- Assimilation des succursales des compagnies aériennes étrangères à des « sociétés soumises à un régime particulier » 4
- Pas de pourvoi par les dirigeants de la société placée en liquidation de biens ! 5
- Exclusion de la compétence de la Cour commune de justice et d'arbitrage en droit du travail 5
- Détachement d'un travailleur pour occuper les fonctions de directeur général : inapplicabilité des règles du licenciement en l'absence d'emploi effectif 6

▶ **DROITS NATIONAUX**

- Madagascar : la nouvelle loi sur la lutte contre la corruption, un instrument à portée volontairement limitée ? 6
- Le Gabon à l'heure des partenariats public-privé 7
- Togo : l'exequatur a son juge 7

Directeurs scientifiques : Marie Goré et Cyril Grimaldi
Responsable de rédaction : Angélique Farache
Directeur de la publication : Emmanuelle Filiberti
Comité de rédaction : Olivier Bustin, Boris Martor, Henri Modi Koko, Franck Hessemans

OHADA

110c9 Arbitrage CCJA : recours en contestation de validité d'une sentence

- *CCJA, plén., 14 juill. 2016, n° 141/2016, État du Niger c/ Sté Africard*

Les motifs de contestation de la validité d'une sentence sont limitativement énumérés à l'article 30.6 du règlement d'arbitrage. La mission du tribunal est fixée d'accord entre les parties.

Suite à la résiliation du marché public portant sur « la production de passeports biométriques et électroniques en République du Niger », la société adjudicataire, Africard co Limited (BVI), a introduit une demande d'arbitrage auprès de la CCJA. Par une sentence avant-dire droit du 9 juin 2014, le tribunal a déclaré abusive la résiliation unilatérale de la convention et sa sentence finale du 6 décembre 2014 condamnait l'État du Niger à payer à la société demanderesse une somme d'environ 17 milliards de FCFA, à titre d'indemnisation.

Le recours de l'État du Niger en contestation de validité de la sentence fait grief au tribunal arbitral d'avoir fixé le montant du préjudice sur la base du rapport d'expertise, et non de la loi nigérienne. Il en résulte que la condamnation de l'État n'est pas justifiée au regard des dispositions de l'article 144 du Code des marchés publics de 2011, et que la sentence doit être annulée, sur le fondement des articles 16, 17 et 22-1 du règlement d'arbitrage de la CCJA, et de l'article 26-3 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, pour le non-respect de sa mission par le tribunal et l'insuffisance de motifs.

Rejetant le recours, la CCJA fait une saine application du droit, tant sur le fond que sur la forme.

Évoquant opportunément l'arrêt de la Cour d'État du Niger du 23 janvier 2013, qui excluait l'application du Code des marchés publics à la convention litigieuse, la CCJA ne retient aucune violation du droit national. Elle justifie aussi l'indemnisation de la société Africard co par l'article 24, alinéa 2, de la convention résiliée, obligeant l'État à verser au cocontractant non fautif des « sommes correspondant aux manques à gagner résultant de cette résiliation ».

L'arrêt du 14 juillet 2016 retient par la suite que le procès-verbal de la réunion du 26 septembre 2013, valant acte de mission du tribunal arbitral, prévoit l'éventualité de recourir à un ou plusieurs experts « en application de l'article 19.3 du règlement d'arbitrage ». Quant à l'insuffisance de motifs, elle ne peut fonder la contestation de validité de la sentence arbitrale au regard des dispositions des articles 29.2 et 30.6 du règlement d'arbitrage.

***Henri-Désiré Modi Koko Bebey**, professeur à l'université de Dschang (Cameroun)*

110d0 Champ d'application spatial de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général

- *CCJA, 1re ch., 9 juin 2016, n° 116/2016, Sté industrielle de papeterie du Togo (SIPAT) c/ Sté Cotecna Inspection SA-Genève et Sté Cotecna Inspection SA-Togo*

L'AUDGC détermine son applicabilité dans l'espace par une règle unilatérale retenant comme critère le lien avec au moins un État partie.

La société SIPAT, dont le siège est à Lomé, a acheté une importante quantité de papier à une société suédoise. La société suédoise a été condamnée à payer des dommages-intérêts en raison de la mauvaise qualité des marchandises. Et la SIPAT a cherché à mettre en cause la société Cotecna Genève qui avait conclu à la conformité de toutes les marchandises expédiées depuis la Chine. En effet, de façon très classique, la société Cotecna Genève avait été chargée, par un contrat conclu avec l'État du Togo, de procéder à toutes les opérations de contrôle des marchandises de toutes provenances destinées à être importées au Togo.

Par application de l'AUDCG, la cour d'appel de Lomé a jugé prescrite l'action intentée par la société SIPAT contre les sociétés Cotecna Genève, société suisse ayant son siège social à Genève, et Cotecna Togo, sa succursale au Togo. C'est précisément ce que reproche le pourvoi devant la CCJA, considérant que seul le droit togolais était applicable : l'action était intentée contre une société de droit suisse, l'existence d'une succursale au Togo « n'en faisant pas une société de droit OHADA ». La question de l'applicabilité spatiale de l'AUDCG était au cœur du litige et partant la mesure de l'intégration réalisée par le droit OHADA. L'AUDCG a lui-même défini le critère de son applicabilité : « Tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un État ou toute autre personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties au Traité (...) est soumis aux dispositions du présent Acte uniforme » (AUDCG, art. 1, al. 1). La règle, de facture unilatérale, se satisfait du seul lien avec au moins un État membre du Traité (Ngoumtsa Anou G., Droit OHADA et conflit de lois, thèse, 2013, LGDJ, n° 407 et s.). Les seuls rapports juridiques qui échappent à l'Acte uniforme sont donc ceux exclusivement localisés dans un État tiers (Pougoué P.-G., Encyclopédie du droit : OHADA, 2011, Lamy, v. Actes uniformes, n° 36 et s.).

***Marie Goré**, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)*

110d1 La nature réelle du cautionnement hypothécaire consacrée

- *CCJA, 3e ch., 27 oct. 2016, n° 156/2016, M. Cisse c/ La société malienne de prestation, La Banque Commerciale du Sahel, et Me SOW*

Le cautionnement hypothécaire qui consiste en l'affectation d'un immeuble en garantie de la dette d'autrui est une sûreté réelle. Il n'a pas à être soumis au régime juridique du cautionnement.

Dans l'arrêt du 27 octobre 2016, la CCJA est saisie d'une demande de cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Bamako rendu le 17 février 2010, qui a rejeté la prétention de Monsieur Abdoulaye Halidou Cisse visant à contester la réalisation d'un immeuble qu'il avait affecté, par acte notarié en date du 10 novembre 2005, en garantie du solde du compte courant de la société malienne de prestation détenu à la Banque commerciale du Sahel. Des trois moyens invoqués, le dernier, fondé sur la violation de l'article 4, alinéa 3, de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés (AUS), repris à l'identique dans l'article 14, alinéa 2, de l'AUS révisé du 15 décembre 2010, est digne d'intérêt. Le demandeur au pourvoi estime, en effet, que le cautionnement hypothécaire en cause est nul dans la mesure où, étant illettré, il aurait dû être assisté de deux témoins dans la rédaction de l'acte comme le prescrit l'article 4, alinéa 3, précité. Se pose alors la question de savoir si le cautionnement hypothécaire est ou non un véritable cautionnement. La réponse de la CCJA est, dans l'arrêt commenté, on ne peut plus claire. Selon elle, « l'article 4, alinéa 3, de l'Acte uniforme précité, dont la violation est invoquée, traite de la formation du cautionnement, sûreté personnelle, alors qu'en l'espèce la sûreté dont la réalisation est entreprise est une sûreté réelle (...) ». Se trouve ainsi clairement affirmée la nature de sûreté réelle du cautionnement hypothécaire et, par-delà, du cautionnement réel. La CCJA consacre, par ce biais, en droit OHADA le concept de sûreté réelle pour autrui comme en droit français. Cette qualification, hardie, contredit certaines analyses doctrinales. Le cautionnement réel étant placé par l'AUS (AUS, art. 12, ancien, devenu AUS, art. 22, dans l'AUS révisé) dans une section consacrée aux modalités du cautionnement, certains auteurs l'ont qualifié de sûreté personnelle ou, tout au moins, de sûreté mixte. Si la qualification retenue par la CCJA paraît exacte, il conviendrait de garder le sens des nuances : il n'est pas exclu qu'une autre qualification s'impose au regard des prévisions contractuelles.

***W. Dominique Kabré**, agrégé des facultés, maître de conférences à l'université Ouaga II (Ouagadougou, Burkina Faso)*

110b6 Du congé pour démolir et reconstruire dans le bail commercial

- *CCJA, 2e ch ., 23 juin 2016, n° 117/2016, Sté Xeewell SA c/ Sté United Shipchandler Thoumas*

La CCJA précise le contenu de l'offre qui doit être faite au locataire dans les nouveaux locaux à la suite de la démolition puis de la reconstruction de l'immeuble loué.

Le bailleur d'un local à usage commercial avait donné congé à son locataire le 27 juin 2002 en vue de reconstruire. Les travaux étant achevés depuis 2005, le locataire, qui n'avait pas reçu d'offre, assigna le bailleur en novembre 2007 en paiement d'une indemnité d'éviction. En avril 2008, le bailleur invita le locataire à visiter les nouveaux locaux mais, estimant cette offre tardive, les juges condamnèrent le bailleur à payer une indemnité d'éviction. Pourvoi fut formé devant la CCJA.

On passera rapidement sur le grief d'irrecevabilité du pourvoi formulé par le locataire qui considérait que le délai de deux mois imparti par l'article 28 du règlement de procédure de la CCJA aurait été dépassé. Comme le relève la Cour, la décision attaquée n'ayant pas été signifiée comme le prévoit l'article 24 dudit règlement, le délai n'avait pas couru.

Sur le fond, l'auteur du pourvoi invoquait la violation de l'article 95 de l'ancien Acte uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG) du 17 avril 1997 alors applicable (devenu l'article 127 du nouvel AUDCG), aux termes duquel « [l]e bailleur peut s'opposer au droit au renouvellement du bail (...) sans avoir à régler d'indemnité d'éviction (...) s'il envisage de démolir l'immeuble comprenant les lieux loués, et de le reconstruire. (...) Le preneur aura le droit de rester dans les lieux jusqu'au commencement des travaux de démolition, et il bénéficiera d'un droit de priorité pour se voir attribuer un nouveau bail dans l'immeuble reconstruit. Si les locaux reconstruits ont une destination différente de celle des locaux objet du bail, ou s'il n'est pas offert au preneur un bail dans les nouveaux locaux, le bailleur devra verser au preneur l'indemnité d'éviction (...) ». Le bailleur reprochait à la décision attaquée, d'une part, d'avoir ajouté au texte en estimant qu'il avait l'obligation de proposer un local de la même destination, mais aussi qui soit « commode » et « sûr », et, d'autre part, d'avoir décidé qu'une offre tardive équivalait à une absence d'offre. La CCJA balaie les deux arguments, relevant que « les juges d'appel ont utilisé les termes «sécurité» et «commodité» non pas comme une imposition de l'article 95 mais pour conduire à son terme leur motivation consistant à prouver qu'une proposition inadéquate de relogement (*sic*), intervenue longtemps après la fin des travaux de reconstruction, équivaut à une absence totale d'offre, de même que la situation du local au 2e niveau entraîne une différence dans la destination, du fait de l'impossibilité de procéder à certaines installations ; que ce faisant, ils n'ont en rien violé le texte visé ». Si la décision mérite d'être approuvée (on ajoutera que l'article 73 de l'ancien AUDCG devenu l'article 105 oblige le bailleur « à délivrer les locaux en bon état »), le dispositif prévu par l'AUDCG souffre d'imprécisions, notamment quant aux délais pour reconstruire et pour faire une offre au locataire évincé, d'autant que, rappelons-le, le locataire n'a pas droit en ce cas à une indemnité d'éviction (encore que la question se pose de l'indemnisation du préjudice subi dans l'attente de la reconstruction de l'immeuble ; comp. en droit français, les différents dispositifs prévus en cas de travaux, C. com., art. L. 145-17 à L. 145-21).

***Cyril Grimaldi**, professeur à l'université Paris 13*

110d3 Baux à usage professionnel : effet du paiement tardif des arriérés de loyers sur la demande d'expulsion

• *CCJA, 3e ch., n° 128/2016, 7 juill. 2016, SCI Borija c/ Sté Jeden-Ci SARL*

Le paiement tardif des arriérés de loyers ne saurait produire un effet sur la demande d'expulsion introduite par le bailleur.

La SCI Borija et la Société Jeden-Ci SARL étaient liées par un contrat de bail commercial. Tirant argument de ce que cette dernière et d'autres preneurs ne s'étaient pas acquittés du paiement des loyers réclamés, plus d'un mois après la mise en demeure, la SCI Borija les a assignés suivant exploit du 5 janvier 2012 devant le juge des référés expulsions du tribunal de première instance d'Abidjan-Plateau. Celui-ci a ordonné leur expulsion. Cette ordonnance a été infirmée par la cour d'appel d'Abidjan au motif que les loyers réclamés avaient été réglés avant le prononcé de l'ordonnance d'expulsion. La SCI Borija s'est alors pourvue en cassation.

Cet arrêt soulève le problème suivant : quel est l'effet du paiement tardif des arriérés de loyers sur la demande d'expulsion introduite par le bailleur ? À cette question, la CCJA répond comme suit : le paiement tardif de tout ou partie des arriérés de loyers ne saurait produire un effet sur la demande d'expulsion introduite par le bailleur.

Le paiement tardif est le paiement de tout ou partie des arriérés de loyers après l'expiration du délai d'un mois à compter de la réception de la mise en demeure.

L'effet du paiement tardif est l'une des mentions obligatoires de la mise en demeure prévues à l'article 133, alinéa 3, de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG). Celui-ci prévoit que la mise en demeure doit, à peine de nullité, « informer le destinataire qu'à défaut de s'exécuter dans un délai d'un mois à compter de sa réception, la juridiction compétente statuant à bref délai est saisie aux fins de résiliation du bail et d'expulsion ». En outre, la mise en demeure doit être faite, aux termes de l'alinéa 2 de ce même article, « par acte d'huissier ou notifiée par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire ». Il suffit que toutes ces conditions soient remplies pour que le paiement tardif soit sans effet sur la demande de résiliation et d'expulsion. Et tel était le cas en l'espèce.

Dès lors, l'arrêt du 7 juillet 2016 emporte la conviction. Il confirme la jurisprudence de la CCJA en la matière (v. CCJA, 3e ch., 25 févr. 2016, n° 023/2016).

On peut se demander si un paiement partiel dans le délai d'un mois aurait pu sauver le contrat de bail. Une réponse négative semble logiquement s'imposer. En effet, il résulte de l'article 133, alinéa 3, qu'il s'agit de l'exécution complète des obligations du preneur.

Toutefois, aux règles prévues par l'article 133, la CCJA admet une exception, la loi des parties (v. CCJA, 1re ch.,18 mars 2016, n° 048/2016).

***Bréhima Kamena**, maître de conférences agrégé à l'université des sciences juridiques et politiques de Bamako (Mali)*

110d2 Assimilation des succursales des compagnies aériennes étrangères à des « sociétés soumises à un régime particulier »

• *CCJA, avis n° 002/2016, 18 oct. 2016*

La CCJA s'est prononcée sur l'interprétation des articles 120 et 916 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique (AUSCGIE) sur saisine du conseil des ministres de l'OHADA. Cela fait suite au constat de la divergence de traitement des succursales des compagnies aériennes étrangères par les États membres. Une question a été soulevée quant à l'admission de ces compagnies au bénéfice de la qualité de succursales de « société soumise à un régime particulier » et partant, du régime de dispense illimitée de filialisation prévue par l'AUSCGIE.

Dans son avis, la CCJA définit la « société soumise à un régime particulier » comme toute structure juridique revêtant une des formes admises en droit OHADA et dont les activités ou la mission d'intérêt général sont soumises à « certaines règles de droit sectorielles ou dérogatoires du droit commun des sociétés commerciales de l'OHADA ». Il ressort de cette définition que le critère retenu par la CCJA est la nature spécifique de l'activité exercée ou la mission d'intérêt général en cause à la condition qu'une réglementation spéciale les régisse. En conséquence, l'institution supranationale qualifie expressément les compagnies aériennes étrangères exerçant dans l'espace OHADA ainsi que leurs succursales de « sociétés soumises à un régime particulier ». Dès lors, elle admet leur éligibilité au bénéfice de la dispense illimitée à l'obligation de filialisation prévue par l'article 120 AUSCGIE. Cette analyse de la CCJA d'une part, confirme l'article 117 AUSCGIE selon lequel les succursales ne sont que des « démembrements » des sociétés mères étrangères, d'autre part fait preuve de précision en affirmant à juste titre que l'article 916 AUSCGIE « s'applique aux succursales des sociétés étrangères de transport aérien situées dans l'espace OHADA ». Quant à l'applicabilité de l'article 908 AUSCGIE relatif à l'obligation d'harmonisation des statuts des « société soumise à un régime *particulier* » auxdites succursales, la CCJA rappelle que les succursales sont dépourvues de « personnalité juridique propre » et ne disposent pas de statuts. Retenir une obligation de modification des statuts reviendrait à exiger la modification des statuts des sociétés mères dont la *lex societatis* n'est pas le droit OHADA. C'est donc de bon ton que la CCJA exclut toute possibilité d'application de l'article 908 AUSCGIE aux succursales des compagnies aériennes étrangères. Enfin, la CCJA précise que les normes régissant le domaine de l'aviation civile constituent une « réglementation spécifique propre à ce secteur dans lequel interviennent les sociétés commerciales dont l'encadrement juridique général est régi par l'AUSCGIE ». Ce faisant, elle reste fidèle au point 4.d de son avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001 en retenant que les articles 120 et 908 ne sont pas contraires aux normes bilatérales et multilatérales régissant le domaine de l'aviation civile. L'avis n° 002/2016 est d'une importance capitale dans la mesure où il vise à harmoniser l'interprétation des articles 120 et 916 AUSCGIE dans tous les États membres dans le secteur de l'aviation civile. On pourrait cependant s'interroger sur l'utilisation du terme « notamment » dans sa définition du régime particulier. Alors que la disparité des pratiques était à l'origine de la saisine pour avis sur ce texte, on peut craindre que les critères énoncés rendent aléatoire son application à d'autres domaines par les États parties, multipliant les recours auprès de la CCJA.

***Boris Martor**, avocat au barreau de Paris, associé, Eversheds LLP*

110d5 Pas de pourvoi par les dirigeants de la société placée en liquidation de biens !

- *CCJA, 1re ch., 29 févr. 2016, n° 039/2016, Sté Commissions import-export dite Commisimpex c/ Caisse nationale de sécurité sociale dite CNSS*

L'ouverture de la liquidation de biens entraînant la dissolution de la société concernée, le mandat des dirigeants sociaux prend fin ; ils ne peuvent donc plus former de recours.

Selon le premier alinéa de l'article 53 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) – inchangé dans l'acte révisé –, « La décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte, de plein droit, dissolution de celle-ci ». La CCJA en déduit que le mandat des dirigeants sociaux prend fin, si bien que le président-directeur général « n'a plus le pouvoir de procéder en son nom à des actes juridiques » ; en particulier, il ne peut plus donner mandat à un avocat de former un recours au nom de la société en liquidation. La Cour déclare par conséquent le pourvoi irrecevable.

Le raisonnement est juridiquement imparable ; il est conforme aussi bien à l'AUPCAP qu'à l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Le résultat auquel il aboutit est cependant profondément inopportun s'agissant des voies de recours contre la décision d'ouverture de la procédure. C'est le syndic qui a normalement vocation à représenter le débiteur (AUPCAP, art. 53, al. 3), mais on comprend bien qu'il n'exercera pas de recours contre la décision qui l'a nommé. Il faut alors désigner un liquidateur amiable ou un mandataire *ad hoc*… mais cela rend en pratique l'appel impossible puisque le délai pour le former est de 15 jours (AUPCAP, art. 33, *in fine*, et 221). Le droit d'accès à un tribunal semble bafoué.

De lege lata, comment sortir de cette situation de blocage ? On pourrait songer au deuxième alinéa de l'article 53 qui autorise le débiteur à accomplir des actes conservatoires, malgré le dessaisissement dont il fait l'objet ; la cour d'appel de Ouagadougou avait ainsi qualifié l'appel d'acte conservatoire dans un arrêt du 7 décembre 2001 (CA Ouagadougou, 7 déc. 2001, n° 97, Ohadata J-09-05). Cependant, la CCJA n'en fait pas mention, et il est vrai que le problème ne se situe pas sur le même plan : le dessaisissement affecte le débiteur, donc la personne morale ; le dirigeant est plus radicalement privé de tout pouvoir du fait de la fin de son mandat. Plus sûrement, les juridictions pourraient nommer, dans la décision d'ouverture de la liquidation de biens, un mandataire *ad hoc* aux fins de représenter la société débitrice au cours de la procédure.

De lege feranda, l'Acte uniforme pourrait être modifié afin de prévoir soit que les dirigeants restent en fonction malgré la liquidation (comme en droit français entre 2005 et 2014), soit plus radicalement que la dissolution de la société n'a lieu qu'à la date de clôture de la liquidation (comme en droit français aujourd'hui).

***Antoine Gouëzel**, professeur à l'université Rennes 1*

110d4 Exclusion de la compétence de la Cour commune de justice et d'arbitrage en droit du travail

- *CCJA, 3e ch., n° 083/2016 du 28 avril 2016, Sté Fûts Métalliques de l'Ouest Africain (FUMOA) c / M. Sultanali Esmail*

Au Sénégal, l'existence d'un contrat de travail justifie l'application des dispositions du Code du travail sénégalais. L'on ne peut alors invoquer la compétence de la CCJA car le droit du travail n'a pas encore fait l'objet d'Acte uniforme, cette juridiction ne peut connaître que de litiges mettant en cause l'application ou l'interprétation des normes OHADA.

Monsieur Esmail, lié par un contrat de travail avec la FUMOA du groupe IPS au Sénégal, y exerce aussi les fonctions de directeur général, ainsi qu'au sein de la société COFISAC. Révoqué de ses fonctions, il lui a par la suite été notifié son licenciement pour motif économique. Ce dernier saisit alors le tribunal du travail de Dakar. Condamnée au paiement du reliquat de l'indemnité de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement abusif, la FUMOA avec la COFISAC, saisit la cour d'appel de Dakar qui reconnaît l'existence du contrat de travail, la compétence du tribunal de travail et le caractère abusif du licenciement. La CCJA, saisie, s'est déclarée incompétente sur le fondement de l'article 14 du Traité de l'OHADA.

Malgré sa réglementation par les dispositions de cet article, la compétence de la CCJA est encore à l'ordre du jour. Celle-ci est exclue toutes les fois où les dispositions de l'OHADA ne sont pas en cause et dans l'hypothèse critiquée de l'application d'une sanction pénale (c'était le cas de l'affaire *Aboukhalil* du 14 juillet 2016, v. LEDAF janv. 2017, n° 110b5, p. 2). Le domaine de compétence de la CCJA ainsi décrit est en apparence aisé à déterminer, mais des situations plus complexes peuvent se présenter. C'est le cas lorsque le litige interpelle en même temps un Acte uniforme et le droit national (des solutions divergentes ont été proposées en doctrine et en jurisprudence). En l'espèce, l'affaire est relativement simple dans la mesure où le juge suprême n'avait qu'à apprécier l'existence d'un contrat de travail entre les parties, contrairement à l'affaire *Elton* (CCJA, 8 mars 2012, n° 013/2012, Elton Oil Company c/ Papa Mactar Sarr) où le contrat de travail était fictif. Le droit du travail ne faisant pas l'objet d'une réglementation uniforme, c'est le droit national qui s'applique, précisément le Code du travail sénégalais, d'où la compétence de la juridiction nationale.

***Ndèye Coumba Madeleine Ndiaye**, maître de conférences agrégée à l'UCAD Dakar (Sénégal)*

110d6 Détachement d'un travailleur pour occuper les fonctions de directeur général : inapplicabilité des règles du licenciement en l'absence d'emploi effectif

- *CCJA, 1re ch., 29 févr. 2016, n° 033/2016, Sté AES Sonel SA c/ M. Niat Njifenji Marcel*

Les règles de révocation d'un fonctionnaire détaché pour exécuter un mandat social de directeur général dans une société de droit privé sont celles impératives de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

Monsieur Niat Njifenji Marcel, ingénieur intégré à la fonction publique camerounaise, a été détaché pour une période initiale de cinq ans renouvelable, auprès d'une société de droit privé à compter du 1er juillet 1964 pour occuper les fonctions de directeur général adjoint, puis de directeur général de la société devenue Société nationale d'électricité du Cameroun jusqu'à la délibération du conseil d'administration de ladite société privatisée qui s'est tenue le 18 juillet 2001, à l'issue de laquelle il a été mis fin à son mandat. Monsieur Niat Njifenji a alors saisi le tribunal de grande instance du Wouri à Douala siégeant en matière sociale à l'effet de constater le licenciement abusif, considérant la cessation de ses fonctions de directeur général comme une rupture unilatérale d'un contrat de travail.

Par jugement du 26 mars 2007, ladite juridiction a statué dans le sens de l'inexistence d'un contrat de travail au profit d'un mandat social.

La cour d'appel de Douala infirme la décision, dit qu'il a existé un contrat de travail, et condamne AES Sonel SA au paiement de plus de 140 millions de FCFA.

Saisie du pourvoi, la CCJA, sous le visa des articles 486, 487 et 489 de l'Acte uniforme sur les sociétés (AUSGIE) et de l'article 131 du Code du travail, a cassé l'arrêt d'appel. Selon la haute juridiction, « Aucune énonciation de l'arrêt déféré n'indique que tant devant le premier juge que devant la cour d'appel, le défendeur Niat Njifenji a produit au dossier de la procédure un contrat de travail conforme aux dispositions de l'article 426 de l'Acte uniforme susvisé ; qu'en l'absence d'une telle preuve, ce dernier doit être considéré comme n'ayant qu'un mandat social révocable *ad nutum* conformément aux dispositions de l'article 492 de l'AUSCGIE. »

Selon la CCJA, la cour d'appel de Douala a violé les dispositions combinées des articles précités, ainsi que ceux des articles 426 et 492 du même Acte uniforme.

Enfin, évoquant au fond, la CCJA a confirmé le jugement de première instance.

Cette décision appelle à la prudence les entreprises qui détachent en zone OHADA des salariés pour occuper des mandats sociaux car, en cas de fin de contrat, ceux-ci pourront se prévaloir des règles de la révocation à l'encontre de la société dans laquelle ils ont été détachés.

***Franck Hessemans**, avocat au barreau de Paris, conseil juridique au cabinet Hoegah & Etté (Abidjan, Côte d'Ivoire)*

▶ DROITS NATIONAUX

110d7 Madagascar : la nouvelle loi sur la lutte contre la corruption, un instrument à portée volontairement limitée ?

- *L. n° 2016-020, 1er juill. 2016, sur la lutte contre la corruption : http://www.assemblee-nationale.mg/?loi=loi-n2016-020-lutte-contre-corruption*

Après plus d'une décennie d'initiatives diverses contre la corruption, celle-ci est toujours identifiée comme étant le premier obstacle au développement de Madagascar… La loi n° 2016-020 sur la lutte contre la corruption en est-elle la panacée ?

Identifiée dans la Constitution malgache de 2010 comme une priorité, au même titre que le développement, la bonne gouvernance ou la lutte contre la pauvreté, la lutte contre la corruption, jusque-là dépourvue d'effet notable, méritait d'être renforcée, à tous les niveaux et dans tous les secteurs. En effet, « le public, les organisations de la société civile, les institutions chargées de la lutte contre la corruption et les partenaires techniques et financiers de Madagascar partagent la perception d'une péjoration de l'état de la corruption et de l'affaiblissement de la lutte contre ce phénomène à Madagascar durant la Transition (2009-2014) » (Programme des Nations Unies pour le Développement, Rapp., « Évaluation de l'état de la lutte contre la corruption à Madagascar », oct. 2014, p. 12). L'ambitieux objectif de ce nouvel outil consiste à « offrir un cadre législatif qui garantisse la réussite de la stratégie de lutte contre la corruption afin de garantir l'intégrité de l'exercice de toute fonction publique ou élective, ainsi que d'assainir les pratiques du secteur privé pour un environnement économique favorable au développement de Madagascar » (L. n° 2016-020, 1er juill. 2016, exposé des motifs). La lutte contre la corruption contribuant largement à la lutte contre la délinquance économique et financière, deux éléments novateurs de cette loi méritent d'être relevés. Il s'agit, d'une part, de l'introduction dans le Code pénal malgache de dispositions relatives à la réglementation de la responsabilité pénale des personnes morales, auparavant éparpillée dans divers textes. D'autre part, désormais, le délit d'abus de biens sociaux et celui de détournement de deniers, tant publics que privés, sont assimilés à des délits de corruption. Mais ces apports résultent également de la volonté d'adapter le droit malgache aux engagements internationaux de la Nation en matière de lutte contre la corruption (Madagascar a ratifié la convention des Nations Unies contre la corruption et la convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, et a adhéré au protocole anti-corruption de la SADC). Il semble toutefois, en dépit des améliorations opérées par cette loi nouvelle, que le sort des témoins et dénonciateurs, notamment lorsque ceux-ci sont salariés de la personne mise en cause, ait été hâtivement réglé. Cette réalité risque de freiner l'adhésion active à cette politique. C'est en ce sens que la haute cour constitutionnelle, dans sa décision n° 28-HCC/D3 du 5 août 2016 concernant cette même loi et se conformant à l'article 32 de la « convention de Mérida » (Convention des Nations Unies contre la corruption, 31 oct. 2003), conclut que ces acteurs clés sont insuffisamment protégés…

***Ravaka Andrianaivotseheno**, professeur à l'université d'Antananarivo (Madagascar)*

110d8 Le Gabon à l'heure des partenariats public-privé

- *L. n° 020/2016, 5 sept. 2016 ; Ord. n° 020/2016, 11 févr. 2016*

En ratifiant l'ordonnance du 11 février 2016 relative aux partenariats public-privé, le Parlement gabonais a doté le pays de nouveaux moyens de financement, d'exploitation et de gestion d'infrastructures. Les investisseurs privés y trouveront certainement matière à s'en satisfaire, en dépit des quelques réserves qu'ils pourraient être tentés d'émettre.

Parmi les aspects positifs du cadre légal qui vient d'être adopté sur les partenariats public-privé, son champ d'application est assurément l'un de ses atouts notables, puisque les contrats de partenariat ont vocation à être conclus dans tous les secteurs, sans exclusion *a priori*.

La place laissée à liberté contractuelle mérite également d'être saluée, que ce soit pour la définition du régime fiscal et douanier applicable aux contrats, la constitution des garanties de financement, le recours à l'arbitrage, la cession des droits et obligations nés du contrat ou encore le transfert d'intérêts détenus dans la société privée cocontractante. Quant au fait que le contrat ne puisse pas excéder 30 ans sauf exceptions, il semble que cette durée légale soit suffisamment longue pour ne pas affecter en pratique la liberté des parties sur ce point.

Par ailleurs, les modalités de passation des contrats de partenariat qui ont été retenues sont classiques pour ce type de conventions, à l'exception de celles applicables aux offres spontanées, qui peuvent surprendre. En effet, s'il est logique de rappeler dans la loi que l'offre spontanée est celle qui, à sa date de présentation, ne fait pas l'objet d'une volonté de la puissance publique, certaine ou éventuelle, de réaliser un tel projet, il est regrettable de ne pas avoir précisé le sort des intentions exprimées il y a quelques temps et restées sans effet. D'ordinaire, la loi prévoit un délai de caducité au-delà duquel ces intentions cessent d'être opposables.

En outre, lorsque l'autorité contractante considère l'offre spontanée recevable et pertinente, le législateur choisit habituellement entre, soit une mise en concurrence avec un bonus de points attribués en amont à l'auteur de l'offre et un droit de préemption qui lui est reconnu en aval s'il n'arrive pas en tête du classement des soumissionnaires ; soit l'ouverture d'une négociation directe soumise à conditions.

Or en l'espèce, c'est une troisième voie qui a été retenue, à savoir la mise en concurrence avec faculté, pour la personne publique, de verser une prime forfaitaire à l'auteur de l'offre qui ne serait pas retenu en tant qu'attributaire. Le risque est que les investisseurs privés n'y trouvent guère une incitation suffisante pour soumettre des offres spontanées, ce qui peut nuire au foisonnement des idées et à la vitalité des projets. Si les dispositions réglementaires à venir ne parviennent pas à rectifier ce point, un amendement législatif sera sans doute souhaitable.

***Olivier Bustin**, docteur en droit, avocat aux barreaux de Paris et de Lisbonne, Vieira de Almeida & Associados, professeur invité à l'université Bel Campus de Kinshasa*

110d9 Togo : l'exequatur a son juge

- *L. n° 2016/033, 22 nov. 2016, portant désignation du juge compètent pour accorder l'exequatur à la sentence arbitrale tel que visé à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage*

Le législateur togolais complète son arsenal procédural en désignant le juge compétent pour accorder l'exequatur d'une sentence arbitrale tel que visé à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) organise l'arbitrage dans les États membres de l'OHADA. Une fois rendue dans les conditions prévues par l'AUA, la sentence est obligatoire. Elle ne peut toutefois produire des effets coercitifs sur les personnes ou sur les biens que revêtue de la formule exécutoire. Cette formule est apposée par un juge, saisi de l'exequatur, selon une procédure *ad hoc*.

La procédure dite d'exequatur des sentences arbitrales n'est nullement réglementée par l'AUA. Celle-ci relève de la législation interne de chaque État, par renvoi de l'AUA. Ainsi, aux termes de l'article 30 de l'AUA : « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par le juge compétent dans l'État partie ». L'on perçoit immédiatement le frein évident à la circulation des sentences arbitrales. Il n'en demeure pas moins que les difficultés de la mise en place d'une procédure uniforme d'exequatur à l'échelle de l'OHADA sont réelles.

Le législateur togolais, dans le premier alinéa de l'article 1er de la loi n° 2016/33, a pris le parti d'une double compétence, l'une principale (la compétence *ratione materiae*) et l'autre subsidiaire (la compétence *ratione loci*). En effet, « (...) le juge compétent pour accorder l'exéquatur est le président du tribunal de première instance du lieu où l'exécution de la sentence est envisagée ou, le cas échéant, celui du domicile du défendeur ».

Il faut noter que le président du tribunal de première instance peut déléguer ses attributions à un juge membre de sa juridiction (L. n° 2016/033, art. 1er, al. 2). La demande d'exéquatur est formulée par voie de requête accompagnée des pièces établissant l'existence de la sentence arbitrale telle que précisée par les dispositions de l'AUA (L. n° 2016/033, art. 2).

Le législateur togolais vient ainsi à la suite du Sénégal (pour une sentence interne), du Cameroun et du Tchad. La Côte d'Ivoire et le Sénégal (en matière d'arbitrage de droit international privé) ont opté pour le juge statuant comme en matière de référé.

***Akodah Ayewouadan**, agrégé des facultés de droit à l'université de Lomé (Togo)*

VEILLE

Cameroun : simplification de la création d'une SARL

La loi n° 2016/014 du 14 décembre 2016 vient simplifier les modalités de création d'une SARL au Cameroun.

Ainsi, le capital social minimum d'une SARL est désormais fixé à 100 000 francs CFA.

Par ailleurs, en cas de société à responsabilité limitée unipersonnelle, ou lorsque son capital social est inférieur à 1 million de francs CFA, ses statuts peuvent être établis aussi bien par acte notarié que par tout acte offrant des garanties d'authenticité, déposé au rang des minutes d'un notaire.

Ces assouplissements sont pris en application des articles 10 et 311 de l'Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, et ont pour ambition de favoriser la baisse du taux de chômage par le biais de la création d'entreprises. Ils font également suite à une recommandation importante de la 7e édition du *Cameroon Business Forum*, plateforme de dialogue des secteurs public et privé dédiée à l'amélioration du climat des affaires.

- *L. n° 2016/014, 14 déc. 2016, fixant le capital social minimum et les modalités de recours aux services du notaire dans le cadre de la création d'une société à responsabilité limitée*

CALENDRIER

« Les nouveaux dispositifs d'incitation à l'investissement dans l'espace OHADA »

Le Club OHADA de Bordeaux organise le 24 février 2017 à Paris une formation, animée par Me Serge Bakoa, qui présentera l'actualité des investissements dans l'OHADA. Coût de la formation : 300 €.

- *Renseignements et inscriptions : formations.clubohadabordeauxl@gmail.com*

« Décentralisation en France et en Europe : regards croisés avec l'Afrique »

Ce colloque qui se déroulera à Paris les 22 et 23 mars 2017 comparera de façon approfondie la décentralisation et les réformes territoriales en France et au Sénégal, en élargissant le propos à des comparaisons européennes.

Deux tables rondes seront organisées : la première traitera des convergences et des divergences entre les États et les collectivités territoriales, la seconde établira un état des lieux entre le monde économique et les acteurs de la décentralisation.

- *Renseignements et inscriptions : http://colloque-international.fr/*

BIBLIO

Le droit pétrolier et minier en Afrique

LGDJ signale la parution de l'ouvrage « Le droit pétrolier et minier en Afrique », de Me Thierry Lauriol et Me Émilie Raynaud. Celui-ci porte sur l'analyse des législations minières et pétrolières des pays d'Afrique et inclut une étude du régime conventionnel applicable aux opérations minières et pétrolières.

- *Le droit pétrolier et minier en Afrique, 1re éd., déc. 2016, LGDJ, 592 p., 75 €, en vente sur www.lgdj.fr*

La mise en œuvre de la saisie attribution de créances du droit OHADA

Me Jérémie Wambo publie l'ouvrage « La mise en œuvre de la saisie attribution de créances du droit OHADA », le constat étant fait que cette matière spécifique est l'une des plus prisées de la législation communautaire OHADA et alimente l'essentiel du contentieux des Actes uniformes. Ayant pour objectif de permettre la construction et l'appropriation du droit OHADA, ce travail dresse un état des lieux de la matière, en relève quelques écueils et propose quelques pistes de réflexion.

- *La mise en œuvre de la saisie attribution de créances du droit OHADA, déc. 2016, Jerberas, 35 €, en vente sur www.lgdj.fr*

Revue mensuelle imprimée par JOUVE - 1, rue du Docteur Sauvé 53100 Mayenne
Éditée par Lextenso SA - 70, rue du Gouverneur Général Eboué - 92131 Issy Les Moulineaux Cedex
Dépôt légal : à parution - ISSN : en cours - N° CPPAP : en cours
Abonnements - France : 210 € HT, 214,41 € TTC - Étranger : 230 € - Prix de vente au n° - France : 22,53 € HT, 23 € TTC - Étranger : 25 €
Relation clients : 01 40 93 40 40 - E-mail : abonnements@lextenso.fr

OFFRE DE LANCEMENT

3 MOIS OFFERTS

- **11 NUMÉROS 152,73 € HT** au lieu de 210 € HT*

+ VERSION NUMÉRIQUE feuilletable
(sur smartphones, tablettes et ordinateurs)
incluse dans l'abonnement

** Tarif France 2017*

Oui, je profite de l'offre de lancement de L'ESSENTIEL DROITS AFRICAINS DES AFFAIRES

1 AN D'ABONNEMENT / 11 numéros – 3 MOIS OFFERTS + version numérique feuilletable (sur smartphones, tablettes et ordinateurs)

→ Tarif France 152,73 € HT (155,94 € TTC) au lieu de 210 € HT
→ Tarif Étranger 167,28 € HT au lieu de 230 € HT

Je règle

par chèque
à l'ordre de Lextenso éditions

par virement
à Lextenso éditions
IBAN : FR76 3006 6106 5000 0110 0370 208
BIC : CMCIFRPP

SOCIÉTÉ .....

NOM .....

PRÉNOM .....

ADRESSE .....

CODE POSTAL ..... VILLE .....

PAYS .....

TÉL. ..... FAX .....

E-MAIL .....

***BULLETIN À RETOURNER À* Lextenso**
70 rue du Gouverneur Général Eboué
92131 Issy-les-Moulineaux CEDEX
ou par fax au +33 (0)1 41 09 92 10

Relation clients : +33 (0)1 40 93 40 40 – abonnements@lextenso.fr

Conformément à la loi du 06/01/1978, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Lextenso éditions.
SA au capital de 713 076 € - 552 119 455 RCS NANTERRE - ESDADA1703