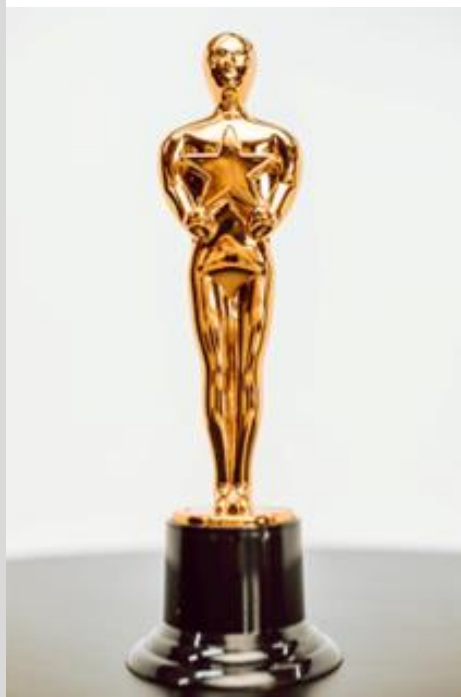




RECUEIL DE PUBLICATION DES ECRITS

DU

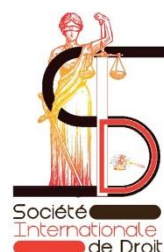
PRIX DU MEILLEUR ECRIT OHADA

2022



OHADA
2022

Prix organisé par





Organisation de la revue

Comité scientifique

Président :

Barthélemy Mercadal, Agrégé des facultés de droit (France)

Vice-président et Ancien Secrétaire général de l'IDEEF

Membres :

Akuété Santos, Agrégé des facultés de droit (Togo)

Ndiaw Diouf, Agrégé des facultés de droit (Sénégal)

Arlette Boccovi, Juriste de banque et d'affaires -Consultante (Espace OHADA)

Georges Decocq, Agrégé des facultés de droit (France)

Mounetaga Diouf, Juge à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)

Antoine Delabrière, Avocat (France)

Comité de rédaction

Rédacteur en chef et Secrétaire générale :

Arlette Boccovi, Juriste de banque et d'affaires -Consultante (Espace OHADA)

Membres du Comité de rédaction :

Barthélemy Mercadal, Agrégé des facultés de droit (France), Vice-président et Ancien Secrétaire général de l'IDEEF

Sylvain Attoh-Mensah, Avocat (Togo)

Jean-Jacques Lecat, Avocat (France)

Antoine Delabrière, Avocat (France)

Association du Notariat Francophone (ANF)

Jimmy Kodo, Avocat (France, Côte d'Ivoire)

Ndiaw Diouf, Agrégé des facultés de droit (Sénégal)

Akuété Pedro Santos, Agrégé des facultés de droit (Togo)

Georges Decocq, Agrégé des facultés de droit (France)

Mounetaga Diouf, Juge à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)



Organisation du Prix du Meilleur Ecrit

Comité Scientifique :

Monsieur Henri Désiré MODI KOKO BEBEY, Agrégé des facultés françaises de Droit, Professeur Titulaire, (Président)

Madame Yvette Rachel KALIEU ELONGO, Agrégé des facultés de Droit, Professeur Titulaire

Monsieur Joseph DJOGBÉNOU, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire - Président de la Cour constitutionnelle du Bénin

Monsieur Jacques MESTRE, Agrégé des facultés françaises de Droit - Président AFDD - Association Française des Docteurs en Droit

Monsieur Akodah AYEWOUDAN, Agrégé des facultés de droit

Monsieur René NJEUFACK TEMGWA, Agrégé des facultés de Droit

Monsieur Barthelemy MERCADAL, Professeur de Droit des universités Françaises

Monsieur Georges DECOCQ, Professeur de Droit des universités Françaises

Monsieur Jacques NYEMB, Avocat à la Cour

Monsieur Ousmanou SADIO, Docteur en Droit des Affaires et de l'entreprise, Président du CADEV

Madame Aurélie CHAZAI, Avocat aux Barreaux du Cameroun et de Paris - Associée Gérante

Maître Tristan GIRARD - GAYMARD, Avocat associé au cabinet BruzzoDubucq.

Jury :

Monsieur Patrice Samuel Aristide BADJI, Agrégé des facultés de droit (Président),

Monsieur Robert ASSONTSA, Maître de conférences

Madame Rolande KEUGONG NGUEKEN, Maître de Conférences

Monsieur Patrick Juvet LOWE GNINTEDEM, Agrégé des facultés de droit

Monsieur Emmanuel DOUGLAS FOTSO, Docteur en Droit - Président de LEGIAFRICA

Monsieur Edouard KITIO, Docteur en Droit - Magistrat Hors Hiérarchie

Me Jacques Jonathan NYEMB, Avocat au Barreau du Cameroun

Maître Modeste Olivier NOUCK MBEM, Avocat au Barreau du Cameroun

Me Nicolin François Cédric ASSOGBA, Avocat au Barreau du Bénin - Associé de D2A Société Civile Professionnelle d'Avocats

Madame Arlette BOCCOVI, Secrétaire Générale et Rédacteur en chef de la RDAA

Monsieur David NYAMSI, Secrétaire du Centre de Médiation et d'Arbitrage du GICAM

Maître Cédric DUBUCQ, Avocat associé au cabinet BruzzoDubucq

Monsieur Mouhamadou SANNI YAYA, Professeur

Monsieur Christian VALDANO KOJOUO, Docteur en droit privé de l'université de Dschang

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par



L'Institut du droit d'expression et d'inspiration française

Numéro spécial – Juillet 2023

Maître Amado YONI, Avocat-associé, SCPA Legalis
Monsieur Blaise AMOLO, Juriste d'affaires - cabinet Maître Epo and Mohamed.

Comité international d'organisation :

Monsieur Ravel Benny DJIELON MOUTCHEU, Docteur en droit public, Supervision PME-OHADA, Président de la SID

Monsieur Bidjaréou Hodabalo MOUZOU, Doctorant en droit des affaires, Project Manager PME-OHADA 2022,

Monsieur Qowiyou FASSASSI, Chercheur en droit des affaires, Secrétaire général du CIO-PME-OHADA 2022, Secrétaire général de la SID



Sommaire

Référence pour citer la publication du recueil	5
Références des publications des articles primés dans différentes revues	5
MEILLEURS ARTICLES.....	6
« Le formalisme en droit de la médiation : Entre retrait et mesure » Par <i>Cyrille Sèmako LIGAN & Thierry Donald Abinibola TOBOSSI</i>	7
«Le pacte comissoire en droit OHADA : garantie efficace de recouvrement ou mirage ?» Par <i>W. Carine Pamela KOLEGBE</i>	32
«Le pacte comissoire, garantie efficace du créancier» Par <i>Tchiri-Issar Romaric Joël BATANATA</i>	60
MEILLEURS COMMENTAIRES DE DÉCISION DE JUSTICE.....	87
« La prééminence de la volonté des parties et la constitution du tribunal dans l'arbitrage institutionnel OHADA » Par <i>Morayo Abass Wassy OLAGBADA & Celza Ariane Emeline DADAGLO</i>	88
«Le contentieux des garanties bancaires : la validité de la garantie autonome en droit OHADA » Par <i>Hermann SANKARA</i>	99
« Prééminence de la volonté des parties dans le choix du nombre des arbitres» Par <i>Stylain Dini Leven GOMA</i>	111
REMERCIEMENTS.....	144



Référence pour citer la publication du recueil

RDAA, Numéro spécial - Juillet 2023, Recueil de publication des écrits du prix du meilleur écrit OHADA 2022.

Références des publications des articles primés dans différentes revues

MEILLEURS ARTICLES

1. Cyrille Sèmako LIGAN, Thierry Donald Abinibola TOBOSSI, « LE FORMALISME EN DROIT OHADA DE LA MÉDIATION : ENTRE RETRAIT ET MESURE », Recueil LGA, LegiAfrica N° 3, Avril 2023.
2. W. Carine Pamela KOLEGBE, « Le pacte comissoire en droit OHADA : garantie efficace de recouvrement ou mirage ? », Horizons du droit, N°42, janvier 2023, p. 145-168.
3. Tchiri-Issar Romaric Joël BATANATA, « Le pacte comissoire, garantie efficace du créancier », RDAA, Avril 2023.

MEILLEURS COMMENTAIRES DE DÉCISION DE JUSTICE

1. Morayo Abass Wassy OLAGBADA, Celza Ariane Emeline DADAGLO, « LA PRÉÉMINENCE DE LA VOLONTÉ DES PARTIES ET LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL DANS L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL OHADA », ATDA, LegiAfrica, N°15, Décembre 2022.
2. Hermann SANKARA, « Le contentieux des garanties bancaires -Commentaire d'arrêt CCJA, Arrêt N° 211-2021 du 25 novembre 2021 Scté Bank of Africa BF contre Monsieur IDDI ANGO IBRAHIM », RDAA, Mars 2023.
3. Stylain Dini Leven GOMA, « Prééminence de la volonté des parties dans le choix du nombre des arbitres », Bulletin Ersuma de Pratique Professionnelle, N°62, pp. 8 - 12.

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Éditée par



L'Institut du droit d'expression et d'inspiration française

Numéro spécial – Juillet 2023

MEILLEURS ARTICLES



Publié dans le LGA, LegiAfrica N° 3, Avril 2023.

**LE FORMALISME EN DROIT OHADA DE LA MÉDIATION :
ENTRE RETRAIT ET MESURE**



Par

Cyrille Sèmakò LIGAN
Doctorant en Droit privé

Thierry Donald Abinibola TOBOSSI
Juriste d'entreprise et chercheur en droit privé



Note biographique des auteurs



Cyrille Sèmako LIGAN est doctorant en Droit privé. Rattaché à l'Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques de l'Université de Limoges (France), il mène des travaux de recherche afin de « Favoriser la culture du règlement amiable des différends en France et au Bénin ». Double diplômé (notamment en droit et en sciences du langage) de l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin), et titulaire d'un Master en droit privé général et européen de l'Université de Limoges, ses travaux s'intéressent, en l'occurrence, à la pratique des modes alternatifs de règlement des différends aux intersections du droit et de la justice. Il est actuellement Juriste au sein de l'équipe Médiation du Groupe SNCF (France), après avoir occupé le poste de Chargé de mission junior auprès du Médiateur du groupe EDF (France).



Thierry Donald Abinibola TOBOSSI est Juriste d'entreprise et chercheur en droit privé. Il est titulaire d'un master en Stratégie et Ingénierie des affaires de l'Université de Parakou (Bénin), après avoir suivi un cursus en droit pénal et sciences criminelles. Lauréat du Premier Prix, édition 2021, du Concours Médiation Commerciale organisé par le Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation (CAMEC) de la Chambre du Commerce et d'Industrie du Bénin, il est auteur de nombreux travaux scientifiques en droit des sociétés, droit pénal, droit de la famille, en mécanismes de prévention et de règlement des différends. Arbitre et médiateur certifié, il est membre du regroupement pour la promotion des modes alternatifs de règlement des différends en Afrique et médiateur certifié et agréé près les mécanismes indépendants de recours des Banques de développement en matière de différends de Communautés-Entreprises et/ou États.



Résumé

S'il est manifestement constant que la médiation en droit OHADA est un mode flexible et attractif de règlement amiable des différends, il est bien légitime de s'interroger sur la place que le législateur communautaire y accorde au formalisme. L'analyse de l'Acte uniforme relatif à la médiation (AUM) révèle, contrairement aux préjugés procéduraux, un formalisme ambivalent en matière de médiation OHADA. Tout d'abord, il s'agit d'un formalisme effacé par un consensualisme dans l'initiative de la mise en œuvre du processus puisqu'il est expressément prévu que la convention de médiation peut être « écrite ou non ». Nonobstant cette disposition, et en cas d'absence de convention de médiation, l'effacement du formalisme se voit atténuer par l'exigence d'une invitation écrite aux fins de médiation. Ensuite, dans la conduite du processus, la volonté des parties reprend le dessus sur les exigences formelles. Cependant, à défaut d'expression de la volonté des parties ou en cas de désaccord, les rédacteurs de l'AUM font de nouveau appel au formalisme. Ce dernier concerne également le médiateur qui dans le respect des règles de l'art, est soumis à des obligations notamment celle de révélation, de confirmation et de confidentialité. Enfin, à l'issue du processus et aux fins d'exécution de l'accord de médiation, les rédacteurs de l'AUM consacrent un hiératisme formaliste à la charge des acteurs (parties et médiateur) et aux tiers (juge homologateur).

Mots-clés : formalisme - médiation -volonté - processus - médiateur - consensualisme - écrit - différend - résolution.

Abstract

If it is obviously a constant that mediation in OHADA Law is a flexible and attractive mechanism of amicable settlement of disputes, as well as participative of the mediated parties, it is quite legitimate to wonder about the place that the community lawmaker has given to formalism. When analyzing the Uniform Act on Mediation, it is easy to see that, contrary to procedural mindsets, formalism in OHADA mediation is a mixed and ambivalent reality. First of all, it is



a formalism erased by a consensualism in the initiative, the implementation of the mediation process since it is expressly provided that the mediation agreement may be “written or not.” However, in the absence of such an agreement, the erasure of formalism is mitigated by the requirement to transmit a written invitation to mediate. Secondly, in the conduct of the process, the primacy of the parties will constitutes the principle. In the absence of an expression of their will or in the event of disagreement, the formalism affects the mediator(s), who are subject to obligations, in particular duty of disclosure, confirmation and confidentiality. Finally, at the end of the process and for the purposes of enforcing the mediation memorandum of understanding (MOU), the lawmaker of UAM enshrines a formalist hierarchy for the actors and third parties in the process.

Keywords: formalism - mediation -will – process – mediator – consensualism – written - dispute - resolution.



Introduction

1. La médiation est le plus récent des modes alternatifs de règlement des différends admis par le législateur OHADA. Elle se distingue par ses multiples atouts tant de l'arbitrage, de la négociation que de la conciliation. Essentiellement fondée sur l'autonomie de la volonté, elle procède de l'intervention d'un tiers neutre, indépendant et impartial qui aide les parties à parvenir à la résolution de leur différend.

De manière pratique, la médiation offre un cadre de dialogue spécifique animé par les parties elles-mêmes, sous l'égide d'un tiers qui ne détient ni pouvoir de contrainte ni pouvoir décisionnel, pour parvenir à une solution coconstruite à leurs différends ou points de désaccord. Il s'agit d'un processus intersubjectif, communicationnel et informel auquel la participation des parties est volontaire¹.

2. Le droit communautaire issu de l'OHADA a souhaité encourager le développement de la médiation par une initiative qui, participant de la coopération judiciaire en matière contractuelle, s'est concrétisée par l'adoption de l'Acte uniforme relatif à la médiation (AUM). Cet instrument juridique communautaire a posé les jalons et défini les règles devant encadrer le processus de médiation en matière civile, commerciale et d'investissement. L'autonomie et la liberté qui caractérisent ce mode amiable de règlement des différends y sont consacrées.

Pour une plus grande efficacité de la médiation et une incitation accrue du public, le législateur a fait la part belle au consensualisme. Néanmoins, le respect du principe de sécurité juridique et des engagements contractuels a induit un certain formalisme qui, sans être omniprésent, se veut tempéré durant le processus et rigide à l'issue du processus. Dans un environnement quasi

¹ Voir ce sens, ADAMOU (M.), « L'autorité de l'accord de médiation en droit OHADA » in (dir.), DJOGBENOU (J.), et al, *Droit et investissement, Mélange en l'honneur du professeur Cossi Dorothé SOSSA*, Tome II, Droit processuel, Éditions du CREDIJ, Cotonou, 2021, p.55.



informel et dans lequel la majorité des acteurs sont majoritairement analphabètes, la question du « *formalisme dans le droit Ohada de la médiation* » ne manque pas d'intérêt.

3. Étymologiquement, le terme « formalisme » s'enracine dans le lexique latin. Dérivé de « *formalis* »², qui signifie formel, le formalisme désigne l'attachement excessif aux formes. Il est introduit par un article masculin et peut s'agir dans divers domaines, notamment en art, d'une tendance à privilégier la forme et les qualités formelles au détriment du contenu et de la réalité³.

En droit, il s'agit d'un principe juridique selon lequel une formalité ou un écrit sont exigés par la loi pour la validité d'un acte, d'un jugement, d'une procédure ou encore d'un processus⁴. Pour le doyen Gérard CORNU, le formalisme désigne une tendance générale, dans une législation, à multiplier les formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits, soit à des fins de preuve, soit à des fins de publicité, soit à peine de nullité⁵. Lorsque cette tendance prend la tournure d'une exigence de forme poussée au plus haut degré, on parle de formalisme substantiel ou *ad validitatem*. Cette typologie de formalisme consiste à subordonner la validité d'un acte considéré comme solennel⁶ à l'accomplissement de formalités déterminées à peine de nullité absolue. Le formalisme comme l'« autorité » fait partie de ces notions dont la charge polémique est telle qu'elle menace à tout instant de faire écran à la pleine compréhension des enjeux de ce dont il est question⁷. Cette notion s'oppose, dans une certaine mesure et pas toujours radicalement, au consensualisme.

² Larousse, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/formalisme/34629>, consulté le 19 juin 2022 à 17 h 42".

³ Idem.

⁴ Larousse, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/formalisme/34629>, consulté le 19 juin 2022 à 17 h 45".

⁵ CORNU (G.) (dir.) Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 12^e éd., 2018, p.1023.

⁶ Voir sacramentel, *ad solemnitatem, Idem.

⁷ Voir en ce sens, ADAMO (M.), *op. cit.*, p.53.



4. Dans cet article, c'est l'ampleur du formalisme dans le processus de la médiation en droit Ohada, tel qu'il est défini par l'AUM, qui sera analysée. De toute évidence, le législateur a su aménager une grande place à la volonté des parties, entre la consécration d'un formalisme quasi inexistant durant le processus de médiation d'une part et la résonnance d'un formalisme éloquent tant durant le processus qu'à son issue, d'autre part. Il convient dès lors de s'interroger sur l'influence du formalisme sur la volonté des parties dans le processus de la médiation. C'est d'ailleurs autour de cette interrogation que les réflexions sont menées.

En effet, le sujet présente un intérêt assez paradoxal, puisque la médiation s'écrit uniquement de la volonté conjointe des parties et ne requiert, en principe, aucun formalisme. Cela n'exclut guère des exigences formelles, dont l'écrit qui occupe une place de référence dans la conduite et l'issue du processus.

5. Ainsi, le formalisme est une réalité bien présente dans le droit Ohada de la médiation. Pour autant, il s'agit d'un formalisme modéré et souple, quasi inexistant dans la mise en œuvre de la médiation **(I)**, mais qui se relève fortement à la fin du processus et plus particulièrement lors de la conclusion de l'accord de médiation **(II)**.



I — LE FORMALISME ABSTRAIT DANS LA MISE EN ŒUVRE DU PROCESSUS DE MÉDIATION

6. Dans la doctrine, le passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié est qualifié de contractualisme ou de société contractuelle⁸. Contrairement à une idée reçue, la médiation n'est pas seulement une alternative à la solution judiciaire du « différend »⁹. Elle est avant tout l'expression de la volonté exclusive des parties ou, incidemment, d'une procédure judiciaire ou juridictionnelle¹⁰. Quel que soit le type de médiation choisie (*ad'hoc* ou institutionnelle) par les parties ou encore la manière dont elles sont venues en médiation (conventionnelle ou sur renvoi juridictionnel)¹¹, le processus de la médiation reste dominé par la liberté de la volonté, corollaire de la liberté contractuelle et du consensualisme **(A)**, laquelle est encadrée par une touche de formalisme en lien avec l'intervention d'un tiers **(B)**.

A- La prééminence du consensuel sur le formel

7. La médiation est une institution dont l'essence réside dans sa pratique singulière et non normée. Fidèles à cet esprit qui remplit la médiation, les rédacteurs de l'AUM ont défini trois (3) constantes qui font que, en amont et durant la mise en œuvre du processus, l'accord des

⁸ CADIET (L.), « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français » in *Ritsumeikan Law Review*, n°28, 2011, p.155. Voir aussi DJOGBENOU (J.), « La contractualisation de l'instance civile en droit béninois », in *Les annales de l'université de Parakou*, Série « Droit et science politique », vol. 1, n° 1.

⁹ AUM, article 1^{er} alinéa 1^{er} a).

¹⁰ Voir en ce sens, AUM, art 1^{er} alinéa 2.

Cependant, il est important de souligner que même si la médiation est d'origine judiciaire ou juridictionnelle, son succès dépend de la volonté des parties. On ne saurait donc imposer voire contraindre les parties à une médiation, on ne peut que les y inciter, les y inviter.

¹¹ Par insertion d'une clause de médiation avant la naissance du différend ou de manière conventionnelle après la naissance de ce dernier.



parties prime sur tout formalisme cartésien. D'ailleurs, l'usage du verbe « demander » dans la définition de la médiation que donne l'article 1^{er} (a) de l'AUM, est caractéristique d'une volonté libre et exprimée, laquelle s'affranchit de toute logique de rituel propre à une demande en justice.

8. D'abord, lorsqu'un différend survient, les parties peuvent convenir d'avoir recours à un mode alternatif à la justice. Contrairement à l'arbitrage où le compromis et la clause compromissoire doivent être formés idéalement par écrit¹², la mise en œuvre du processus de médiation en droit Ohada suppose l'existence d'une convention, laquelle peut être écrite ou non¹³. En règle générale, une convention est un accord de volonté par lequel deux (2) ou plusieurs personnes s'engagent à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose¹⁴. À la réalité, la convention de médiation est un accord par lequel les parties s'engagent, soit à choisir la médiation pour le règlement du différend, soit à faire de la médiation un préalable obligatoire à la saisine du juge. La convention ou clause de médiation constitue donc l'instrument de base du processus de médiation. On note expressément à ce sujet que « *la procédure de médiation débute le jour où la partie la plus diligente met en œuvre toute convention de médiation écrite ou non.* »¹⁵. La médiation conventionnelle peut donc être mise en œuvre par un concours de volontés des parties des suites de diligences communes ou unilatérales. Le seul accord de volontés est parfaitement suffisant pour faire naître des engagements ; la médiation étant *a priori* un processus axé sur la confiance mutuelle. On peut y voir une volonté manifeste des rédacteurs de l'AUM de faire triompher la volonté des parties sur toute exigence formelle, mais aussi d'encourager le recours à une médiation dont le processus est dépourvu de formalités rédhibitoires.

¹² AU/DA, article 3-1.

¹³ AUM, art 4 alinéa 1^{er}.

¹⁴ TAGUM FOMBENO (H-J.), *Négocier et rédiger au mieux ses contrats dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, Paris, 2010, p.13.

¹⁵ AUM, article 4 alinéa 1^{er}.



9. L'éminent juriste-consulte Jean-Marie-Etienne PORTALIS affirmait, par ailleurs, que « *tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre* »¹⁶. Cette assertion retrouve pleinement son sens en matière de formalisme en droit de la médiation OHADA. En effet, pris à la lettre de l'AUM, l'absence de convention écrite ne constitue pas pour autant un défaut d'existence d'une convention de médiation. À ce sujet, les rédacteurs de l'AUM, dans un but de simplification de l'accès à la médiation, ont fait montre d'une souplesse rare en matière d'actes contractuels tel que peut l'être la convention de médiation. « *Si, en l'absence de convention, la partie qui a invité une autre partie à la médiation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation écrite dans les quinze jours de la date de réception de l'invitation ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, elle peut considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la médiation* »¹⁷.

En pratique, il apparaît que dans cette situation l'initiative du recours à la médiation provient *a fortiori* de la partie la plus diligente ou la plus avenante par une « invitation » au processus de médiation. Hormis le délai légal¹⁸, l'AUM ne précise pas de conditions particulières quant à la nature ni de mentions spécifiques quant au contenu de ladite invitation ; laquelle doit être écrite. L'ambiguïté à ce niveau se situe dans la détermination du délai fixé. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette disposition innovatrice de l'AUM. Cependant, il est nécessaire de définir si ce délai d'attente doit être considéré comme un délai franc ou non, tel que ceux prévus dans l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution (AU/PSRVE)¹⁹.

¹⁶ PORTALIS (J-E-M), Discours préliminaire du premier projet de Code civil.

¹⁷ AUM, article 4 alinéa 2.

¹⁸ AUM, article 4 alinéa 3.

¹⁹ Voir notamment en ce sens, CCJA, arrêt n° 046/2010 du 15 juillet 2010, BIAO Finances c/KOUYA, inédit.



10. S'agissant de la forme de l'invitation écrite, il est légitime de s'interroger sur la nature de l'acte constitutif d'invitation, car *a priori* plusieurs choix s'offrent à la partie la plus diligente (manuscrit, dactylographié et électronique). Dans le sens inverse, il est utile de relever que le législateur n'a pas indiqué la forme que doit prendre l'acceptation de l'invitation (courrier dactylographié, manuscrit, courriel ou appel téléphonique). On considère que, quel que soit la nature ou la forme de l'invitation, dès lors qu'elle est suivie d'une réaction positive, elle est assimilée à une convention de médiation. Néanmoins, le silence d'une partie invitée à la médiation n'emporte pas son consentement encore moins son adhésion au processus, contrairement à ce qui s'observe généralement en droit commun. Cette situation processuelle dénote d'un formalisme lissé presque abstrait.

11. Enfin, les rédacteurs de l'AUM ont expressément consacré la primauté de la volonté des parties par une absence de précision législative sur les conditions de validité de la convention de médiation. Ainsi, peut-on en déduire que la convention de médiation, comme tout autre mode alternatif à la justice, est soumise au régime du droit commun des obligations contractuelles. En conséquence, pour qu'une convention de médiation soit valide au fond, il faut un concours de volontés (consentement mutuel), une aptitude à exprimer non seulement cette volonté, mais surtout à compromettre sur les droits dont on a la libre disposition (capacité), un objet (déterminé ou déterminable) et une cause licite. Une fois accepté, le processus de médiation amène les parties à rechercher une solution amiable à leur différend.

En somme, l'AUM accorde une grande place à l'expression de la volonté des parties en amont du processus de médiation. Toutefois, le consensualisme qui innerve la phase préalable à l'entrée en médiation n'exclut pas qu'un certain formalisme soit requis lors de la mise en œuvre du processus.



B- La limitation du consensualisme par une touche formaliste

12. Lorsque les parties font recours à une institution de médiation, ils adhèrent à un règlement de médiation²⁰. C'est souvent le cas, par exemple, du Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation (CAMEC) de la Chambre du Commerce et d'Industrie du Bénin, du Centre d'Arbitrage de Médiation et de Conciliation de Ouagadougou (CAMC-O) au Burkina Faso, le Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'OMPI ou encore du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) en France. *De facto*, les parties se soumettent à un formalisme souple voire abstrait certes, mais préétabli et déterminé par l'institution spécialisée qui a la charge de conduire le processus. Cette convention est propre à chaque institution de médiation et définie selon ses usages et pratiques. Nul doute que les parties disposent d'une grande liberté dans le choix du ou des médiateurs²¹, mais elles doivent rester dans le cadre défini par la convention à laquelle elles ont adhéré²².

13. Que ce soit en médiation conventionnelle *ad'hoc*, institutionnelle ou tout autre processus assimilé, la déclaration préalable du médiateur est une étape qu'on pourrait qualifier d'ordre public dans le déroulement du processus de la médiation. C'est un bouclier protecteur à l'avantage des parties contre l'impartialité et l'indépendance du tiers intervenant. On observe que « *lorsqu'une personne est sollicitée en vue de sa désignation en qualité de médiateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. À compter de la date de sa nomination et durant toute la*

²⁰ AUM, article 3.

²¹ AUM, article 5 alinéa 1^{er}.

²² AUM, article 3.



procédure de médiation, le médiateur révèle aux parties, sans tarder, toutes circonstances nouvelles susceptibles de soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance »²³.

Par conséquent, au moment de sa désignation, le médiateur doit confirmer, « *dans une déclaration écrite, son indépendance et son impartialité ainsi que sa disponibilité pour assurer la procédure de médiation* ». L'obligation de révélation subsiste toujours même après sa confirmation par les parties qui un pouvoir d'appréciation discrétionnaire et souverain des circonstances évoquées par le médiateur²⁴. Cette révélation, on le voit, prend la forme d'un écrit. Cependant, il n'est pas aisé de se prononcer sur les conséquences d'un manquement à ce formalisme. L'AUM ne prévoit expressément aucune sanction le cas échéant alors même qu'il s'agit d'une condition *sine qua non*, gage d'impartialité contre les pressions extérieures ou les convictions personnelles du médiateur.

14. Contrairement à la pratique en matière d'arbitrage ou même de conciliation, « *le médiateur n'impose pas aux parties une solution au différend* »²⁵. Accordant toujours une prééminence à la volonté des médiés, ils « *sont libres de convenir, y compris par référence à un règlement de médiation, de la manière dont la médiation doit être conduite* »²⁶. Cette liberté absolue ne peut être limitée que par l'ordre public²⁷. À défaut d'option par les parties, le médiateur mène le processus de médiation comme il l'estime approprié et ce, compte tenu

²³ AUM, article 5 alinéa 5.

²⁴ AUM, article 6 alinéa 2.

²⁵ AUM, article 7 alinéa 4. Pour aller plus loin, voir GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, Que sais-je ?, PUF, 2012 ; FRICERO (N.) et alii, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, Guides, Paris, 2017, ; AMRANI MEKKI (S.) et alii, *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, Paris, 2020, p. 97.

²⁶ AUM, article 7 alinéa 1^{er}.

²⁷ C. civ, article 6.



des circonstances de l'affaire, des souhaits exprimés par les parties ainsi que de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du différend²⁸.

15. À tout stade de la médiation, en fonction des demandes des parties et des techniques qu'il estime les plus appropriées au vu des circonstances du différend, le médiateur peut faire des propositions et provoquer des discussions aux fins de règlement du différend²⁹. Dans le silence du législateur, lesdites propositions devront être faites suivant une forme orale. On y voit clairement que la médiation est la chose des parties. Celles-ci l'organisent comme elles l'entendent.

16. Par ailleurs, après consultation des parties, le médiateur peut inviter celles-ci à désigner un expert en vue de recueillir un avis technique³⁰. Il est permis au médiateur de tenir des cocus ou apartés avec les médies. C'est ainsi que le législateur prévoit cette faculté en disposant expressément que « *Le médiateur peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles, ensemble ou séparément* »³¹. Toutefois, lorsque le médiateur souhaite rencontrer ou s'entretenir avec l'une des parties et/ou son conseil séparément, il est tenu d'« *en informer l'autre partie et/ou son conseil au préalable ou dès que possible après sa rencontre ou communication unilatérale avec l'une des parties* »³². Il s'agit d'une obligation et non d'une faculté laissée à la discrétion du médiateur pour les nécessités du processus. Au regard, de l'étendue de cette obligation d'information et dans le silence de l'AUM, on est en droit de s'interroger sur

²⁸ AUM, article 7 alinéa 2.

²⁹ AUM, article 7 alinéa 4. Mais attention, contrairement à la conciliation, le médiateur ne fait de propositions aux parties que lorsque celles-ci le lui demandent, autrement le processus serait requalifié en conciliation.

³⁰ AUM, article 7 alinéa 5. Cependant, la doctrine n'émet pas d'objection au fait que les parties peuvent commettre le médiateur de désigner un expert.

³¹ AUM, article 9 alinéa 1^{er}.

³² Idem.



la forme ainsi que les modalités de transmission desdites informations dans le respect de la volonté des parties et l'ordre public³³.

Plus important, et non sans une certaine utilité, l'écrit est exigé au médiateur, dès l'entame du processus de la médiation, pour annoncer sa disponibilité et les circonstances de suspicion éventuelles, d'une part et pour confirmer sa volonté à conduire le processus. Il s'agit donc d'un hiératisme formaliste souple à la charge du ou des médiateurs. Le silence de l'AUM sur la sanction encourue en cas de manquement à ces exigences peut s'interpréter comme un renvoi au droit commun des nullités. Si lors de la mise en œuvre du processus de médiation, le formalisme apparaît quasi inexistant, il en va différemment pour l'issue du processus où on note une omniprésence du formalisme.

II— LE FORMALISME ATTACHÉ À LA CONCLUSION DE L'ACCORD DE MÉDIATION

17. La médiation peut prendre fin à tout moment³⁴. Son terme peut intervenir soit à la demande de l'une ou de l'ensemble des parties, soit à l'initiative du médiateur. En cas de succès, la conclusion d'un accord s'avère nécessaire. Ce dernier n'est soumis à aucune condition de forme conformément à l'article 12 alinéa 2 de l'AUM. Cependant, si la liberté de la preuve reste la règle, il est aisé de constater que l'écrit semble distiller une certaine sécurité juridique non seulement en matière de preuve des engagements conclus **(A)**, mais aussi pour conférer à l'accord de médiation la force exécutoire en cas de contestation par la remise en cause de la chose consensuellement convenue **(B)**.

³³ Voir en ce sens AUM, article 8.

³⁴ Voir en ce sens, AUM article 12.



A- La nécessité d'un formalisme informatif *ad probationem*

18. L'accord de médiation est par définition un accord consensuel, c'est-à-dire qu'il est parfait par le seul échange de consentement des parties³⁵. En tant que tel, il déroge au formalisme. La rédaction d'un écrit contenant la signature des parties est une nécessité qui a pour objet de prouver le consentement des parties, mais aussi leur parfaite maîtrise de la nature et des conséquences de leurs engagements. *A priori*, l'inobservance de cette règle n'entraîne pas la nullité de l'accord, mais l'accord devra être prouvé par tous moyens.

Autant le signifier d'emblée, la notion de « preuve » n'est pas aisée à définir. Pour la rigueur scientifique que nécessite cet article, la définition du doyen Gérard CORNU semble la plus complète. En effet, la preuve s'entend de « *la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises ou requises par la loi* »³⁶. *Stricto sensu*, la preuve serait donc ce moyen utilisé pour établir la réalité d'un fait ou l'existence d'un acte juridique.

Sur la base de cette définition, le législateur OHADA a progressivement admis la liberté de la preuve dans nombre d'actes uniformes. Avant l'AUM, ce fut le cas pour l'Acte uniforme portant droit commercial général (AU/DCG). Il en est ainsi notamment du contrat de vente commerciale et du contrat de mandat qui, par exemple, peuvent être prouvé, par tous moyens, y compris par témoins³⁷ ainsi que du contrat de bail à usage professionnel qui peut être prouvé par tous moyens, à défaut d'écrit ou de terme fixé³⁸.

C'est dire que l'accord verbal échangé à l'issue d'un processus de médiation ne sera pas déclaré nul, à condition de respecter les règles de preuve définies à l'article 12 alinéa 2 de l'AUM. Selon la lettre de cette disposition, l'écrit n'est qu'un moyen de preuve de l'accord de médiation

³⁵ FRICERO (N.), « Médiation et contrat », *AJ Contrat*, Dalloz Revue, Paris, 2017, p. 356.

³⁶ « Preuve » in CORNU (G.) (dir.), *Op. cit.* p. 716.

³⁷ AU/DCG, article 144.

³⁸ AU/DCG, article 72.



parmi tant d'autres. En tout état de cause, les rédacteurs de l'AUM n'ont pas prévu de sanctionner un accord de médiation par la nullité pour manquements aux exigences de forme. En cas de contestation, l'accord de médiation qui ne satisfait pas aux exigences de forme pourra constituer un commencement de preuve des engagements conclus. Lequel peut être complété par une diversité d'éléments extrinsèques susceptibles d'emporter la conviction du juge.

19. Sur le point des éléments intrinsèques pouvant venir en appui au commencement de preuve de l'engagement conclu, il est difficile pour la partie à qui elle incombe de les réunir. En dehors de l'écrit qui, le cas échéant, n'existe pas ; il faudra se baser sur des présomptions et témoignages dont la libre appréciation reviendrait au juge³⁹. Difficile cependant de les réunir parce que le processus de médiation est réputé confidentiel⁴⁰. L'étendue des pouvoirs du médiateur est définie par les parties. Comme celles-ci, le médiateur est tenu au principe de confidentialité, sauf accord contraire⁴¹. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours du processus de médiation ne peuvent être divulguées aux tiers, ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties⁴².

³⁹ Voir en ce sens « Les moyens de preuve » in SOSSA (D.), DJOGBENOU (J.), MONTCHO-AGBASSA (E.), *Introduction à l'étude du droit perspectives africaines*, Collection Cours, éditions du CREDIJ, Cotonou, 2021, pp 217-230, n° 390 à 416.

⁴⁰ Il existe une doctrine abondante sur le sujet. Voir entre autres : JARROSSON (Ch.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *Revue internationale de droit comparé* 1997, pp. 311-435, GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, Collection Que sais-je ?, PUF 2012 ; CADIET (L.), CLAY (Th.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz 2^e édition, Paris, 2017, 166 p. ; DOGUÉ (K.), *Guide pratique de médiation de l'OHADA*, D&Partners Éditions, Porto-Novo, 2021, 289 p. ; FRICERO (N.) et alii, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, Guides, Paris, 2017, 3^e éd., 861 p.

⁴¹ AUM, article 10.

⁴² FAGET (J.), « La juridicisation de la médiation », in CHEVALIER (P.), DESDEVISES (Y.) et MILBRUN (P.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, Paris, 2003, pp. 75 - 88.



On imagine donc mal comment une partie peut prouver un accord verbal pour prouver l'existence d'un droit. Certes, l'article 10 de l'AUM prévoit des cas dérogatoires dans lesquels le principe de confidentialité peut être rompu. Encore faut-il obtenir l'accord de tous y compris de la partie présumée de « mauvaise foi ».

20. L'obligation de confidentialité pèse sur les parties comme sur le ou les médiateurs. En dehors des cas dérogatoires prévus par la loi, l'atteinte à l'obligation de confidentialité de la médiation implique que les pièces produites, sans l'accord de la partie adverse pour prouver l'existence d'un droit, soient d'office écartées des débats par le juge. C'est la position adoptée par la Cour de cassation française dans une récente décision⁴³ qui casse l'arrêt des juges du fond, lesquels ont méconnu l'obligation de confidentialité en versant au dossier judiciaire des déclarations issues du processus de la médiation en guise de preuve. En clair, un accord non écrit s'expose, en cas de contestation, à des difficultés de preuve quasi insurmontables.

21. Par ailleurs, en indiquant à l'alinéa 4 de l'article 12 de l'AUM que « *le juge ou l'arbitre constate cet accord* », les rédacteurs de l'AUM ont soustrait à la liberté de preuve, l'accord de médiation obtenu à l'issue d'une médiation ordonnée par le juge ou l'arbitre. En principe, l'accord de médiation en droit Ohada peut être prouvé par tous moyens. L'exception découle de la solennité que doit revêtir l'accord obtenu au terme d'une médiation ordonnée par un juge ou un arbitre et qui, implicitement, exige que la volonté s'exprime par écrit et, par conséquent, qu'il soit établi sous une forme préconstituée. La rédaction de cet accord est une condition de l'existence même du droit (valeur probatoire) qui peut, au terme des articles 12 alinéa 4 et 16 de l'AUM, faire l'objet d'exécution.

L'usage du verbe « *constate* » utilisé dans cette disposition est sans équivoque. Il conduit même à l'affirmation du caractère formel de la preuve. D'autant que, dans la pratique, le constat du juge ou de l'arbitre ne peut s'opérer que sur un acte écrit. Toujours est-il que les rédacteurs de

⁴³ Cass. Civ. 2^e, 9 juin 2022, pourvoi n° 19-21798.



l'Acte uniforme n'ont pas délimité la portée d'un accord de médiation écrit. Aussi, n'ont-ils pas prévu de sanctions en cas de non-respect de cette exigence de forme. À ce titre, l'écrit n'est requis que pour servir d'élément de preuve à l'accord de médiation même si, sur le plan formel, la liberté est la règle.

22. Il s'agit en effet d'un formalisme informatif *ad probationem*, lequel apparaît nécessaire dans un contexte général où l'analphabétisme⁴⁴ et l'informel sont répandus⁴⁵. L'on peut considérer que c'est pour cette raison que les rédacteurs de l'AUM ont rendu libre la preuve de l'accord de médiation.

Le formalisme informatif appliqué à l'accord de médiation semble donc faciliter la preuve des engagements obtenus. Quid des atours formalistes nécessaires à la reconnaissance et la validité d'un accord écrit ?

B- L'exigence d'un formalisme informatif *ad validitatem*

23. D'évidence, l'exigence d'un écrit signé des parties est destinée à sécuriser l'accord de médiation et lui garantir, sous certaines conditions, la force exécutoire. Bien que facultatif, seul l'écrit permet de fixer de manière claire et précise les engagements exprimés par les parties. La lettre du 1^{er} alinéa (a) de l'article 12 de l'AUM peut laisser penser que la forme écrite de l'accord de médiation n'est nécessaire qu'à titre de preuve. Toutefois, tant s'en faut, puisqu'il en va de la protection des engagements exprimés. La rédaction d'un accord écrit est une condition de l'existence même de l'accord, mais encore une condition de validité de celui-ci. Sous cet

⁴⁴ Plus de la moitié des populations de la plupart des États membres de l'OHADA sont analphabètes. Voir en ce sens Rapport de l'Institut de statistique de l'UNESCO. <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/SE.ADT.LITR.ZS>, consulté le 27 juin 2022 à 05 h 52 ''.

⁴⁵ Voir en ce sens, BISSALOUE (S.), « L'informel et le droit OHADA », in GBAGUIDI (N.), alii (dir.), *Les horizons du droit OHADA : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Filiga SAWADO*, éd. CREDIJ, Cotonou, 2018, pp.847-878.



angle, l'accord de médiation écrit n'a pas qu'un caractère probatoire. Au-delà, il constitue un gage de sécurité juridique.

Le doyen Jacques FLOUR soutient que l'opposition connue entre la règle de forme et la règle de preuve entre l'écrit requis *ad validitatem* et celui qui est exigé *ad probationem* est, dans une large mesure, artificielle⁴⁶. La nécessité de la preuve se trouve ainsi absorbée par celle de la validité, en ce sens qu'en l'absence d'écrit, l'accord peut être prouvé certes, mais son contenu pourra être sujet à contestation. Il est beaucoup plus question de la protection des engagements et de la sécurité de leur réalisation que d'un simple instrument de preuve. En ce sens, les exigences formalistes des rédacteurs de l'AUM sont à saluer.

24. L'objectif voulu est de protéger l'accord auquel sont parvenues les parties, en s'assurant que leurs engagements ont été éclairés et qu'ils ont connaissance des conséquences qui y sont attachées. Faut-il le souligner, l'accord de médiation dans l'espace Ohada revêt le caractère d'une transaction qui s'impose aux parties. Pour autant, l'AUM n'a pas bridé la liberté des parties en leur imposant un formalisme rigide dénué de mentions spécifiques obligatoires dont l'omission ou l'inexactitude pourrait entraîner la nullité de l'accord. On en déduit que le type de l'écrit importe peu, pourvu que la volonté des parties s'y soit exprimée clairement et que l'accord soit signé.

25. En matière de reconnaissance, les règles énoncées aux alinéas 2 et 3 de l'article 16 prévoient que l'accord de médiation peut « être déposé au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écritures et de signatures » ou « être soumis à l'homologation ou à l'exequatur de la juridiction compétente ». Dans la pratique, un accord verbal ne pourra être soumis à ces formalités sus évoquées. Ainsi, l'accord de médiation écrit pourra satisfaire cette condition

⁴⁶FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Études Ripert, p.980.



dans la mesure où il sera nécessaire de produire l'original ou une copie de celle-ci afin d'obtenir son exécution forcée.

Il faut remarquer que l'article 16 de l'AUM exclut systématiquement de son champ d'application tout accord non écrit. Une approche on ne peut plus ingénieuse des rédacteurs de l'Acte uniforme pour inciter les parties à conclure un accord écrit. Et c'est au regard de ces considérations que la volonté du législateur se précise. Dépourvue de la force exécutoire, la réalisation de l'accord de médiation dépend uniquement du bon vouloir des parties⁴⁷. Afin de se prémunir contre l'absence d'exécution, il est nécessaire de se tourner vers le juge pour conférer à l'accord la force exécutoire.

26. La deuxième pièce formaliste au stade de la conclusion de l'accord de médiation se rapporte à la signature. Si l'écrit permet de connaître l'étendue des engagements stipulés, il ne peut se suffire à lui seul⁴⁸. C'est pour cela qu'il doit être revêtu de signature. Faute de signature, la validité de l'accord amiable se trouverait entachée, puisqu'un écrit non signé ne peut prétendre à la qualification d'accord de médiation au sens de l'AUM⁴⁹.

27. Quid de l'acte écrit, mais non signé ? Un accord écrit, mais non signé peut-il emporter validité au sens de l'AUM ? L'écrit non signé qui a valeur d'usage est sans doute valide, du fait d'une exécution spontanée de son contenu⁵⁰. En revanche, la nullité de *l'acte-instrumentum*

⁴⁷ Pour rappel, la médiation est un processus volontaire, de dialogue qui procède de l'autonomie et de la responsabilité de l'ensemble des acteurs. Il en va de même pour l'accord qui en est issu. Pour aller plus loin, v. AMRANI MEKKI (S.) et alii, op. cit., p. 151, n°192 – VERT (F.), *La tentation de la médiation obligatoire*, Gaz. Pal. 17-18 janv. 2014, n°s17 à 18, p. 9 et s.

⁴⁸ Voir en ce sens DE LAMBERTERIE (I.), « La valeur juridique de la signature, perspective de longue durée », *Hypothèses*, 2006/1 (9), p. 361-370.

⁴⁹ AUM, art. 12 alinéa 1^{er} (a).

⁵⁰ Voir en ce sens, FLOUR (Y.), « La signature testamentaire », *Sociétés & Représentations*, 2008/1 (n°25), p. 35-46.



peut-elle entraîner dans son sillage la nullité de l'*acte-negotium* et rendre, de ce fait, son exécution impossible ? En d'autres termes, les engagements exprimés dans un accord écrit qui ne satisferaient pas aux exigences de signature seront-ils frappés de nullité au même titre que le support écrit qui n'est pas signé ?

Si l'on se réfère aux conditions de validité des actes sous seing privé, l'affirmative ne fait aucun doute. L'acte demeure valable en tant qu'acte sous seing privé à condition qu'il s'agisse d'un acte pour lequel la forme authentique n'est pas exigée *ad validitatem*⁵¹. Ainsi, en matière de validité, un écrit non signé est nul. Il ne peut en être autrement pour la validité des accords de médiation pour lesquels les parties sollicitent une homologation ou une exécution forcée. Cette idée est épousée par la majorité de la doctrine qui voit dans la signature un élément essentiel de validité des engagements écrits. Les rédacteurs de l'Acte uniforme s'en sont d'ailleurs accommodés pour imposer formellement la signature des exemplaires de l'accord de médiation déposés au rang des minutes d'un notaire⁵².

28. Pour une souplesse effective du processus de médiation, il est intéressant de désolenniser la preuve par écrit de l'accord de médiation, surtout dans l'espace OHADA où l'analphabétisme et l'oralité sont prégnants. En effet, l'analphabétisme est un facteur important qu'on ne saurait éluder, au risque de plomber l'attractivité et l'efficacité du processus de médiation. Aussi, le juge communautaire pourrait contribuer à cette œuvre en procédant à une interprétation par analogie *in favorem*. Il a déjà eu l'occasion d'affirmer, en matière d'injonction de payer, que l'exigence de l'indication d'une mention dans l'acte n'implique pas l'exactitude de cette mention⁵³.

⁵¹ L'acte authentique qui ne comprend pas la signature est nul, mais vaut acte sous seing privé entre les seules parties signataires. [Civ. 1re, 28 septembre 2011](#), n°10-13.733

⁵² AUM, article 16 alinéa 2.

⁵³ CCJA, 3^e ch., 31 janv. 2019, n° [038/2019](#).



29. En outre, la signature d'un acte emporte le consentement du signataire, à condition qu'il soit sain d'esprit et libre de toute pression. Mais faut-il en déduire qu'est également valide la signature de la partie à la médiation qui ne sait ni lire ni écrire dans la langue dans laquelle l'accord est rédigé ? Il est à craindre que le juge communautaire n'adopte une position inflexible dans l'interprétation de cette disposition.

En effet, il ne peut être opposé à une partie à la médiation un accord qu'elle aurait signé, s'il est établi qu'elle ne comprend ni la langue ni les termes de l'accord, encore moins la portée de celui-ci au moment de la signature.

30. Tout bien considéré, la valeur de l'écrit s'étioule lorsque l'accord n'est plus le reflet fidèle de la volonté des parties. Malheureusement, il est à craindre que le juge ne puisse être saisi en vue de se prononcer sur le contenu d'un accord porteur d'irrégularités. Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école, car même si le juge a homologué l'accord, son contrôle ne portera pas toujours sur le contenu de celui-ci ni sur les conditions de sa formation⁵⁴. L'homologation ou l'exéquatur n'ont pas pour effet de purger l'accord des vices éventuels pouvant affecter sa validité. L'appréciation du juge permettra certes de démêler les ronces des orties, mais elle se limite au contrôle du respect de l'ordre public et de la disponibilité des droits en cause.

En dépit des garde-fous que présente le formalisme *ad validitatem* de l'accord de médiation au regard de l'objectif de la sécurité juridique, il est important de ne pas perdre de vue que l'une des caractéristiques essentielles de l'espace OHADA est le fort taux d'analphabétisme et d'oralité dans les relations. Ainsi, le caractère validant de l'écrit et/ou de la signature d'un accord de médiation ne devrait pas déterminer la nullité des engagements régulièrement pris. Pas plus que la signature d'un écrit par un analphabète qui n'a pas connaissance du document signé n'est valide. L'exigence d'un écrit signé *ad validitatem* semble alors inadaptée à l'efficience de la médiation dans le contexte africain.

⁵⁴ [Civ. 3e, 20 avr. 2017, n° 16-13.462](#)



Conclusion

31. En général, les modes alternatifs de règlements des différends (MARD) apparaissent comme des modes non judiciaires de résolution des litiges ou conflits, qui dépendent de la volonté des parties. Il s'agit des modes dont l'efficacité n'est plus à démontrer. D'ailleurs, l'entrée en vigueur le 16 mars 2018 de l'Acte uniforme relatif à la médiation (AUM) du 23 novembre 2017 permet de constater la concrétisation de la volonté du législateur communautaire d'offrir aux acteurs du monde des affaires un mécanisme de règlement amiable efficace.

S'il est vrai que l'efficacité est le caractère⁵⁵ ou la « *qualité d'une chose ou d'une action qui produit l'effet attendu* »⁵⁶, il est aisé de constater que l'objectif de l'OHADA est d'offrir une sécurité juridique aux fins de prévisibilité et de prévention du contentieux. Les rédacteurs du dixième (10^e) Acte uniforme de l'Ohada ont su dans leur œuvre accorder une place importante, au consensualisme et non au formalisme, qui est dominant non seulement caractérise la justice classique, mais également l'arbitrage. Toutefois, ce consensualisme présente deux (2) caractères discutables.

32. En matière de médiation, le consensualisme est absolu dans son essence. Néanmoins, il est relatif dans son principe notamment dans la mise en œuvre du processus ou encore dans la conduite de celui-ci. Dans un premier temps, cette affirmation hégémonique du consensualisme tient à la nature exclusivement conventionnelle et consensuelle de la médiation dont l'initiative et le processus (la mise en œuvre, la désignation du ou des médiateurs, la conduite du processus et l'issue du processus) dépendent de la volonté d'au moins une seule partie. C'est dire que le processus de médiation peut prendre fin à tout moment, dès lors qu'une partie le souhaite.

⁵⁵ Le grand Larousse illustré, 2016, p. 426.

⁵⁶ Voir en ce sens BOURASSIN (M.), *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER, LGDJ, Paris, 2006, n° 7 cité par BERNHEIM-VAN de CASTEELE (L.), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p.388.



Dans un second temps, le consensualisme attendu de la médiation est à relativiser. Cette relativité progressive est nécessaire pour la protection de l'ordre public d'une part et, d'autre part, pour la garantie des droits de la personne humaine en général et ceux du droit à la justice des parties en particulier. Ce formalisme, bien que souple pour les parties et rigide pour le tiers intervenant, pourra s'analyser comme une garantie à la protection des parties ; et ce, malgré l'absence de sanctions pour l'inobservation des dispositions formalistes de l'AUM.

Au demeurant, il est utile de s'interroger sur l'efficacité du formalisme en matière de médiation en l'absence de sanctions législatives relatives aux manquements des acteurs de la médiation, qu'il s'agisse des acteurs actifs (parties), des acteurs semi-actifs (le médiateur) ou des acteurs passifs (notaires, experts, juges).



Publié dans la revue Horizons du droit, N°42, janvier 2023, p. 145-168.

**LE PACTE COMMISSOIRE EN DROIT OHADA :
GARANTIE EFFICACE DE RECOUVREMENT
OU MIRAGE ?**



Par

W. Carine Pamela KOLEGBE

Juriste chercheure- Droit Privé - Université d'Abomey-Calavi



Note biographique de l'auteur



Woyénitihoun Carine Pamela

KOLEGBE épouse DAVAKAN est titulaire d'un Master II en Droit et Institutions Judiciaires et d'un Diplôme Universitaire en Droit des entreprises en difficulté délivré par l'Université Paris 1 Sorbonne.

Elle a ensuite acquis de l'expérience professionnelle en cabinet d'avocat, en étude notariale, en administration universitaire, en assistance Direction pour le compte d'institution internationale, en auto-entrepreneuriat et dans le monde de l'entreprise.

Portée vers la recherche, W. Carine Pamela KOLEGBE est auteure de plusieurs publications, dont :

"La protection des données à caractère personnel à l'épreuve des impératifs de la sécurité publique", publié dans le Bulletin de Pratique Professionnelle de l'Ersuma (BEPP) n° 29 page 04.

"Quelques aspects de la sauvegarde des intérêts procéduraux des parties en cette période de crise pandémique de la Covid 19", publié dans Bulletin de Pratique Professionnelle de l'Ersuma (BEPP) n° 31 page 14.

"La problématique de la saisie des immeubles non immatriculés en droit OHADA", publié dans le Bulletin de Pratique Professionnelle de l'Ersuma (BEPP) n° 43 page 10.

"L'apport en société des immeubles non immatriculés en droit OHADA", publié dans le Bulletin de Pratique Professionnelle de l'Ersuma n° 59 page 04.

"Le pacte comissoire en droit OHADA : garantie efficace de recouvrement ou mirage?", qui a remporté le 2ème prix du concours du meilleur écrit OHADA et a été publié dans Horizons du Droit, n° 42 page 145.



Résumé

La réalisation judiciaire des sûretés en droit OHADA constitue pour les créanciers un véritable chemin de croix. Au fil des années de pratique, ils y ont rencontré tellement d'embûches que cela a déteint sur l'attractivité de l'OHADA. Ainsi, les relations d'affaires sont devenues timides parce que les partenaires financiers craignent de plus en plus pour le recouvrement de leurs créances. Alors, afin de remédier à ce malaise, le législateur OHADA a, par la réforme de l'Acte uniforme portant organisation du droit des sûretés (AUS) en 2011, consacré une garantie conventionnelle dénommée pacte comissoire. Simple, rapide et économique, cette nouvelle garantie est présentée par le législateur communautaire comme la solution miracle du recouvrement certain. En effet, les précautions prises par son régime juridique, notamment sur sa constitution et sa réalisation sont si délicates qu'elles bercent dans l'illusion de la perfection. Cependant, un peu de hauteur sur les émotions générées par le caractère nouveau de cette garantie, fait réaliser d'énormes imperfections, au point de semer le doute sur son efficacité.

Mots-clés : OHADA - Pacte comissoire - régime juridique – efficacité - Illusion.

Abstract

Judicial enforcement of security interests under OHADA law is a real crossroads for creditors. Over the years of practice, they have encountered so many pitfalls that this has hurt the attractiveness of OHADA. Thus, business relations have become timid because financial partners are increasingly afraid of recovering their debts. So, to remedy this malaise, the OHADA legislator, through the reform of the Uniform Act Organising the Law of Securities (AUS) in 2011, established a contractual guarantee known as the commission pact. Simple, quick, and economical, this new guarantee is presented by the Community legislator as the miracle solution for certain



recovery. The precautions taken by its legal regime, particularly about its constitution and enforcement, are so delicate that they lull the debtor into the illusion of perfection. However, a little height on the emotions generated by the new character of this guarantee, make realize enormous imperfections, to the point of sowing the doubt about its effectiveness.

Keywords: OHADA - Commissory Covenant - legal regime – effectiveness - Illusion



Introduction

L'ambition du législateur communautaire OHADA⁵⁷ de créer un environnement juridique sécurisé qui stimule l'investissement et le crédit, justifie la réforme ayant eu lieu en 2011 sur l'acte uniforme portant organisation du droit des sûretés (AUS). Ainsi, par cette réforme, ce législateur a-t-il institué une nouvelle garantie dans l'espoir de pallier les insuffisances des précédentes et, de réduire par voie de conséquence le taux des impayés très grandissant jusque-là dans l'espace OHADA. En outre, le véritable challenge de cette nouvelle garantie consacrée et dénommée pacte comissoire⁵⁸ est d'assurer infailliblement le recouvrement des créances et de satisfaire aux exigences de la protection des intérêts du créancier.

Alors, après plus d'une décennie d'application, il est opportun de mener une réflexion sur l'efficacité de cette garantie, d'où la présente étude.

L'allusion faite à la nature illusoire de l'efficacité du pacte comissoire renseigne d'office sur le doute qui pèse sur l'efficience de cette garantie. Car, le mirage renvoie à une apparence dépourvue de réalité, une chimère, un jugement erroné. Cela signifie qu'il y a des raisons de croire en l'existence d'une efficacité du pacte comissoire, mais la prudence est requise dans l'appréciation de cette dernière dont les résultats sont par endroit en deçà des attentes.

Au sens étymologique, efficacité vient du latin *efficacitas* qui signifie force, vertu⁵⁹. Elle est alors le caractère de ce qui est efficace et la capacité d'obtenir le résultat souhaité. En outre, au sens juridique, l'efficacité est présentée comme un mode d'appréciation des conséquences des

⁵⁷ Organisation pour Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

⁵⁸ Consulté sur https://cabinetfojou.com/documents/dictionnaire_droit_ohada.pdf le 06 juin 2022 à 2h 53'.

⁵⁹ Toupictionnaire, le dictionnaire de politique, consulté sur <https://www.toupie.org/Dictionnaire/Efficacite.htm> le 08 juin 2022 à 8h 44 min.



normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent. Elle réside donc dans l'accomplissement d'une attente⁶⁰. Or, l'efficacité, est la capacité de parvenir à un maximum de résultats avec un minimum de ressources. Elle est souvent appréhendée comme la qualité d'un rendement permettant de réaliser un objectif avec l'optimisation des moyens engagés. L'efficacité est donc l'idéale de l'efficacités. L'effectivité vise le caractère de ce qui est effectif et produit d'effet, elle est donc le sceau de l'efficacités. Celle-ci ne pouvant exister en l'absence de celle-là. La différence entre ces trois notions n'est donc pas grande et justifie la confusion courante entre elles, comme le cas avec les notions de garantie et de sûreté.

En effet, invariablement, on emploie ces deux notions malgré la petite différence qui existe entre elles. Selon l'article 1^{er} de l'AUS, une sûreté est : *« l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de bien ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligation, quelle que soit la nature juridique de celles-ci, et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminable, conditionnelles ou inconditionnelles ou que leur montant soit fixe ou fluctuant »*. Alors que, sans faire objet de définition unique dans les textes ou la jurisprudence, une garantie est d'une manière générale considérée comme l'engagement permettant au créancier d'une obligation de se prémunir contre le risque de défaillance du débiteur de celle-ci⁶¹. On peut ici constater que les deux notions paraissent, si ce n'est synonyme, toutefois très proches. Elles concourent, en effet, toutes les deux à la protection des droits du créancier qui se verra reconnaître différentes actions, en cas de manquement de son débiteur à la réalisation de son obligation. Les sûretés si elles recouvrent

⁶⁰ GAUTIER 2, « Efficacité, efficacité et effectivité...le nouvel essor du concept de performance contractuelle », consulté sur <http://www.gautier2-avocats.com/efficacite-efficience-effectivite-le-nouvel-essor-du-concept-de-performance-contractuelle/#:~:text=Dans%20le%20domaine%20juridique%2C%20l'accomplissement%20d'une%20attente%20%C2%BB,> le 08 juin 2022 à 8h 42 min

⁶¹ Fiche 5, « Notion de garanties », consultée sur <https://www.google.com/search?q=d%C3%A9finition+juridique+de+la+garantie&oq=d%C3%A9finition+juridique+de+la+garantie&aqs=chrome.69i59.24112j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8> le 08 juin 2022 à 9h 36 min.



une nécessaire idée de sécurité, à l'instar de la garantie, vont se placer comme un meilleur moyen de défense pour le créancier. En effet, celui-ci va par un acte autonome bénéficier d'une protection supplémentaire consistant en la possibilité de poursuivre une ou plusieurs personnes autres que le principal obligé ou en un droit préférentiel sur certains biens du débiteur. La garantie et la sûreté, peuvent se différencier tant sur le plan de l'efficacité que de leur mise en œuvre⁶² à l'instar du pacte comissoire et de ses notions voisines telles que dation en paiement, clause de voie parée et attribution judiciaire.

Le pacte comissoire est : « La convention par laquelle le débiteur et le constituant de la sûreté prévoient, qu'à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier deviendra propriétaire de la chose mise en garantie »⁶³. Le pacte comissoire apparaît ainsi comme un mode conventionnel de réalisation des sûretés réelles. Plus précisément, il est une convention ou une clause d'un contrat principal par laquelle le débiteur accepte le transfert automatique du bien affecté à la garantie de sa créance au créancier en cas de non-paiement de sa dette. Il est donc l'accessoire d'une sûreté principale et prend vit dans une clause contenue dans l'acte matérialisant cette dernière. Le pacte comissoire est d'ailleurs encore appelé clause comissoire ou clause d'attribution conventionnelle ; une clause qui peut-être, selon le droit français⁶⁴, stipulée lors de la constitution de la sûreté principale ou postérieurement par voie d'avenant. Cependant, le droit OHADA est resté silencieux sur le sort réservé à un pacte comissoire admis à titre d'avenant

⁶² DOJ, Doc du juriste, consulté sur <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-des-affaires/distinction/distinction-garanties-suretes-455429.html>, le 8 juin 2022 à 09h 54 min.

⁶³ Serges GUINCHARD et Thierry DEBARD (Dir), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} édition., Paris, 2014, p 668 ; Gérard CORNU (Dir), *Vocabulaire juridique*, Puf, Paris, 2010, p651 cités par Pr Ndiaye Mbaye MAYATTA et Pr Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE in *Pratique du pacte comissoire : Conception, Rédaction, exécution*, p 9, formation ERSUMA du 22 au 24 Juin 2022 au siège de l'ERSUMA au Bénin.

⁶⁴ Code civil, article 2348, alinéa 1 et arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française en date du 5 octobre 2004, pourvoi n°0100863, BNP c/X. Bull.civ.2004, IV, n°176, p.199. cité par Kouakou Stéphane BOHOUSOU, ibidem, p 152.



dans une garantie principale constituée avant 2011⁶⁵. Toutefois, la solution du droit français est transposable dans le droit communautaire parce qu'elle est objective et prend mieux en compte la réalité juridique existante avant la consécration du pacte comissoire.

Le pacte comissoire dans sa finalité s'apparente à la dation en paiement, car, comme celle-ci, il vise à éteindre la dette du débiteur et la sûreté qui la garantit. Mais, il ne faut point les confondre parce qu'ils diffèrent essentiellement par leur régime juridique. Alors que pour une dation en paiement, la personne physique non immatriculée au RCCM peut être constituante, pour un pacte comissoire il faut nécessairement l'immatriculation au RCCM. Mieux, La dation en paiement est une modalité d'extinction de l'obligation du débiteur à l'égard de son créancier, une modalité légale de règlement des dettes qui n'exige pour sa validité que le consentement réciproque du débiteur et du créancier⁶⁶.

En outre le pacte comissoire est également à distinguer de la clause de voie parée et de l'attribution judiciaire. La clause de voie parée est une stipulation contractuelle illicite qui s'apparente au pacte comissoire tout en étant différent en ce qu'elle est une clause par laquelle un créancier gagiste ou hypothécaire obtient de son débiteur l'autorisation de vendre la chose gagée ou hypothéquée sans observer les formalités requises par la loi. Contrairement à la clause comissoire, la clause de voie parée est incompatible au caractère impératif des dispositions relatives à la réalisation des sûretés réelles.

⁶⁵ Date d'entrée en vigueur du nouvel acte uniforme portant organisation du droit des sûretés

⁶⁶ Pr Ndiaye Mbaye MAYATTA et Pr Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE in *Pratique du pacte comissoire : Conception, Rédaction, exécution*, p 9, formation ERSUMA du 22 au 24 Juin 2022 au siège de l'ERSUMA au Bénin, op cit, p 13.



L'attribution judiciaire quant à elle s'apparente au pacte comissoire en ce qu'elle consiste également en l'attribution de la chose objet de sûreté au créancier sur demande de ce dernier. Mais elle est à distinguer du pacte comissoire parce qu'elle fait intervenir le juge.

L'intérêt d'une telle étude est à la fois théorique et pratique. Théorique parce qu'elle amène à faire un bilan critique. Pratique parce que par les réformes qu'elle impulsera, l'espace OHADA sera davantage attrayant pour tenter de contenir la défiance constatée chez les investisseurs.

Au demeurant, le pacte comissoire est une réforme qui a fait couler assez d'encre au plan doctrinal, et qui a redoré la vie des affaires dans l'espace OHADA en suscitant l'espoir et en refondant dès son entrée en vigueur la confiance chez les opérateurs économiques. Car, il a été consacré dans un contexte où l'AUS montrait en pratique ses limites et multipliait des mécontents. Mais, après une décennie d'application, l'euphorie a certainement cédé place à l'objectivité et la plupart des acteurs économiques paraît de nouveau préoccupée.

Alors, tel que consacré par le législateur OHADA, le pacte comissoire est-il une garantie efficace ?

En analysant le régime juridique du pacte comissoire, le mécanisme observé semble donner des assurances sur l'efficacité de cette garantie. Mais la réalité concrète est toute autre et appelle des réserves.

C'est pourquoi la présente étude s'articulera dans une dynamique analytique autour de l'efficacité du pacte comissoire perceptible dans les normes communautaires (I). Elle insistera dans un élan prospectif sur les limites à cerner en vue de renforcer la garantie de recouvrement (II).

I- UNE EFFICACITÉ APPARENTE

L'efficacité espérée du pacte comissoire s'aperçoit aussi bien dans les règles encadrant la constitution de cette garantie (A) que dans celles fixant ses modalités de réalisation (B).



A- L'efficacité dans la constitution du pacte comissoire

Les dispositions encadrant la constitution du pacte comissoire sont élaborées aux fins de rendre ce mode alternatif de réalisation des sûretés réelles efficace. Toutefois, pour s'en rendre compte, il faut cerner l'esprit dans lequel le législateur communautaire a consacré chacune des exigences contenues dans ses dispositions. Ainsi, est-il nécessaire de s'attarder en particulier sur la subordination du pacte comissoire à l'hypothèque (1), et en général sur les autres exigences impératives encadrant la constitution du pacte comissoire (2).

1- L'établissement de l'efficacité du pacte comissoire par sa subordination à l'hypothèque

Le pacte comissoire est nécessairement l'accessoire de la sûreté réelle dont il veut garantir la réalisation. Alors, cela va de soi qu'il soit, en matière immobilière subordonnée à l'hypothèque. Cependant, de cette subordination découle spécifiquement plusieurs avantages pour le créancier. Il s'agit d'une part de l'exclusion des immeubles non immatriculés de l'assiette de cette garantie (a) et d'autre part la possible intervention du notaire dans la rédaction de cette clause (b). Ces avantages concourent à l'efficacité dudit pacte.

a- L'exclusion pertinente des immeubles non immatriculés, une garantie de fiabilité du transfert de propriété

En matière immobilière, l'assiette du pacte comissoire est explicitement délimitée par sa subordination à l'hypothèque. En effet, puisque cette dernière est une sûreté immobilière qui ne grève que les immeubles immatriculés⁶⁷, *ipso facto* son accessoire aussi emprunte ce régime. Implicitement, sont alors exclues de l'assiette du pacte comissoire les terres non immatriculées. Ainsi, le créancier qui fait l'option de l'attribution extrajudiciaire est-il certain d'échapper aux incidents de procédure relatifs au titre de propriété. En outre, cette exclusion garantit aux

⁶⁷ Article 192 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.



créanciers attributaires une jouissance paisible de l'immeuble et une mutation rapide. De même, contrairement à la saisie des immeubles non immatriculés⁶⁸, le pacte comissoire assure à son bénéficiaire le recouvrement de sa créance sans faire face aux contraintes judiciaires d'expropriation ou à celles relatives à la procédure d'immatriculation⁶⁹.

Il est donc une garantie consacrée et encadrée dans l'intérêt supérieur du créancier. Aussi, sa dépendance à la convention d'hypothèque fait-elle miroiter une procédure de recouvrement fiable du fait qu'en matière immobilière, elle impose dans certains Etats membres de l'OHADA l'intervention du notaire.

b- L'intervention rassurante du notaire dans la constitution du pacte comissoire.

En matière immobilière, la subordination du pacte comissoire à la convention d'hypothèque permet d'établir que l'écrit est une condition de formation du pacte comissoire. Mieux, de cette subordination, il peut être déduit que le pacte comissoire est nécessairement rédigé par-devant notaire dans les Etats membres de l'OHADA où l'hypothèque est obligatoirement consentie par acte notarié. Cela renforce la fiabilité du pacte et contribue à sa réalisation efficiente ; puisque le créancier qui détient ainsi une garantie dont les stipulations sont contenues dans un acte authentique est exempté de procédures judiciaires préalables à la jouissance de ses droits⁷⁰. Mieux, lorsqu'en la matière le droit au recouvrement du créancier est menacé par l'insolvabilité

⁶⁸ La saisie des immeubles non immatriculés est autorisée par les dispositions de l'article 253 de l'Acte uniforme portant Procédures simplifiées de Recouvrement et des Voies d'exécution (AUPSRVE)

⁶⁹ Les contraintes de la procédure d'immatriculation et celles relatives à la procédure judiciaire d'expropriation sont celles décrites par, Pamela KOLEGBE DAVAKAN in « La problématique de la saisie des immeubles non immatriculés en droit OHADA », paru dans Bulletin Ersuma de Pratique Professionnelle (BEPP), numéro 43, rubrique Pratique Professionnelle, page 10.

⁷⁰ Un créancier qui a, à son actif une garantie dont les stipulations sont contenues dans un acte authentique est, en cas de non-paiement à l'échéance, exempté de se référer au juge pour obtenir un titre exécutoire ou une autorisation préalable à une mesure d'exécution forcée.



du débiteur et des difficultés dans la réalisation du pacte comissoire, le créancier a l'assurance de pouvoir s'en référer au notaire aux fins de délivrance de la grosse pour une éventuelle exécution forcée. Même en matière mobilière où l'intervention du notaire est facultative lors de la constitution du gage et du nantissement et donc du pacte comissoire, le créancier peut dans son intérêt faire le dépôt de l'acte de garantie contenant la clause comissoire au rang des minutes de notaire. Ce dépôt aura pour effet de rendre authentique l'acte de garantie déposé et donc de permettre au créancier désireux de procéder à une mesure d'exécution forcée d'obtenir du notaire une grosse.

Par ailleurs, en raison du devoir de conseil du professionnel qu'est le notaire, son intervention rassure le créancier que son débiteur a connaissance de la portée et des conséquences du pacte comissoire et ne doit donc pas s'opposer à son effectivité. De même, la possibilité offerte à cet officier public d'arbitrer le choix de l'expert afin d'assurer que les conditions de son intervention ne soient manifestement contraires à l'exigence d'impartialité⁷¹, limite les connivences éventuelles entre l'expert et l'une des parties.

Si les éléments concourant à l'efficacité du pacte comissoire peuvent ainsi être aperçus dans son caractère accessoire à la convention d'hypothèque, comment se dégagent-ils des autres exigences impératives encadrant la constitution du pacte ?

2- L'établissement de l'efficacité du pacte comissoire à travers les autres conditions de sa constitution

Outre la subordination du pacte à la sûreté principale, pour être valablement constitué il faut que le constituant soit immatriculé au RCCM **(a)** et, s'il est consenti sur un immeuble, ce dernier ne doit pas servir à habitation **(b)**. Ces deux conditions sont des exigences impératives qui contribuent à l'efficacité de la clause comissoire. La première est un filtre de nature à garantir au

⁷¹ Alain FÉNÉON, « Le pacte comissoire : Une innovation importante du nouvel Acte uniforme sur les sûretés », op.cit.



mieux la solvabilité du constituant et surtout l'effectivité de sa réalisation. Tandis que la seconde est un moyen de contribuer à une réalisation efficiente de ladite clause.

a- La nécessité de l'immatriculation du constituant au Registre de Commerce et de Crédit Mobilier (RCCM)

L'exigence tenant à la nature professionnelle du débiteur exprime le besoin de veiller au désintéressement du créancier. Car, s'il est plus aisé pour une personne physique d'organiser son insolvabilité, pour une personne morale cela demeure plus contraignant notamment avec l'obligation pour celle-ci de tenir la comptabilité nationale et de se soumettre aux exigences des procédures préventives. Mieux, le débiteur professionnel dans la plupart des cas, contractera des dettes professionnelles pour des projets qualitatifs dont les perspectives économiques sont bonnes pour les investisseurs notamment les banques.

Sauf les cas de faillite orchestrée, et circonstances naturellement défavorables, les débiteurs professionnels détiennent plusieurs moyens de remédier à leur insolvabilité. Ils sont par ailleurs plus identifiables grâce à leur inscription au RCCM ; ils ont un siège social connu où se déroulent leurs activités et où se trouve le centre principal de leurs intérêts. Il est plus facile à une personne physique de disparaître qu'à une personne morale. Or, la mise en œuvre du pacte comissoire nécessite la présence et la coopération du débiteur. Ainsi, l'immatriculation comme condition d'éligibilité du débiteur est surtout pour le créancier un gage de l'effectivité de la réalisation du pacte comissoire.

L'obligation faite au constituant d'être immatriculé au RCCM corrobore donc l'efficacité recherchée de la clause conventionnelle d'attribution, à l'instar de l'exigence sur la destination de l'immeuble.



b- L'exclusion des immeubles à usage d'habitation

L'usage d'habitation est un obstacle à l'attribution conventionnelle de l'immeuble⁷² et cela n'est pas sans lien avec la protection des intérêts conjoints des parties. Pour ce qui est du débiteur, cette disposition⁷³ lui est profitable, car elle protège son droit au logement et par conséquent sa famille. Le législateur OHADA a éliminé le risque d'arracher au débiteur son toit et de le basculer ainsi dans une situation de précarité. En ce qui concerne le créancier, cette proscription vient compléter la longue liste des différents égards qui lui sont voués par le législateur communautaire. Il est évident qu'il importe à ce législateur, la satisfaction du créancier attributaire. Alors, en excluant les immeubles à usage d'habitation, sans préciser la qualité de l'occupant concerné, le législateur entend certainement d'une part interdire le pacte sur tout type d'immeuble de cette nature y compris ceux qui seront à usage mixte et d'autre part garantir au créancier la jouissance de l'immeuble.

En conséquence, la réalisation du pacte comissoire ne devrait souffrir d'aucune déconvenue pour le créancier.

B- L'efficacité par la mise en œuvre du pacte comissoire

La mise en œuvre du pacte comissoire renseigne sur le caractère pragmatique de ce dernier grâce au transfert de propriété **(a)** qu'elle implique et aux multiples avantages qui découlent de son exercice **(b)**.

⁷² Basile Le Grand MEVA ABOMO, « *L'efficacité du pacte comissoire en droit des sûretés OHADA* », consulté sur <http://www.imjst.org/wp-content/uploads/2020/07/IMJSTP29120278.pdf>, le 24 mai 2022 à 15h 03'.

⁷³ Article 199 alinéa 1 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés.



1- L'efficacité par la procédure du transfert de propriété

Le principal mérite du pacte comissoire réside en ce qu'il soustrait à la compétence judiciaire l'attribution d'un bien objet de sûreté **(b)** après les dires d'expert sur la valeur du bien **(a)**.

a- L'estimation de la valeur du bien par l'expert, gage de proportionnalité

Sauf les cas possibles de connivences entre débiteur et expert où une estimation déloyale du prix par l'expert pourrait être de nature à compromettre les intérêts du créancier, une évaluation correcte du bien est nécessairement positive pour le créancier. Elle permet contrairement à la vente aux enchères publiques dans les mesures d'exécution forcée, une détermination objective de la valeur du bien et donc une équivalence entre la créance et le bien. Aussi, lorsque le prix fixé est inférieur au prix marchand, le créancier en plus de voir sa dette éteinte peut, revendre le bien et se faire bénéfice. En outre, puisque l'expertise prend en compte la qualité du bien pour déterminer le prix, cela éclaire le choix du créancier qui détient encore à cette étape le droit de se référer aux modes judiciaires de recouvrement.

L'expert par son intervention conforte davantage le créancier sur l'opportunité de l'attribution extrajudiciaire du bien. Ce mode de réalisation de la garantie qui offre par ailleurs au créancier l'assurance de la célérité de la procédure.

b- L'attribution extrajudiciaire, gage de célérité

La mise en œuvre du pacte comissoire entraîne la réalisation conventionnelle de la garantie. Contrairement à la vente forcée et à l'attribution judiciaire qui imposent aux créanciers tant d'aléas et contraintes judiciaires, l'exécution du pacte comissoire est de nature privée et repose sur la liberté contractuelle. Ainsi, le créancier se voit attribuer un bien sans se soumettre aux exigences de titre exécutoire. En outre, il ne craint dans cette procédure ni la lenteur des juridictions ou la lourdeur des formalités administratives, ni le coût de la procédure qui est entièrement ici à la charge du constituant, encore moins les nombreux délais de procédure susceptibles de le déchoir de ses droits de poursuite. Le pacte comissoire répond donc au besoin



de célérité des investisseurs économiques. Il est une alternative conventionnelle à la réalisation judiciaire des sûretés et un palliatif aux difficultés de recouvrement des créances.

À l'instar des règles sur la formation du pacte comissoire, celles qui régissent son exercice mettent en évidence son efficacité.

2- L'efficacité dans l'exercice du pacte comissoire

Bien que l'exécution du pacte comissoire soit conventionnelle, l'atteinte du résultat paraît assurée et cela se dégage de l'obligation de résultat **(a)** qui s'y attache et du désintéressement sans concours des créanciers **(b)** qu'elle offre.

a- L'obligation de résultat susceptible d'exécution forcée

Le débiteur qui s'oblige par une clause comissoire est tenu de satisfaire à ses implications de manière à assurer par ses diligences et sa loyauté l'effectivité du transfert de propriété au créancier attributaire qui lève l'option du pacte. Cela signifie qu'une obligation de résultat pèse sur le débiteur qui consent au pacte comissoire et que le créancier peut l'y contraindre par tous moyens de droit. Cela contribue à l'efficacité du pacte. Ainsi, le pacte comissoire comparé à la saisie immobilière est-il plus attrayant et présente plus d'intérêt pour le créancier dont le droit au recouvrement semble certain. Il en est ainsi, car dans la saisie immobilière, le recouvrement de la créance ne dépend guère du débiteur⁷⁴ qui peut subtilement faire échec à cette procédure, mettant ainsi le créancier dans une situation manifestement désavantageuse. Alors que le succès de l'exécution du pacte comissoire est la responsabilité exclusive du débiteur qui se doit de coopérer et de s'abstenir de mettre en péril le droit au recouvrement du créancier sous peine de se voir imposer une mesure d'exécution forcée.

⁷⁴ La saisie immobilière étant un mode judiciaire de recouvrement forcé, son aboutissement ne dépend pas en principe de la coopération du débiteur.



L'obligation de résultat qui pèse « de fait » sur le débiteur qui consent au pacte comissoire est donc de nature à garantir l'effectivité de la réalisation du pacte comissoire à l'instar des autres avantages à recourir au pacte comissoire tel que l'exemption du concours des créanciers.

b- L'exemption du concours des créanciers

Pour le créancier gagiste ou nanti, l'attribution en paiement offre l'avantage de lui permettre d'échapper à la loi du concours avec les autres créanciers du débiteur sur la valeur du bien⁷⁵. En matière mobilière, la réalisation de la clause comissoire assure donc un recouvrement intégral et exclusif⁷⁶. La jurisprudence évoque cet avantage en soutenant que l'attribution de la chose gagée en paiement est indépendante des règles concernant l'ordre dans lequel s'exercent sur le prix les divers privilèges en cas de vente du bien nanti. La doctrine⁷⁷ enseigne que les droits de préférence des différents créanciers d'un débiteur, créanciers gagistes ou nantis ou créanciers privilégiés ne peuvent s'exercer que sur le prix de vente de la chose objet de sûreté. S'il n'y a pas de prix parce qu'il n'y a pas eu de vente publique, l'ordre entre les créanciers n'a pas lieu d'être. Donc le créancier gagiste ou nanti doit l'emporter sur tout autre.⁷⁸

Par contre, en matière immobilière, le transfert de propriété par l'exercice du pacte comissoire doit néanmoins respecter les droits existants des tiers⁷⁹. Alors, bien que l'attribution exclusive

⁷⁵ Marc MIGNOT, *Cours droit des sûretés*, collection dirigée par Bernard BEIGNIER, LMD, Montchrestien lextenso édition 2010, p503.

⁷⁶ L'exclusivité n'est pas parfaite, car subsistent des conflits entre créanciers attributaires et d'autres créanciers jouissant du droit de suite.

⁷⁷ Marc MIGNOT, *op cit*, p 504.

⁷⁸ Marc MIGNOT, *ibidem*.

⁷⁹ Marie-Elisabeth MATHIEU, « *Les nouvelles garanties de financement, aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières*, édition formation entreprise », p 206.



du bien soit possible, il s'impose au créancier de purger l'immeuble des différents droits de préemption qui y sont grevés, sauf à vouloir subir l'exercice du droit de suite des autres créanciers.

L'efficacité apparente du pacte comissoire n'est donc pas parfaite et il est nécessaire d'en étudier les limites afin de lever le voile sur ses imperfections.

II- UNE EFFICACITÉ LIMITÉE

La réforme portant consécration du pacte comissoire n'est pas parfaite. Elle se prête à des ajustements dans sa conception théorique (A) que dans sa mise en œuvre pratique (B).

A- Les limites tenant au cadre normatif

Les normes qui encadrent le pacte comissoire charrient à certains égards l'insatisfaction des créanciers. Elles consacrent un régime juridique passoire au travers duquel passent les handicaps à l'efficacité de la clause comissoire. En termes de handicap, il y a l'effectivité problématique du pacte comissoire dans certains domaines (1) d'une part et la fragilité de son opposabilité aux tiers d'autre part (2).

1- L'effectivité problématique du pacte comissoire dans certains domaines

Le pacte comissoire est une garantie dont l'efficacité fait objet de préoccupations à cause de sa puissance limitée face aux procédures collectives (a) et de son admission problématique dans le nantissement des droits de propriété intellectuelle (b).

a- La puissance limitée du pacte comissoire face aux procédures collectives

Le pacte comissoire est une garantie dont la constitution et la réalisation ne produisent pas le même effet selon que le débiteur est « *in bonis* » ou en difficulté. En effet, selon les dispositions



des articles 107 et 150 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, le pacte comissoire consenti par un débiteur « *in bonis* » est inattaquable pour cause d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. Mieux, l'ouverture d'une procédure collective n'est pas un obstacle à la réalisation d'un tel pacte dont l'effectivité dépendra de l'appréciation du juge commissaire. Dans ce sens, le pacte comissoire est un moyen de désintéressement réel et efficient.

Cependant, selon les dispositions des articles 68 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, s'il est prouvé que le pacte a été consenti pendant la période suspecte, de droit, il est inopposable à la masse des créanciers, même si la dette pour laquelle il a été consenti est antérieure à cette période. Ainsi, le pacte comissoire constitué dans ces conditions devient caduc et sa mise en œuvre impossible. C'est là hypothèse où les procédures collectives constituent un handicap à l'effectivité du pacte comissoire et limitent sa puissance.

De même, selon les dispositions des articles 68 et 75 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, afin de ne pas rompre l'égalité entre les créanciers constituant la masse, le débiteur ne doit en cours d'une procédure collective consentir à un pacte comissoire. Le pacte comissoire est donc privé d'efficacité au moment où il aurait dû être, en pratique, le plus utile⁸⁰.

Dans le cadre d'une procédure collective du débiteur, surgit donc un conflit entre les intérêts du créancier bénéficiaire du pacte comissoire et ceux des autres créanciers privilégiés de la

⁸⁰ Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, LMD, 3^e édition Sirey, p 686.



procédure. À ce conflit, le législateur communautaire apporte une solution explicite en consacrant la primauté du droit de la faillite sur le droit des sûretés par l'interdiction d'exercice du pacte commissaire au jour du jugement d'ouverture d'une procédure collective⁸¹.

L'obstacle constitué par la décision d'ouverture des procédures collectives se justifie certainement par le fait que la mise en œuvre du pacte aurait contredit plusieurs données fondamentales⁸² du droit des entreprises en difficulté. Alors, il y a intérêt à réorganiser l'AUPCAP pour concilier la recherche de la pleine efficacité du pacte commissaire avec les règles absolues de l'égalité entre créanciers de la masse et de protection du patrimoine du débiteur.

En l'état, il ressort de l'AUPC les limites du pouvoir de la clause commissaire face aux procédures collectives. De même, par un silence inadéquat l'AUS interpelle sur l'efficacité du pacte commissaire face aux droits de propriétés intellectuelles nantis.

b- L'admission problématique du pacte commissaire sur les droits de propriétés intellectuelles⁸³ nantis

Conformément à la *summa divisio* de l'article 516 du Code civil de 1958, les propriétés intellectuelles sont qualifiées de biens meubles incorporels. Considérés comme tels, elles sont donc susceptibles d'être régies par les articles 104, 156, et suivants de l'AUS et de faire en conséquence objet du pacte commissaire. Cependant, il n'est pas en réalité aisé d'affirmer que les droits de propriété intellectuelle dans leur ensemble peuvent faire objet du pacte commissaire.

⁸¹ Marie-Elisabeth MATHIEU, *op cit*, p 206.

⁸² Selon, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, Marie Noëlle JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op cit*, p686, La recherche prioritaire du redressement du débiteur, susceptible d'être compromis si le pacte portait sur un bien nécessaire à la poursuite de l'exploitation ; l'interdiction des paiements après le jugement d'ouverture, dans l'intérêt du débiteur, mais aussi au nom de l'égalité entre les créanciers est les données fondamentales susceptibles d'être contredites par la mise en œuvre du pacte commissaire.

⁸³ Les droits de propriété intellectuelle sont les droits conférés à l'individu par une création intellectuelle. Ils donnent généralement au créateur un droit exclusif sur l'utilisation de sa création pendant une certaine période



D'une part, l'hypothèse d'admission du pacte comissoire sur les droits de propriété intellectuelle ne peut être émise que si ceux-ci font objet de nantissement, puisque ledit pacte est toujours subordonné à une sûreté principale. Selon l'article 156 de l'AUS, l'assiette du nantissement est constituée par les droits de propriété intellectuelle « ...tels que les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, des dessins et modèles ». Cette énumération n'est certainement pas limitative, car elle ne rend pas compte de la liste exhaustive des droits de propriété intellectuelle produite par l'article 4 de l'Accord de Bangui⁸⁴ et cette absence de précision permet le doute sur l'admission des droits de propriété intellectuelle non énumérés dans l'assiette du nantissement.

D'autre part, dans l'hypothèse où la clause comissoire serait admise sur tout type de droit de propriété intellectuelle, il se pose du point de vue de la morale un problème en ce qui concerne les droits de propriété littéraire et artistique notamment « *le droit d'auteur et les droits voisins des artistiques interprètes* »⁸⁵. En effet, il est établi que la finalité du pacte comissoire est de rendre le créancier propriétaire des droits de propriété intellectuelle nantis or, dans la propriété littéraire l'auteur est lié à sa création⁸⁶, ce qui lui donne le droit à l'exclusivité de son exploitation. Le transfert de propriété du droit de propriété littéraire et artistique serait donc de nature à briser la relation sacrée entre l'œuvre et son auteur.

⁸⁴ Accord relatif à la création d'une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle conclu à BANGUI le 02 mars 1977 et toutes ses annexes

⁸⁵ N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Préface de Dominique Legeais, Aix-en-Provence, PUA, 2007, n°143, page 107 cité par W. Dominique KABRE, « Etude critique du nantissement des droits de propriété intellectuelle en droit OHADA », 41 pages, document disponible sur <https://www.google.com/search?q=pacte+comissoire+sur+les+droits+de+proprietie+intellectuels+nantis&oq=pacte+comissoire+sur+&aqs=chrome.0.35i39j69i57j69i61j69i60.6917j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8> (page consultée le 21 juin 2022 à 16h 54).

⁸⁶ Justifit, *Droit de la propriété littéraire et artistique : les principes fondamentaux*, consulté sur www.justifit.fr le 23 juin 2022 à 17h 46.



L'admission du pacte comissoire sur les droits de propriété intellectuelle nantis est donc une source de réflexion qui doit en pratique nécessiter l'intervention du juge communautaire pour son interprétation, afin d'éviter une pratique dangereuse de ce pacte.

2- L'opposabilité "dangereuse" du pacte comissoire aux tiers

Dès sa conclusion, le pacte comissoire s'oppose strictement aux parties⁸⁷. Pour être opposable aux tiers, il doit faire objet de publicité. Cette dernière est la formalité administrative⁸⁸ par laquelle un acte s'offre à la connaissance des tiers et leur impose ses effets. Ainsi, une publicité qui n'assure pas impérativement la diffusion de l'information aux tiers est dangereuse pour les intérêts de ceux-ci (a) et il est nécessaire d'y remédier (b).

a- Le risque de l'opposabilité par effet de surprise

Puisque le pacte comissoire est une clause insérée dans un acte de sûreté réelle soit directement soit par voie d'avenant, il ne constitue pas un acte autonome et est forcément l'accessoire de cette sûreté. Certainement pour cela, le législateur OHADA n'a pas prévu sa publicité distinctement de la sûreté à laquelle il est subordonné et la publicité de celle-ci emporte par voie de conséquence celle du pacte comissoire. On peut donc dire qu'il bénéficie en pratique d'une publicité par emprunt.

Cependant, en matière immobilière par exemple, le pacte comissoire n'apparaît pas forcément dans l'état hypothécaire et le tiers peut ne pas en avoir automatiquement connaissance bien que

⁸⁷ Principe de l'article 1134 du code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

⁸⁸ Par formalité administrative il faut entendre essentiellement, la mention ou l'inscription du pacte dans les registres et documents tenus par le service en charge de la conservation foncière dans chaque État membre de l'OHADA.



cela lui soit opposable. La publicité du pacte comissoire pourrait donc passer inaperçue malgré les graves conséquences de son opposabilité.

Afin de protéger les intérêts du tiers, et de renforcer l'efficacité du pacte comissoire, il est indispensable de trouver une solution palliative à cette réalité qui dénote d'une insuffisance normative.

b- Le concours du droit national dans l'opposabilité du pacte comissoire

L'acte uniforme n'a pas envisagé la publicité du pacte comissoire, certainement parce que cette réglementation ne relève pas de la compétence de l'OHADA⁸⁹. D'ailleurs, par une délégation de compétence au droit national de chaque État membre, l'alinéa 1^{er} de l'article 195 de l'AUS dispose : « Tout acte conventionnel ou judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit conformément aux règles de publicité édictées par l'État Partie où est situé le bien grevé et prévues à cet effet ». La publicité du pacte comissoire devrait pareillement être faite selon le droit interne de chaque État membre de l'OHADA⁹⁰.

Pour remédier à ce défaut d'encadrement préjudiciable aux intérêts des créanciers, il faudra donc envisager la solution tant sur le plan normatif que sur le plan pratique. Dans le premier cas, chaque État membre de l'OHADA devra, par des réformes, prévoir dans ses textes législatifs applicables à la publicité mobilière et foncière, les modalités de publicité du pacte comissoire. Ainsi, peut-il être disposé que, le pacte comissoire soit mentionné en caractère très apparent dans le bordereau servant à la publicité de la sûreté principale dont il est l'accessoire et que, s'il est conclu postérieurement à la conclusion de celle-ci, le créancier soit tenu de procéder à une inscription modificative aux mêmes fins. Cette mention aura pour intérêt de garantir

⁸⁹ Basile le Grand MEVA ABOMO, « l'efficacité du pacte comissoire en droit des sûretés OHADA », op cit, p 1315.

⁹⁰ Basile le Grand MEVA ABOMO, idem.



l'information aux tiers sur l'existence du pacte commissaire et son caractère très apparent aura pour effet d'attirer l'attention du tiers qui consulte l'affiche de publicité.

Par ailleurs, dans le second cas, les Agences Nationales du Domaine et du Foncier peuvent adopter une politique de sensibilisation qui amènerait les tiers à solliciter auprès de la Conservation des hypothèques des extraits ou des copies des actes publiés pour vérifier l'existence ou non d'un pacte commissaire. Cette prudence qui leur serait ainsi inculquée limitera les déconvenues susceptibles d'être produites en pratique.

B- les limites tenant à la mise en œuvre pratique

En pratique l'efficacité du pacte commissaire se trouve surtout éprouvée face à une dévolution successorale du bien (a) et face à un débiteur de mauvaise foi (b).

1- L'épreuve de la dévolution successorale

La dévolution successorale rend difficile la mise en œuvre du pacte commissaire. Cette difficulté est observée lorsqu'il s'agit pour le créancier de faire souscrire tous les indivisaires à la conclusion du pacte commissaire (a). Il en est de même lorsqu'il s'agit pour lui de contraindre l'héritier de son débiteur à collaborer au succès de la réalisation dudit pacte (b).

a- Le défaut d'immatriculation au RCCM d'un indivisaire hypothécaire

Selon l'alinéa 2 de l'article 194 de l'AUS, « L'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet quel que soit le résultat du partage, si elle a été consentie par tous les indivisaires, dans le cas contraire elle ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti de l'immeuble indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation ». Alors, l'efficacité de l'hypothèque consentie sur immeuble indivis réside dans l'unanimité du consentement des indivisaires. Cependant, dans la



convention d'une telle hypothèque, il serait difficile de prévoir une clause commissaire en raison de l'obligation faite au débiteur d'être préalablement immatriculé au RCCM. Cette difficulté sera effective si au moins un des indivisaires ne s'est pas immatriculé au RCCM. En effet, l'immatriculation requise est personnelle et constitue une condition de validité de la clause commissaire.

Le législateur communautaire ne s'est pas prononcé sur la question. Certes, son silence cumulé à la lecture des articles 194 et 199 de l'AUS peut être interprété comme une inadmission du pacte commissaire dans une convention d'hypothèque consentie par tous les indivisaires. On peut néanmoins envisager quelques éventualités susceptibles de constituer des perspectives pour l'AUS. Ainsi, la solution peut-elle constituer en ce que les indivisaires par procès-verbal de réunion de famille signé de tous, désignent un administrateur de bien qui, à lui seul, sera soumis à l'exigence d'immatriculation préalable.

Dans ce contexte, seul l'administrateur de bien signera la clause commissaire et sa signature sera opposable même lors du partage successoral.

b- L'opposabilité du pacte commissaire au partage successoral

Par sa publicité, le pacte commissaire s'oppose au tiers et donc aux héritiers du *de cujus* ayant consenti un tel pacte sur un des biens successoraux. Mieux, le droit de suite qui résulte du gage et de l'hypothèque rend opposables ces sûretés aux héritiers même après partage.

Cependant, puisque par le partage, le bien objet de la clause commissaire change de propriétaire, et que ces nouveaux propriétaires peuvent méconnaître l'existence du pacte ou ne pas désirer sa mise en œuvre, il peut se poser en pratique des difficultés liées à son effectivité. Celles-ci se justifient par l'absence d'obligation morale de résultat qui pèse sur les nouveaux maîtres du bien. Ceux-ci peuvent ne pas collaborer à la réalisation du pacte. Alors, face à une dévolution successorale, il serait donc prudent pour le créancier de recourir à l'un des modes d'exécution judiciaire de sa garantie, afin de ne pas s'exposer à la caducité provoquée du pacte commissaire par mauvaise foi du débiteur.



2- La caducité provoquée du pacte comissoire par la mauvaise foi du débiteur

La mauvaise foi du débiteur est le réel obstacle imprévisible et non encadré qui handicape en pratique l'exécution du pacte comissoire. En matière immobilière elle est moins subtile et se remarque lorsque l'immeuble devient après conclusion du pacte un lieu d'habitation **(a)** ou quand le débiteur en dispose d'une manière désavantageuse pour le créancier **(b)**.

a- Le changement de destination de l'immeuble

Selon l'article 199 de l'AUS, le pacte comissoire est possible, « à condition que l'immeuble ne soit pas à usage d'habitation. Cette condition qui fait obstacle à l'attribution conventionnelle de l'immeuble est comme une échappatoire pour le débiteur. Celui-ci peut s'arranger en amont à donner à l'immeuble un usage professionnel dans le but de vicier le consentement de son créancier au pacte comissoire et, en aval, orchestré l'habitation de l'immeuble afin de rendre caduc le pacte comissoire.

Le législateur OHADA aurait dû préciser les conséquences à déduire selon que l'immeuble sert avant ou après conclusion de la clause comissoire à un usage d'habitation. En outre, il aurait dû donner des précisions sur la nature de l'habitation qui constitue un obstacle au pacte comissoire. Car, sans servir d'habitation principale ou secondaire au débiteur, l'immeuble peut faire objet de bail à usage d'habitation domestique. Cette absence de détail du législateur, pourrait nourrir des conflits entre débiteur et créancier. Un conflit basé sur l'interprétation de l'article 199 de l'AUS dont seul le juge peut donner solution.

Le pacte comissoire présente donc des failles intrinsèques à sa consécration qui rendent malaisée sa réalisation, comme on le constate en cours de procédure où l'immeuble demeure disponible malgré le choix officiel du créancier de recourir à l'exécution de la clause comissoire.



b- La disponibilité de l'immeuble en cours de procédure, un risque pour le recouvrement

Dans une saisie immobilière, la signification du commandement aux fins de saisie rend l'immeuble indisponible et restreint en conséquence les droits de jouissance et d'administration de son propriétaire. Une indisponibilité qui fait obstacle à toute aliénation du bien par le débiteur saisi et préserve le créancier des risques d'insolvabilité organisée et de dégradation volontaire et malhonnête du bien. Or, la mise en demeure de payer dans laquelle est précisée l'intention du créancier de recourir au pacte comissoire subordonné à la convention d'hypothèque en matière immobilière n'emporte pas l'indisponibilité de l'immeuble. Cela signifie que le créancier dans une telle procédure est exposé à tous les risques dont protège l'indisponibilité du bien. Si l'option de recourir à la réalisation du pacte comissoire était exclusive de la possibilité de recourir en aval aux autres modes d'exécution forcée, le créancier pourrait banalement perdre sa garantie par la vente de l'immeuble ou sa détérioration volontaire faite par le débiteur. Cette réalité met davantage en évidence les limites du pacte comissoire. Limites susceptibles constamment d'être suppléées par le recours aux autres modes d'exécution forcée.

Conclusion

Malgré ses exploits qui fondent l'espoir sur son efficacité, le pacte comissoire analysé fait l'objet de plusieurs imperfections. Bien que celles-ci ne lui ôtent pas sa qualité de garantie, elles déteignent sur son efficacité et l'on en vient à douter de cette dernière. En théorie, l'ossature du pacte comissoire fait d'elle un mirage d'efficacité qui, en pratique, se dissipe au plus grand regret du créancier. Il constitue donc une garantie dont l'efficacité pour celui-ci est subordonnée à des réformes ultérieures de son cadre normatif. Son mérite est le gain de temps qu'il offre au créancier grâce à l'exclusion qu'il fait de l'intervention du juge, qu'il confine dans le rôle d'arbitre des incidents éventuels. En outre, il présente l'avantage pour le créancier en matière mobilière, de permettre une attribution de bien sans titre exécutoire. Pourtant, en



l'état, il ne semble pas mieux valoir qu'une attribution judiciaire et y faire recours, c'est s'exposer au pire à d'éventuelles déconvenues et au mieux à ne devenir propriétaire d'un bien d'aucune utilité pour soi. Or, selon Montesquieu, les normes juridiques pour être efficace doivent d'abord être utiles, tant il est vrai que les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires⁹¹. Alors, la recherche de l'utilité du pacte commissaire ne devrait-elle pas être préalable à celle de son efficacité ?

⁹¹ MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, livre XXIX, chapitre XVI « Chose à observer dans la composition des lois » cité par Kouakou Stéphane BOHOUSSOU in « Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA, proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles », p 7.



Publié dans la Revue du droit des Affaires en Afrique (RDAA), Avril 2023.

**LE PACTE COMMISSOIRE,
GARANTIE EFFICACE DU CREANCIER**



Par

Tchiri-Issar Romaric Joël BATANATA,

Juriste -Direction du cadastre (Togo)



Note biographique de l'auteur

Tchiri-Issar Romaric Joël BATANATA est juriste, titulaire du master intitulé « Justice et droit du procès » à l'université de Kara. Il est employé à la Direction du Cadastre de la Conservation Foncière et de l'Enregistrement de l'Office Togolais des Recettes. Il s'intéresse également à la protection des données personnelles, à la fiscalité et au droit foncier.

**Tchiri-Issar Romaric
Joël BATANATA**



Résumé

La constatation de la lourdeur dans la réalisation des sûretés a motivé le législateur OHADA à simplifier les modalités de réalisation des sûretés réelles, en introduisant des mécanismes de réalisation extrajudiciaires. C'est dans cette perspective que le pacte comissoire permet au créancier de devenir propriétaire de l'objet de la sûreté, à l'échéance en cas de non-paiement, sans l'intervention du juge. La clause du pacte comissoire devant intervenir dans une convention relative à une sûreté réelle, les conditions de sa validité ainsi que celles de son opposabilité doivent être respectées pour assurer l'efficacité de sa mise en œuvre. Des points d'ombre subsistent, en raison du manque de clarté des dispositions de l'Acte uniforme sur les sûretés, relativement à la défaillance du débiteur, au transfert de propriété ou à l'expertise des biens objet de garantie. D'autres difficultés concernent également les cas où plusieurs créanciers viennent en concurrence sur un même bien ou le cas de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur. Il revient aux parties de faire preuve de prudence dans l'élaboration du contenu du pacte comissoire.

Abstract

The observation of the heaviness in the realization of the securities motivated the OHADA legislator to simplify the methods of realization of the real securities, by introducing extrajudicial realization mechanisms. It is in this perspective that the commissary pact allows the creditor to become the owner of the object of the security, at maturity in the event of non-payment, without the intervention of the judge. As the clause of the commissary pact must be included in an agreement relating to a security interest, the conditions of its validity as well as those of its opposability must be respected to ensure the effectiveness of its implementation. Gray areas remain, due to the lack of clarity of the provisions of the Uniform Act on securities, relating to the default of the debtor, the transfer of ownership or the expertise of the property covered by



the guarantee. Other difficulties also concern cases where several creditors compete for the same property or the case of the opening of collective proceedings against the debtor. It is up to the parties to exercise caution in drawing up the content of the commissioner's agreement.

Référence pour citer l'article :

RDAA, Avril 2023, Le pacte comissoire, garantie efficace du créancier, Tchiri-Issar Romaric Joël BATANATA, <http://www.institut-idef.org>



Introduction

« *Il n'est pas de pacte loyal entre les hommes et les lions* »⁹². Il est permis de se demander si cette citation n'est pas une illustration de ce qui doit ou ne doit pas être fait dans les relations entre le débiteur et le créancier, lorsqu'ils sont liés par un pacte comissoire. Constituant une alternative à la saisie immobilière, l'attribution conventionnelle s'analyse comme une voie de justice simplifiée qui place le créancier par principe en position de force. Il en résulte un conflit d'intérêts complexe « *entre les intérêts financiers du débiteur et ceux du créancier, voire les intérêts concurrents des créanciers d'un même débiteur* »⁹³. Il n'est donc pas hors de propos de se demander si le pacte comissoire constitue finalement une garantie efficace du créancier.

Le mot “pacte” vient du latin *pactum* et désigne un accord solennel conclu entre deux ou plusieurs personnes. Selon le vocabulaire juridique du doyen Gérard CORNU, “comissoire” renvoie à la fois à un « *terme employé, en matière de sûreté, pour caractériser un pacte de rigueur, le pacte comissoire, ou, en matière contractuelle (au moins pour la vente) comme synonyme de clause résolutoire* »⁹⁴. Seul sera retenu ici le premier sens, pour considérer alors le pacte comissoire comme le « *nom traditionnel donné, en matière de sûreté, à la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé (sans avoir à le demander en justice), sanction de rigueur qui peut aujourd'hui être convenue lors de la constitution du gage ou postérieurement (C. civ., a. 2348 ;*

⁹² Homère, L'illade, XXII, 262 (traduction P. Mazon).

⁹³ C. YUEGO, « la réalisation de l'hypothèque en droit OHADA : Etude de l'AUS à la lumière du droit français », *Revue de l'ERSUMA*, n° 3, septembre 2013, n° 4, p 157.

⁹⁴ Voir G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association CAPITANT, Paris, PUF, 12^e éd. 2017, p.205.



C. com., a. L. 521-3) ou dans la convention d'hypothèque (sauf si l'immeuble grevé est la résidence principale du débiteur, C. civ., a. 2459) »⁹⁵.

La “garantie” fait référence, dans un sens large, à « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire (...)* »⁹⁶. L'adjectif “efficace” qualifie ce qui produit l'effet qu'on en attend, alors que le créancier est le titulaire d'une créance, la personne à qui de l'argent est dû.

Dans cette logique, appréhender le pacte comissoire comme une garantie efficace du créancier revient à considérer ledit pacte comme un mécanisme qui prémunit le créancier, de manière certaine, contre le risque de non-remboursement⁹⁷.

L'Acte uniforme sur les sûretés (AUS), inspiré du droit français et entré en vigueur dans les Etats de l'espace OHADA⁹⁸, le 11 avril 1997, avait au fil des années d'application, révélé ses limites. Dans la perspective de remédier aux différentes lacunes avérées dudit Acte, de répondre pleinement aux objectifs d'un environnement juridique sécurisé et d'un marché de l'espace communautaire attractif aux investisseurs, le nouvel Acte uniforme sur les sûretés du 15 mai 2011 a apporté des innovations majeures, dont l'une d'elles est le pacte comissoire.

Jusqu'en 2011, la saisie immobilière était le seul mode de réalisation de l'hypothèque prévu par l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies

⁹⁵ *Ibid.*, p. 729.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 486.

⁹⁷ Dans l'hypothèse de l'insolvabilité ou de la mauvaise foi du débiteur.

⁹⁸ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a été créée par le traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 et révisé le 17 octobre 2008 au Québec.



d'Exécution (AUPSRVE) en ses articles 246 à 334. Ce texte pose également, par une disposition d'ordre public, le principe de l'interdiction de la clause de voie parée⁹⁹.

En France, jusqu'à la réforme du 23 mars 2006¹⁰⁰, la loi¹⁰¹ interdisait que le contrat de gage comporte un pacte comissoire. Le pacte, alors qu'il était interdit par l'article 2078 du Code civil à l'égard du gage, n'a jamais été prohibé en matière hypothécaire. Depuis la réforme du 23 mars 2006, il est largement admis¹⁰².

La procédure de la saisie immobilière a été jugée trop longue, coûteuse, « *inefficace et pénalisante pour le crédit* »¹⁰³. Son caractère d'ordre public s'opposait à toute convention contraire. Néanmoins, la réforme des sûretés¹⁰⁴ permet désormais une dérogation en admettant l'attribution judiciaire de l'immeuble en paiement et le pacte comissoire. Le pacte comissoire a un caractère accessoire et prend en compte dans son champ d'application, aussi bien les meubles que les immeubles.

Le législateur OHADA, à travers la consécration du pacte comissoire, poursuit les objectifs de déjudiciarisation et de rapidité dans la réalisation des sûretés, par un assouplissement des modalités de constitution ou de réalisation desdites sûretés. Cela suggère une problématique formulée dans les termes suivants : le pacte comissoire constitue-t-il une garantie efficace pour le créancier au regard de ses conditions de constitution et de réalisation ?

⁹⁹ Article 246 de l'AUPSRVE.

¹⁰⁰ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

¹⁰¹ C. civ., anc. art. 2078, al. 2 ; C. com., anc. art. L. 521-3, al. 4.

¹⁰² Articles 2348 et 2459 du Code civil.

¹⁰³ C. YUEGO, *op. cit.*, n° 2, p. 156.

¹⁰⁴ Voir les articles 198 et 199 de l'AUS.



L'intérêt d'une réflexion sur le pacte comissoire est double. D'un point de vue théorique, l'étude a un intérêt pédagogique et permet de comprendre les implications de la consécration du pacte comissoire dans les relations entre créancier et débiteur. Dans un sens plus pratique, l'intérêt d'une étude sur le sujet réside dans la finalité et dans l'impact que cette stipulation contractuelle peut avoir sur l'efficacité du recouvrement de la créance garantie, étant entendu que l'objectif premier du créancier c'est de recouvrer sa créance.

Selon un auteur¹⁰⁵, une bonne sûreté est celle qui est simple dans sa création et efficace dans son exécution. Une analyse combinée des dispositions légales qui régissent le pacte comissoire et des difficultés susceptibles de survenir au cours de sa réalisation montre que si les modalités de sa constitution s'avèrent simples par principe(I), il apparaît que les vicissitudes de sa mise en œuvre minent son efficacité (II).

I- LA SOUPLESSE DES MODALITES DE CONSTITUTION

La technique du pacte comissoire simplifie largement la procédure d'exécution en termes de coût et de temps. Le pacte a un caractère conventionnel¹⁰⁶. Il n'est pas une sûreté mais un mode de réalisation des sûretés. Il est arrimé à un contrat principal dont il prévoit le dénouement conventionnel. La loi est peu contraignante quant aux conditions qui président à la conclusion du pacte comissoire. Ce dernier a un large domaine d'application, par la possibilité que le législateur OHADA a donné de le contracter à titre accessoire à une sûreté consentie aussi bien sur les meubles que sur les immeubles. Sa validité est donc soumise au respect des conditions

¹⁰⁵ F. ANOUKAHA, *Droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, 1998, n° 12, p 9.

¹⁰⁶ Il découle en effet de l'article 104 alinéa 3 de l'Acte uniforme sur les sûretés que « (...) les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement... » ou de l'article 199 alinéa 1 qu'« (...) il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué ».



de fond (A) mais la protection du constituant et des tiers justifie des limites ou des tempéraments qui se traduisent par le respect des conditions de forme (B) qui sont relativement peu contraignantes.

A- Les conditions de fond

Contrairement à l'hypothèque conventionnelle traditionnelle qui peut être contractée par tout débiteur et quelle que soit la destination de l'immeuble mis en garantie, la validité de l'hypothèque conventionnelle assortie d'une stipulation de pacte comissoire est soumise au respect des conditions restrictives prévues par la loi. Il s'agit d'une part des conditions relatives aux parties (1) et d'autre part des conditions relatives au bien grevé (2).

1- Les conditions relatives aux parties

En matière de gage, le législateur OHADA admet le pacte comissoire, en distinguant selon le caractère déterminé ou non de la valeur du bien gagé. Il ressort ainsi de l'article 104, alinéa 3 que, « *si le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement. Il en va de même pour les autres meubles corporels lorsque le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel...* ».

Il s'en induit que les parties peuvent convenir d'un pacte comissoire dans deux cas : si le bien est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, il peut librement être gagé ; si par contre, il s'agit d'un meuble corporel dont la valeur n'est plus incontestablement déterminée ou déterminable, le bien ne peut être gagé que par un débiteur professionnel. Par cette disposition, le législateur communautaire vise à protéger le débiteur non professionnel, lorsque l'évaluation du bien gagé n'est pas incontestable. En effet, le créancier gagiste pourrait imposer l'attribution conventionnelle au constituant à un moment où celui-ci



serait sous l'emprise d'un besoin d'argent, moyennant une estimation inférieure à la valeur de la chose.

Le débiteur professionnel, tel qu'il résulte de l'article 3 de l'Acte uniforme sur les sûretés, désigne « (...) *tout débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale* ».

En matière immobilière, il ressort des dispositions de l'article 199 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, qu'« *à condition que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ...il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué* ».

Conformément à cette disposition, le pacte comissoire n'est envisageable que si le constituant est une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. La souscription du pacte n'est donc réservée qu'aux seules personnes immatriculées. La règle ainsi posée est d'ordre public. Elle n'est pas aménagée dans le seul intérêt des parties, de sorte qu'elles ne peuvent pas y renoncer, ni y déroger par des conventions particulières. Ainsi, la violation de cette condition rendrait illicite la convention stipulant le pacte comissoire.

Toutefois, il convient de constater que si l'attribution conventionnelle est interdite au constituant non inscrit, la saisie immobilière ainsi que l'attribution judiciaire de l'immeuble, au créancier hypothécaire, restent réalisables¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Tribunal de Commerce de Lomé, jugement N°0119/2020 du 25 février 2020, affaire Monsieur BOUKARI Arimiyao (Me BOKODJIN) C/ Monsieur HIMA Yacouba.



Les conditions prescrites par la loi ne sont pas relatives uniquement qu'aux parties, mais elles concernent également le bien grevé.

2- Les conditions relatives au bien grevé

Seules les sûretés réelles conventionnelles telles que le gage, le nantissement ou l'hypothèque sont concernées par la stipulation du pacte comissoire. La possibilité de contracter un pacte comissoire à titre accessoire à une sûreté peut s'appliquer à un bien mobilier (a), mais aussi à un bien immobilier (b).

a) - Les sûretés mobilières

Le nouvel acte redéfinit les sûretés mobilières en les classant en fonction de la nature de leur assiette, et subsidiairement, de l'existence ou non d'une dépossession. Ainsi le "gage" désigne les sûretés portant sur les meubles corporels et le "nantissement" renvoie aux sûretés reposant sur les biens incorporels.

S'agissant du gage, l'article 104, alinéa 3 en consacre le dénouement par l'attribution conventionnelle, en distinguant selon que la valeur du bien, objet du gage, a ou non un caractère déterminé, c'est-à-dire connu, ou déterminable, c'est-à-dire calculable.

Contrairement à son homologue français qui distingue entre le gage civil et le gage commercial, le législateur OHADA fixe les critères de distinction sur le caractère déterminé ou non de la valeur du bien gagé. Ainsi, les parties peuvent librement convenir d'un pacte comissoire lorsque le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation



officielle. Par contre, le bien gagé qui est un meuble corporel dont la valeur n'est pas, incontestablement déterminé ou déterminable, ne peut alors faire l'objet d'un pacte comissoire que si le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel.

S'agissant des meubles incorporels, les biens pouvant notamment faire l'objet d'un nantissement sont les suivants : les créances et les comptes bancaires, les droits d'associés et valeurs mobilières, les comptes de titres financiers, les droits de propriété intellectuelle, le fonds de commerce et privilège du vendeur de fonds de commerce¹⁰⁸. Le pacte comissoire peut être stipulé à l'occasion du nantissement de la plupart de ces biens.

Conformément à l'article 136 de l'Acte uniforme, les règles régissant le nantissement de créances s'appliquent également au nantissement de compte bancaire.

Aussi, il ressort des dispositions des articles 144 et 161 de l'Acte uniforme, que le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières, d'une part, ainsi que celui des droits de propriété intellectuelle d'autre part, confèrent un droit de réalisation conformément aux dispositions des articles 104 et 105.

Il s'infère de ces différentes dispositions que les parties peuvent convenir d'un pacte comissoire à l'occasion de la constitution d'une sûreté sur ces différents biens.

Par contre le législateur a exclu la possibilité de stipuler un pacte comissoire dans le cas d'un nantissement de fonds de commerce. Il est en effet prévu à l'article 178 de l'Acte uniforme que « les créanciers inscrits bénéficient (...) d'un droit de réalisation qu'ils exercent conformément aux dispositions de l'article 104, alinéa 1, du présent acte uniforme... ».

La conclusion d'un pacte comissoire dans le cas des immeubles est également soumise à certaines conditions.

¹⁰⁸ Article 126 de l'Acte uniforme sur les sûretés (AUS).



b) - Les sûretés immobilières

La deuxième condition posée par l'article 199 alinéa 1 de l'Acte uniforme voudrait « *que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation* ». L'utilisation d'un logement à des fins d'habitation fait obstacle à l'attribution conventionnelle de l'immeuble. Cette condition est pour le moins équivoque, dans la mesure où elle peut être source de diverses interprétations, ne permettant pas de saisir précisément l'esprit du législateur.

Il s'agit en clair d'une mesure protectrice du constituant, qui permet d'exclure du champ de la stipulation du pacte comissoire, les immeubles à usage d'habitation. L'ambiguïté réside dans le fait de savoir si "l'usage à des fins d'habitation" dont il s'agit ici concerne exclusivement le constituant, ou s'il s'applique également à tout autre occupant. Autrement, la mesure de protection vise-t-elle uniquement la résidence principale du débiteur, ou est-ce qu'elle prend également en compte le local mis en bail à usage d'habitation par exemple ? La doctrine est divisée sur la question.

Selon un auteur¹⁰⁹, on doit en déduire que l'immeuble visé est celui de la résidence principale du débiteur ou du tiers constituant, de sorte que les autres immeubles leur appartenant, quel que soit l'usage auquel ils sont destinés, doivent pouvoir faire l'objet de la stipulation. Même si cette interprétation n'est pas dénuée de sens, le législateur aurait pu reprendre la formule de l'article 198 en visant expressément la résidence principale du constituant dans l'article 199, dans un souci de clarté et de précision.

¹⁰⁹ A. FÉNEON « Le pacte comissoire : une innovation importante du nouvel Acte uniforme sur les sûretés », [OHADA.com](https://www.ohada.com) - D-12-82 : Alain FENEON, p 10.



Une seconde thèse¹¹⁰, se fondant sur l'adage « *ubilex non distinguit* », défend que l'interdiction par le législateur de l'attribution conventionnelle de l'immeuble à usage d'habitation concerne tant le local habité par le constituant que celui occupé par les tiers du chef du constituant. Donc, seule importerait ici la destination de l'immeuble. Cette seconde conception est plus plausible et commande qu'on ne distingue pas là où la loi n'a pas fait de distinction. Il conviendra donc de considérer que tous les immeubles à usage d'habitation sont exclus du champ d'application du pacte. Le créancier doit s'assurer que l'immeuble n'est pas à usage d'habitation et il peut prévoir dans la clause que le changement de destination de l'immeuble après la conclusion du pacte ne lui est pas opposable.

Les parties devront en plus veiller à respecter les conditions de forme qui s'imposent à elles.

B- Les conditions de forme

Les conditions de forme sont relatives à l'exigence d'un écrit (1) et à l'exigence de publicité (2).

1- L'exigence d'un écrit

Le pacte comissoire n'est pas une nouvelle sûreté consacrée par le législateur OHADA ; sa stipulation est liée aux modalités de réalisation de la sûreté dont il est l'accessoire. Conformément aux dispositions du Code civil français¹¹¹, la stipulation du pacte comissoire peut inter-

¹¹⁰ C. YOUNGO, *op. cit.*, n° 11, p. 160.

¹¹¹ Article 2348 al. 1 du Code civil.



venir au moment de la constitution de la garantie ou postérieurement. La position de la jurisprudence française¹¹² est que la clause stipulant le pacte est valable, même si elle intervient postérieurement à la constitution de la garantie à titre d'avenant. Une lecture littérale de l'article 199 de l'AUS, suggère que le pacte comissoire est inséré dans la convention d'hypothèque. Néanmoins, rien ne s'oppose à ce que dans l'espace OHADA, la stipulation de la clause portant pacte comissoire puisse intervenir au moment de la constitution de la garantie ou ultérieurement par voie d'avenant. Dans ce dernier cas, la convention d'hypothèque ne constitue plus alors le support du pacte comissoire.

Le contrat de gage, tout comme le contrat d'hypothèque doit être établi par écrit.

S'agissant du gage, l'écrit est exigé à peine de nullité avec le nouvel Acte uniforme. L'article 96 de l'Acte uniforme dispose qu'« à peine de nullité, le contrat de gage doit être constaté dans un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ». L'écrit n'est plus une condition de preuve du gage, mais une condition de validité¹¹³. Cette solution est plus réaliste et conforme à la pratique. Aussi, le contrat de gage est opposable aux tiers, soit par son inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, soit par dépossession¹¹⁴.

Pour ce qui concerne le contrat d'hypothèque, l'acte écrit peut prendre différentes formes, conformément aux dispositions de l'article 205 de l'Acte uniforme¹¹⁵ ; mais la nature de l'acte

¹¹² Cass., 5 octobre 2004, pourvoi n° 0100863, BNP c/ X., Bull. civ., 2004, IV, n° 176, p. 199 : La chambre commerciale a considéré que les dispositions de l'article 2078 du Code civil ne font pas obstacle à ce que postérieurement à la constitution du gage, le débiteur demande au créancier gagiste de procéder pour son compte, à la vente de la chose donnée en gage.

¹¹³ L'ancien article 49 alinéa 1 exigeait l'écrit à titre d'opposabilité.

¹¹⁴ Article 97 alinéa 1 de l'AUS.

¹¹⁵ Article 205 de l'AUS : « L'hypothèque conventionnelle est consentie, selon la loi nationale du lieu de situation de l'immeuble :



dépend des dispositions nationales applicables et plus particulièrement de la loi du lieu de situation de l'immeuble.

La rédaction du contenu du pacte comissoire est une étape importante. Les parties à la convention devront anticiper les difficultés de la mise en œuvre du pacte. Il existe en effet le risque, que les créanciers qui maîtrisent les techniques de garantie de financement influencent à leur profit la conception et la rédaction du pacte comissoire. Qu'il s'agisse du contrat de gage ou du contrat d'hypothèque, si le pacte est concomitant à la constitution de la sûreté, il en empruntera la forme. S'il est conclu postérieurement, même si aucune condition de forme ne paraît s'imposer *a priori* pour la validité du pacte, le créancier qui souhaitera se prévaloir du pacte comissoire, devra satisfaire aux exigences probatoires.

2- La publicité du pacte comissoire

Outre la publicité de l'hypothèque ou du gage, celle du pacte comissoire est nécessaire pour sécuriser la prérogative qui est reconnue au créancier de devenir propriétaire de la chose objet de garantie, si la créance n'est pas payée.

S'agissant du gage, la publicité se fera par l'inscription suivant les règles prévues pour l'inscription des sûretés au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, conformément aux articles 51 et suivants de l'AUS.

- par acte authentique établi par le notaire territorialement compétent ou l'autorité administrative ou judiciaire habilitée à faire de tels actes ;

- Ou par acte sous seing privé dressé suivant un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière.

La procuration donnée à un tiers pour constituer une hypothèque en la forme notariée doit être établie en la même forme ».



En ce qui concerne les immeubles, la publicité du pacte commissaire consiste en une publication du pacte dans les registres spéciaux tenus par le service en charge de la conservation foncière dans chaque Etat membre de l'OHADA. Cette formalité assure l'opposabilité du pacte aux tiers ; dans cette mesure, il n'est pas exagéré de considérer que la publicité du pacte est une condition de son efficacité.

Toutefois, l'Acte uniforme n'a pas réglementé la publicité du pacte commissaire, étant entendu que les règles relatives à la publicité foncière ne relèvent pas de la compétence de l'OHADA. C'est dans ce sens que l'article 195, alinéa 1er de l'AUS renvoie au droit national en disposant que « *tout acte conventionnel ou judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit conformément aux règles de publicité édictées par l'Etat Partie où est situé le bien grevé et prévues à cet effet* ». Par conséquent, la publicité du pacte commissaire est soumise au droit interne des Etats membres de l'OHADA.

Dans les droits nationaux, ce sont les textes portant organisation du régime foncier¹¹⁶ qui régissent les règles concernant la publicité foncière. Ces textes n'ont pourtant pas pris en compte les deux nouveaux modes d'attribution de l'hypothèque et ils rappellent¹¹⁷ d'ailleurs l'interdiction de la clause de voie parée posée par l'article 246 de l'AUPSRVE. Il serait utile que les pays membres de l'OHADA prennent les dispositions nécessaires pour rendre effective l'application

¹¹⁶ Exemple de la loi N° 2013-01 du 14 janvier 2013 portant code foncier et domanial en République du Bénin ; Loi N° 2018-005 du 14 juin 2018 portant Code foncier et domanial au Togo.

¹¹⁷ L'article 206 de la loi du Bénin suscitée ou l'article 400 du Code Foncier et Domanial togolais : « *Le créancier ne peut faire vendre les immeubles appartenant à son débiteur qu'en respectant les formalités prescrites par les dispositions de l'Acte uniforme de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution et du présent code.*

Toute convention contraire est nulle ».



des nouveaux modes de réalisation de l'hypothèque, à travers une réforme des textes portant organisation du régime foncier.

La souplesse des conditions de constitution se traduit par la liberté qui est laissée aux parties d'organiser leurs rapports juridiques dans la conclusion du pacte. Néanmoins cette souplesse se conjugue avec les imprécisions de certains points qui sont laissés à la discrétion des parties. Ces imprécisions concernent notamment la défaillance du débiteur, le transfert de propriété et l'expertise de l'immeuble hypothéqué¹¹⁸.

II- L'EFFICACITE PARALYSEE PAR LES DIFFICULTES DE REALISATION DU PACTE

Les critères d'appréciation de l'efficacité du pacte commissaire sont constitués par l'atteinte des objectifs de simplicité, de rapidité et de réduction des coûts dans sa mise en œuvre¹¹⁹. Or, si le transfert de propriété est censé s'opérer de manière automatique, force est de constater qu'il consiste en un véritable mécanisme (A) dont la complexité est susceptible de compromettre l'efficacité recherchée par le législateur communautaire. Par ailleurs, d'autres incidents peuvent apparaître en cours d'exécution (B).

¹¹⁸ C. YUEGO, *op. cit.* n° 22, p. 165.

¹¹⁹ BLG. MEVA ABOMO, « l'efficacité du Pacte Commissaire en Droit des sûretés OHADA », www.imjst.org, ISSN : 2528-9810, Vol. 5 Issue 7, July-2020, n° 23 p. 1317.



A- Le mécanisme de transfert du droit de propriété

Le transfert de propriété nécessitant l'accomplissement d'un certain nombre d'actes, il s'en suit que l'effet translatif n'est pas un acte instantané. L'effet translatif est subordonné au respect de quelques conditions (1) qui rendent hypothétique, la détermination de la date de l'opération translatrice (2).

1- Les conditions du transfert de propriété

La mise en œuvre du pacte commissaire en droit OHADA suppose la réalisation de trois conditions préalables. Il s'agit de la défaillance du débiteur, sa mise en demeure, ainsi que l'expertise du bien grevé.

La défaillance du débiteur est l'élément déclencheur de la mise en œuvre de la clause ayant prévu une attribution en propriété de la chose, objet de la sûreté. Il ressort en effet de l'article 104 de l'Acte uniforme que « (...) *les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement...* ».

La défaillance du débiteur est avérée lorsqu'il ne règle pas à son échéance, une créance qui présente les trois critères traditionnels de certitude, de liquidité et d'exigibilité. La Cour Commune de Justice et d'arbitrage a eu l'occasion d'apporter des précisions, relativement à ces trois caractères, dans le cas de la réalisation d'une hypothèque. Elle a ainsi jugé que la créance est :



certaine, lorsque « *son existence ne souffre d'aucune contestation dès lors qu'elle tire son essence d'une relation contractuelle non contestée par les parties* »¹²⁰ ; liquide, dès que « *son quantum est déterminé dans sa quantité, en d'autres termes, chiffrée* »¹²¹ ; exigible, « *lorsque le débiteur ne peut se prévaloir d'aucun délai ou condition susceptibles d'en retarder ou d'en empêcher l'exécution* ».

La défaillance du débiteur qui s'analyse comme le défaut d'exécution de l'obligation principale, est une condition indispensable pour déclencher la mise en œuvre du pacte dans le cadre d'une sûreté mobilière.

Quoique cette précision ne soit pas donnée par l'article 199 de l'Acte uniforme, il faut considérer que cette condition est implicite. Il s'induit que la mise en œuvre du pacte commissaire, en matière mobilière ou immobilière est soumise à la condition impérative de la carence du débiteur. La défaillance du débiteur doit être considérée comme une véritable exigence de la loi¹²² ; c'est à partir de ce moment que le pacte peut produire les effets essentiels, notamment, le transfert de propriété au profit du créancier. Néanmoins, la réalisation du pacte commissaire ne s'opère pas de façon automatique. Le créancier, s'il souhaite lever l'option, devra signifier une mise en demeure mentionnant sa volonté de faire transférer la propriété du bien à son profit, au terme du délai imparti.

¹²⁰ CCJA, arrêt n°19 du 06 novembre 2003, affaire société générale de financement par crédit-bail dite SODE-FIBAIL c/Monsieur Dramer Mamadou.

¹²¹ CCJA, arrêt n°21 du 17 juin 2004, affaire SDV-CI c/ Rial Trading, RJCCJA n°3, jan-juin 2004, p.130 et suiv. ; v. aussi arrêt n°017.2002 du 27 juin 2002, Sté El Nasr import-export c/Sté Domomies de CôteD'ivoire dit DDCI, le juris-ohada n° 4/2002, p.47.

¹²² A. FÉNÉON, *op. cit.* p 11.



La mise en demeure intervient aussi bien en matière immobilière¹²³ que mobilière. Cependant, aucune formalité ni délai n'est requis dans le cadre de l'attribution conventionnelle du bien gagé. Bien que le législateur n'ait pas été clair en matière mobilière, il existe une idée traditionnelle selon laquelle il est important que le créancier réclame sa dette, faute de quoi son silence vaut prolongation tacite de l'échéance. Par la mise en demeure¹²⁴, le créancier informe le débiteur que s'il ne paie pas dans le délai imparti, la sûreté dont le pacte comissoire est l'accessoire, sera réalisée. Elle témoigne également de la bonne foi du créancier, qui s'abstient de mettre à exécution les sanctions, sans que la défaillance du débiteur ne soit avérée¹²⁵. La question qu'il convient de se poser est celle de savoir s'il faut un acte, en dehors de la mise en demeure restée sans effet, pour constater la défaillance du débiteur. Une réponse positive s'impose, tant il est vrai qu'on ne peut se fonder sur la seule mise en demeure pour prouver la carence du débiteur. La preuve de la défaillance du débiteur doit être établie, afin de déclencher incontestablement, la mise en œuvre du pacte. L'huissier qui a signifié la mise en demeure peut constater dans un acte après trente (30) jours que la mise en demeure effectuée par ses soins est restée sans effet et qu'il n'y a pas eu paiement. La preuve de la défaillance du débiteur peut résulter également d'un acte notarié¹²⁶ s'il était prévu que le notaire devait recevoir le paiement de la somme due.

Un autre préalable impératif dans la mise en œuvre du pacte comissoire, c'est l'évaluation du bien objet de la sûreté. Le bien doit être estimé par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, toute clause contraire étant réputée non écrite.

¹²³ Alinéa 2 de l'article 199 de l'AUS.

¹²⁴ Tribunal de Commerce de Lomé, jugement N°0202/2021 du 24 mars 2021, affaire Sieur DAGBA Komi Edoh (Me LAWSON-LATEVE) C/ Sieur RAMNANI K. Jaikumar (Me ATTIVI).

¹²⁵ BLG. MEVA ABOMO, *op. cit.*, n° 21, p. 1317.

¹²⁶ L'acte constate la réalisation de la condition suspensive du transfert de la propriété.



L'article 199 alinéa 2 prescrit la constatation du transfert de propriété dans « *dans un acte établi selon les formes requises par chaque État partie en matière de transfert d'immeuble* ». Dans les Etats membres de l'OHADA, ce sont les textes organisant le régime foncier qui régissent la forme du transfert d'immeuble. Ainsi, certains codes fonciers et domaniaux disposent que le transfert doit être constaté par acte authentique¹²⁷ ou par acte sous seing privé déposé au rang des minutes du notaire¹²⁸.

Les parties doivent anticiper les difficultés pratiques d'exécution du pacte commissaire par l'insertion des clauses applicables à son exécution. La détermination de la date de transfert du droit de propriété fait partie des difficultés à prévoir.

2- La détermination fastidieuse de la date de l'opération translatrice

Le législateur OHADA, comme le législateur français, n'a pas donné une idée précise de la date du transfert du bien hypothéqué. Dans ces circonstances, les parties devraient régler les modalités précises du transfert, notamment, la date du transfert, de façon à éviter toute difficulté sur ce point lors de l'exécution du pacte. La détermination du moment du transfert de propriété est importante, et ce à deux égards. D'abord sur un plan théorique, le pacte ne pourra pas être réalisé après le jugement d'ouverture, si le constituant fait l'objet d'une procédure collective¹²⁹. Ensuite d'un point de vue pratique, la date du transfert est essentielle à déterminer lorsqu'il s'agit d'un bien dont la valeur peut fluctuer dans le temps¹³⁰.

¹²⁷ Article 281 alinéa 1 du code foncier et domanial du Togo.

¹²⁸ Article 157 alinéa 1 du code foncier du Bénin.

¹²⁹ Article 9 AUPC (pour le règlement préventif) ; art. 75 AUPC (pour le redressement judiciaire et la liquidation des biens).

¹³⁰ Un titre financier par exemple.



Le silence de la loi pourrait signifier que les parties peuvent déterminer à leur convenance la date du transfert de la propriété dans le pacte commissaire. Mais dans le silence de leur convention, il faudrait retenir la date de la défaillance du débiteur. Ce dernier est défaillant lorsqu'il ne règle pas une créance qui est certaine, liquide et exigible. Dès lors le moment du transfert dans cette hypothèse serait celui de « *l'inexécution avérée du débiteur, celui de l'échéance sans effet d'une mise en demeure puisqu'en principe la seule échéance du terme ne constitue pas le débiteur en faute* ». ¹³¹

B- Les incidents à la réalisation du pacte

D'autres difficultés et pas des moindres, persistent dans la réalisation du pacte commissaire. Il s'agit, du problème du sort des créanciers hypothécaires autres que l'attributaire du bien (1) à la suite de la consignation de la soule, mais encore celui du sort des créanciers hypothécaires à l'ouverture d'une procédure collective (2).

1- Le conflit entre le créancier attributaire et les autres créanciers hypothécaires

La pluralité de créanciers est une situation qui présente la forte présomption de faire naître un conflit entre eux. L'article 200 alinéa 2 de l'Acte uniforme prescrit la consignation de la soule par le créancier ¹³², lorsque la valeur de l'immeuble excède le montant de la créance garantie et qu'il existe d'autres créanciers hypothécaires. Il est possible que le constituant consente plusieurs hypothèques sur le même immeuble ouvrant droit à plusieurs modes de transfert. Lequel

¹³¹ L. Aynes, « Le nouveau droit du gage », in *Sûretés mobilières : du nouveau, Droit & patrimoine*, n° 161, juillet-août 2007, p. 48.

¹³² Voir également l'article 105 de l'AUS pour le cas du gage.



des créanciers hypothécaires devra dans ce cas bénéficier de l'attribution du bien ? L'Acte uniforme portant sur les sûretés, tout comme l'ordonnance française de 2006 portant réforme du droit des sûretés n'a pas abordé cette question. Néanmoins, deux solutions peuvent être envisagées.

Le premier critère relatif à la date de l'inscription hypothécaire permet de déterminer le créancier attributaire. Il permet en effet au créancier hypothécaire de premier rang d'exclure tout autre créancier de rang inférieur. Selon l'article 195, alinéa 2, c'est le rang de l'inscription, déterminé en fonction de la date à laquelle elle a été prise, qui est le critère de distribution du prix. La majorité de la doctrine française est favorable à cette solution, soutenant qu'il faudrait « réserver l'attribution au créancier de premier rang »¹³³. Ainsi, suivant cette règle, c'est le premier créancier inscrit, quel que soit les configurations de conflit entre les créanciers hypothécaires, qui devrait l'emporter. Le cas échéant, les créanciers évincés viendraient en concours à la soule si la valeur du bien attribué au premier créancier inscrit est supérieure au montant de sa créance.

Le second critère est relatif à la date d'exigibilité de la créance. Selon les auteurs favorables¹³⁴ à ce critère, la faculté d'attribution du bien est acquise à celui dont la créance devient exigible en premier. Dans ce cas, un créancier de rang inférieur dont la créance est exigible en premier, pourrait bénéficier de l'attribution du bien malgré l'existence des créanciers d'un meilleur rang. La jurisprudence française¹³⁵ a quelques fois adopté cette solution.

¹³³ C. YUEGO, *op. cit.* n° 72, p. 181.

¹³⁴ *Ibid.*, n° 73.

¹³⁵ Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-12017 et 01-15228 : admet l'attribution des parts sociales à un créancier nanti en second rang.



Dans le droit OHADA, le législateur communautaire n'a pas précisé la qualité de celui qui pourrait invoquer l'attribution du bien faisant l'objet de la garantie ; ce qui signifierait par exemple qu'une telle « *faculté est ouverte à tous les créanciers hypothécaires* »¹³⁶ dans le cas d'un bien hypothéqué. Un créancier non prioritaire pourrait demander et acquérir le bien hypothéqué, avec le risque de se voir opposer le droit de priorité du créancier non-attributaire. L'attribution du bien en fonction de la date d'exigibilité ne présente aucune sécurité pour l'attributaire, alors que l'attribution selon le rang de l'inscription paraît plus rationnelle ou crédible pour le créancier. De ce fait, le créancier inscrit en second rang en connaissance d'une inscription prioritaire, prend le risque d'être évincé par le créancier prioritaire. Le créancier a donc tout intérêt à faire inscrire son droit le plus rapidement possible mais il n'est pas totalement à l'abri de l'ouverture d'une procédure collective.

2- L'ouverture d'une procédure collective

La décision d'ouverture d'une procédure collective « *suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances nées antérieurement à ladite décision* »¹³⁷. Cela est de nature à altérer la mise en œuvre du droit des sûretés. Lorsque l'ouverture d'une procédure collective intervient à l'encontre du débiteur, la réalisation du pacte commissoire conclu antérieurement au jugement ouvrant la procédure devient par principe impossible au créancier. La décision d'ouverture place en effet tous les créanciers sur un pied d'égalité en ce qui concerne leur paiement, qu'ils soient créanciers chirographaires ou créanciers privilégiés.

¹³⁶ C. YOUNGO, *op. cit.* n° 74, p. 182.

¹³⁷ Article 9 de l'AUPC pour le règlement préventif ; article 75 de l'AUPC pour le redressement judiciaire et la liquidation des biens.



Le jugement d'ouverture interdit de plein droit de payer toute créance née antérieurement audit jugement, exception faite du paiement par compensation des dettes connexes¹³⁸.

La question qu'il sied de se poser est celle-ci : le jugement d'ouverture empêche-t-il l'exécution du pacte comissoire conclu antérieurement à la décision prononçant son redressement judiciaire ou la liquidation des biens ? Conformément à l'article 150 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *les ventes d'immeubles ont lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière, sauf dans le cas où ladite saisie est soumise à une clause d'exécution extrajudiciaire conformément à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ...* ». Le pacte comissoire étant un moyen de réalisation extrajudiciaire de l'hypothèque, il faut en déduire que son exécution est permise dans le cadre d'une procédure collective au détriment de la masse des créanciers ou de la suspension des poursuites. Néanmoins, les conditions de la réalisation du pacte comissoire dans le cadre d'une procédure collective restent à clarifier au regard du rang des différents créanciers et des règles en vigueur en matière de procédure collective.

Conclusion

L'admission du pacte comissoire à travers la réforme du droit OHADA des sûretés visait à répondre aux nombreuses difficultés des procédures de saisie jugées longues, coûteuses et inefficaces. Afin de faciliter la mise en œuvre du pacte, le créancier devra veiller au respect des différentes conditions de sa validité et de son opposabilité.

¹³⁸ Article 68, 102 et 109 de l'AUPC.



Les parties dans la convention et surtout les rédacteurs d'actes doivent s'assurer de la qualification juridique de l'acte rédigé, de la clarté et de la précision des différentes dispositions et anticiper sur les questions qui pourront se poser au cours de la réalisation du pacte.

La publicité des sûretés faisant l'objet d'un pacte commissaire, celles du pacte commissaire et de l'acte constatant le transfert de propriété ne sont pas à négliger. En effet, la publicité apparaît comme un critère d'efficacité qui, au-delà de la transparence de la vie économique qu'elle assure, facilite également le règlement des conflits.

La réforme du droit OHADA des sûretés constitue sur certains points un acquis certain. Néanmoins, l'œuvre de modernisation doit se poursuivre pour assurer l'efficacité et l'attractivité des sûretés OHADA.

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par



L'Institut du droit d'expression et d'inspiration française

Numéro spécial – Juillet 2023

MEILLEURS COMMENTAIRES DE DÉCISION DE JUSTICE



Publié dans la revue ATDA, LegiAfrica, N°15, Décembre 2022.

**LA PRÉÉMINENCE DE LA VOLONTÉ DES PARTIES
ET LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL DANS L'ARBITRAGE INSTITU-
TIONNEL OHADA**

Commentaire d'arrêt (CCJA, Ass. Plen, n°214/2021, 23 décembre 2021)



Par

Morayo Abass Wassy OLAGBADA

Avocat-stagiaire au Barreau du Bénin

Celza Ariane Emeline DADAGLO

Juriste- Auditrice de justice



Note biographique des auteurs



Morayo Abass Wassy OLAGBADA

Avocat-stagiaire au barreau de Cotonou.

Titulaire d'un master recherche en Droit Privé Fondamental, obtenu à l'Ecole Doctorale des Sciences Juridique Politique et Administrative de l'Université d'Abomey-Calavi (ED-SJPA/UAC).

Sujet de mémoire de Master : « Le consentement du délinquant en droit béninois de la procédure pénale »



DADAGLO Celza E. Ariane

Ep. ASSOGBA

Collaboratrice Juriste - Auditrice de Justice

Juriste de formation, Celza est titulaire d'une Licence Professionnelle en Droit Privé et d'un Master en Droit Privé Fondamental. Elle est spécialisée dans les questions de Droit en général, de Responsabilité Civile, de Gestion des contrats et de Procédures juridiques.

Sujet de mémoire de Master : « Le conflit d'intérêt dans la procédure d'arbitrage en droit OHADA ».



Résumé

L'arbitrage, même institutionnel, reste et demeure la chose des parties, de sorte que leur volonté commune devrait guider la conduite de la procédure, de la constitution du tribunal arbitral à la rédaction de la sentence arbitrale.

Abstract

Arbitration, even institutional arbitration, remains and remains the property of the parties, so that their common will should guide the conduct of the procedure, from the constitution of the arbitral tribunal to the drafting of the arbitral award.

*** La décision commentée est reproduite en annexe.**



CCJA, Ass. Plen, n°214/2021, 23 décembre 2021

L'arrêt CCJA, Ass. Plen. N°214/2021 du 23 décembre 2021 a été rendu à l'issue d'une cause ayant opposé les établissements ENACAM représentés par leur promoteur, monsieur NSANGOU Abdou, BP 173, FOUMBAN au CAMEROUN à la Société Générale Cameroun et, au Centre de Médiation et d'Arbitrage du Groupement Interpatronal du Cameroun (GICAM). Cette jurisprudence, qui semble être la toute dernière dans cette ligne droite, vient entériner la position de la CCJA au sujet de la problématique relative à la place de la volonté des parties lors de la constitution du tribunal dans l'arbitrage institutionnel OHADA.

Contrairement à l'arbitrage *ad hoc*, l'arbitrage institutionnel, sans être défini par l'Acte Uniforme de l'Ohada sur le droit de l'arbitrage (AUA), pourrait néanmoins s'entendre d'un arbitrage dont les parties confient l'organisation à une institution permanente d'arbitrage, et qui se déroule conformément au règlement d'arbitrage élaboré par cette institution.¹³⁹ Les parties à un arbitrage s'en remettent donc à une institution d'arbitrage et ainsi, se soumettent aux règles préétablies et consignées par celle-ci, dans un règlement d'arbitrage. L'arbitrage institutionnel, de nos jours, s'est largement répandue et promue par nombre d'institutions au rang desquelles est logée la Chambre de Commerce Internationale de Paris (CCI)¹⁴⁰, à travers la Cour Internationale d'Arbitrage et son Règlement d'arbitrage.

¹³⁹ Moussa DIAKITE, L'arbitrage institutionnel Ohada, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Toulouse, 2016. p. 56.

¹⁴⁰ International Chambers of commerce avec le sigle I.C.C.



Dans l'espace OHADA, l'organisme d'arbitrage par excellence reste la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, dont les textes, consignés dans son règlement d'arbitrage, servent d'éclairage à la question en débat. En effet, les règles qui régissent la nomination des arbitres sont prévues par l'article 3 du règlement d'arbitrage de la CCJA. Ces règles sont similaires à celles de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage, qui, en son article 5, consacre les dispositions relatives à la constitution du Tribunal arbitral.¹⁴¹

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), pour rendre l'arrêt objet de la présente étude, a été saisie par enregistrement sous le n°187/2021/PC du 21 mai 2021, du recours en annulation de la sentence rendue le 19 mai 2020 par un tribunal arbitral composé de trois arbitres sous l'égide du GICAM. En effet, la sentence soumise à l'examen de la haute juridiction est relative au litige né de la convention de compte courant liant les Établissements ENACAM et la Société Générale Cameroun.

De ce différend, il résulte que, la Société Générale Cameroun avait accordé plusieurs lignes de crédit successives aux Établissements ENACAM. Celles-ci, prétextant d'un retard observé dans la mise en place de la dernière ligne de crédit, estime avoir subi des préjudices, et a cru devoir saisir le centre d'arbitrage de la GICAM, conformément à la clause compromissoire stipulée au contrat. C'est alors que par suite de maintes difficultés, le tribunal arbitral finalement mis en place est parvenu à rendre sa sentence, le 19 mai 2020. Insatisfaits de la solution contenue dans la sentence en cause, les établissements ENACAM ont saisi la Cour d'Appel d'un recours en annulation de ladite sentence, conformément aux dispositions de l'acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage.

¹⁴¹ Aux termes de l'article 5 de l'acte uniforme sur l'arbitrage, « La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique. Le tribunal arbitral est constitué soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres. À défaut d'accord entre les parties, le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre unique ».



C'est alors qu'ayant laissé expirer le délai légal qui lui était imparti par la loi,¹⁴² pour trancher la contestation soumise à son *juridictio* (*pouvoir d'appréciation*), la Cour d'appel saisie, s'est vue dessaisir du litige au profit de la CCJA, et ce, au moyen d'un recours formé et enregistré au greffe de ladite juridiction, le 21 mai 2021.

À l'occasion de ladite saisine, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage n'a pas manqué de se prononcer sur plusieurs questions de droit, à savoir : la recevabilité du recours devant la CCJA, la représentation en justice des entreprises individuelles (établissements), la régularisation de chefs d'irrecevabilité tirés de la violation des articles 23 et 28 du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. En dépit de la multiplicité des problèmes soumis à la Cour, il s'est avéré nécessaire de s'attarder sur la question ci-après : **un centre d'arbitrage commis peut-il, en marge de la volonté des parties, imposer la constitution du tribunal arbitral, eu égard aux intérêts en jeu ?**

À travers la solution retenue par la décision sous examen, l'on retient que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, a réaffirmé la consécration de la primauté de la volonté des parties dans l'arbitrage institutionnel (I). Cependant, cette solution, bien que fondée, reste tout de même discutable, eu égard à la logique imprégnée par l'arbitrage institutionnel (II).

¹⁴² Article 27 alinéa 2 de l'AUA, « La juridiction compétente statue dans les trois mois de sa saisine. Lorsque ladite juridiction n'a pas statué dans ce délai, elle est dessaisie et le recours peut être porté devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans les quinze (15) jours suivants. Celle-ci doit statuer dans un délai maximum de six (06) mois à compter de sa saisine. Dans ce cas, les délais prévus par le règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sont réduits de moitié ».



I- LA RÉAFFIRMATION DE LA PRIMAUTÉ DE LA VOLONTÉ DES PARTIES DANS LA MISE EN PLACE DU TRIBUNAL ARBITRAL INSTITUTIONNEL OHADA

La CCJA, dans l'arrêt rendu, a affirmé que le tribunal arbitral constitué par la GICAM dans le cadre du litige qui lui a été soumis est irrégulier. Cette affirmation résulte des circonstances entourant la désignation des arbitres ayant rendu la sentence arbitrale. Elle a, dans ce contexte, répondu par la négative à la question de savoir si un centre d'arbitrage pouvait-il, en marge de la volonté des parties dans l'arbitrage institutionnel, imposer la constitution du tribunal arbitral eu égard aux intérêts en jeu.

Cette décision est justifiée puisqu'elle est conforme aux dispositions des articles 5 et 26 de l'acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage et à l'article 9.1 du règlement de l'arbitrage de la GICAM visés. En effet, en ce qui concerne la désignation des arbitres, l'article 5 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage dispose que les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties. La Cour, elle, a affirmé que « *dès lors que les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, comme c'est le cas en l'espèce, le centre ne peut recourir, comme il l'a fait, aux dispositions de l'art 9.3 du règlement de la GICAM* ».

À partir de la règle édictée par l'article 5, on peut comprendre que, la GICAM a outrepassé ses pouvoirs en refusant de soumettre, contre l'avis unanime des parties, l'arbitrage à un juge unique et, en imposant un collège d'arbitres aux parties malgré leur volonté exprimée de voir leur litige trancher par un seul juge.

Ainsi, dès lors que les parties sont convenues que le différent sera tranché par un arbitre unique, la GICAM ne peut en aucun cas recourir aux dispositions de son règlement relativement aux difficultés de constitution du tribunal arbitral.



L'analyse apaisée de ces constances permet d'observer que la cour a, dans un premier temps, soulevé que dans les modalités d'exécution de l'obligation, que les parties ont contracté, de soumettre leur litige à des arbitres, elles avaient déjà décidé que leur différend serait soumis à un arbitre unique. Cette règle aurait dû être considérée par la GICAM comme étant une application de principe puisqu'elle fait partie de l'ordre public procédural dont la méconnaissance entraîne d'office l'annulation de la sentence qui en résulte.¹⁴³

L'importance de la primauté de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral est, en effet, affirmée de différentes manières dans l'Acte Uniforme sur le droit de l'Arbitrage. L'article 14 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage donne par exemple la possibilité aux parties de régler elles-mêmes la procédure que les arbitres suivront. La seconde façon pour l'Acte Uniforme de mettre en avant la liberté des parties en matière de conduite de la procédure arbitrale résulte de ce que les règles de procédure inscrites dans la loi sont extrêmement réduites pour fixer avec précision la manière de procéder des arbitres.¹⁴⁴ Ceci est le premier point qui justifie donc la recevabilité du recours en annulation, selon la cour.

Au niveau du second point, la cour est allée plus loin et, de manière cumulative, a motivé sa décision en mettant en avant, une mauvaise application des dispositions du règlement dudit centre. En effet, elle a constaté que « *c'est en violation des dispositions 5 de l'AUA et 9.1 du règlement d'arbitrage de la GICAM que le centre a imposé un collège d'arbitres nonobstant l'accord des parties de voir leur litige tranché par un arbitre unique.* »

La haute cour a ainsi montré que c'est à tort que la GICAM a appliqué l'article 9.3 du règlement d'arbitrage du Centre en estimant devoir recourir à trois arbitres malgré la souveraineté de la volonté exprimée par les parties de soumettre leur différend à un juge unique.

¹⁴³ Moussa DIAKITE, L'arbitrage institutionnel Ohada, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique, op. Cit. p. 193.

¹⁴⁴ Moussa DIAKITE, L'arbitrage institutionnel Ohada, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique, op. Cit. p. 188.



Cette position paraît pertinente dans la mesure où la liberté contractuelle des parties porte aussi sur les possibilités qu'elles ont de définir les conditions selon lesquelles le choix de l'arbitre devra se faire. Lesdites possibilités soigneusement exprimées ne devraient en conséquence pas être remises en cause et, la désignation doit être faite conformément à une loi ou à un règlement d'arbitrage auquel les parties ont renvoyé pour la constitution du Tribunal arbitral.¹⁴⁵ L'intérêt du centre qui organise l'arbitrage institutionnel est qu'il prend en général deux précautions : dresser une liste des arbitres et confirmer les arbitres désignés. L'hypothèse de désignation des arbitres par le centre d'arbitrage est envisagée dans le cadre d'une solution à une difficulté. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce.¹⁴⁶

Toutefois, quel serait l'intérêt de recourir à un arbitrage institutionnel, si, en dépit de règlement élaboré et adopté dudit centre, les parties devraient disposer de la possibilité de faire prévaloir leur volonté à tous égards ?

II- LA CONSÉCRATION DISCUTABLE DE LA PRIMAUTÉ DE LA VOLONTÉ DES PARTIES DANS LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL INSTITUTIONNEL OHADA

Tout en réitérant l'hégémonie de la volonté des parties dans la conduite du processus arbitral, en l'occurrence dans la mise en place du tribunal arbitral, la haute juridiction communautaire a semblé se méprendre sur les dispositions de l'article 10 de l'acte uniforme de l'arbitrage révisé. En effet, aux termes des dispositions du premier alinéa dudit article, le fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le Règlement de cet organisme, sauf pour les parties à en écarter expressément certaines dispositions.

¹⁴⁵ Paul-Gérard POUGOUE, Jean-Marie TCHAKOUA, et Alain FENEON, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Op. Cit., p. 184.

¹⁴⁶ Paul-Gérard POUGOUE, Jean-Marie TCHAKOUA, et Alain FENEON, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, Op. Cit. p. 186.



L'analyse apaisée de cette disposition, d'une clarté d'eau de roche, permet de se rendre à l'évidence que, par principe, les parties, du simple fait de s'être référés à un organisme d'arbitrage, s'engagent implicitement à soumettre leur volonté à celle dudit centre, de sorte que l'on ne saurait prétendre à accorder une place de choix à l'expression de leur avis, lorsque celui-ci va à l'encontre des règles édictées par le centre.

Cependant, s'il est vrai que dans l'hypothèse ci-dessus débattue, la volonté des parties semble ne pas prévaloir sur celle du centre, c'est sans compter sur la réserve émise par le législateur OHADA qui, dans l'ossature de l'article 10 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, offre la possibilité aux parties de déroger expressément aux dispositions du règlement du centre désigné, qu'elles jugent contraires à leur volonté. En effet, l'usage de cette voie, dont la finalité est de maintenir la domination de la volonté des parties, est tout de même conditionné à caractère express de l'éviction de la norme réglementaire du centre.

Cette exigence, tenant à l'exclusion expresse des dispositions du règlement du centre, est d'autant plus avérée que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (CCJA), elle-même en est arrivée à juger par un arrêt rendu le 29 novembre 2019 que, sauf si les parties ont expressément écarté l'application d'une disposition du règlement du centre d'arbitrage choisi dans la convention d'arbitrage, le juge ne peut faire application de l'acte uniforme sur l'arbitrage.¹⁴⁷

L'analyse sérieuse de cet arrêt vient à point nommé conforter une position similaire antérieurement adoptée par la même juridiction, lorsqu'elle a jugé que la validité de la sentence ne peut être contestée pour violation des dispositions de l'acte uniforme sur l'arbitrage dès lorsqu'il s'agit d'un arbitrage spécifique à la CCJA.¹⁴⁸

¹⁴⁷CCJA, 2e Ch., n°242/2018 du 29 novembre 2019.

¹⁴⁸CCJA, Assemblée plénière, n°102/2015 du 15 octobre 2015.



Cette solution dont le mérite n'est plus à démontrer est le reflet des dispositions de l'article 16 du règlement d'arbitrage de la CCJA qui, abondant dans le même sens, prévoit clairement que, les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent du présent règlement, et dans le silence de ce dernier, celles que les parties, ou à défaut, l'arbitre, déterminent, en se référant ou non à une loi interne de procédure applicable à l'arbitrage.

C'est ainsi que la doctrine en a conclu à l'éviction de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage en présence du Règlement d'arbitrage d'un organisme.¹⁴⁹

Pour d'autres encore, dans le cas d'un arbitrage institutionnel, le règlement d'arbitrage joue en général un rôle de premier plan, les causes conventionnelles ne pouvant que suppléer sa carence.¹⁵⁰

C'est alors qu'on serait tenté de dire que c'est bien maladroitement que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, a pu retenir la violation de l'article 5 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, pour avoir appliqué l'article 9.3 du règlement par la GICAM, alors que les parties n'ont pas communément renoncé à l'application de ladite disposition ; le renoncement d'une seule partie, en l'occurrence l'ENACAM, ne saurait suffire à conclure à l'exclusion de l'application de l'article 9.3.

Que ce faisant, l'acte uniforme sur l'arbitrage gagnerait à revoir sa position en vue d'harmoniser et de parfaire la jurisprudence communautaire, pour l'efficacité de la norme communautaire.

¹⁴⁹ Ramsès AKONO ADAM, ATDA, n°3, octobre 2019.

¹⁵⁰ Moussa DIAKITE, L'arbitrage institutionnel Ohada, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique, Op. Cit., p. 190.



Publié dans la Revue du Droit des Affaires en Afrique (RDAA), Mars 2023.

**LE CONTENTIEUX DES GARANTIES BANCAIRES : LA VALIDITE DE
LA GARANTIE AUTONOME EN DROIT OHADA**

Commentaire d'arrêt (CCJA, 3ch Arrêt N° 211/2021 du 25 novembre 2021)



Par

Hermann SANKARA

Avocat stagiaire au barreau du BURKINA FASO



Note biographique de l'auteur



Monsieur Hermann SANKARA, est titulaire d'une Maîtrise en Droit des Affaires obtenue à l'Université Thomas SANKARA. Il est également Avocat stagiaire au barreau du Burkina Faso.

Il a par ailleurs été lauréat du 1er prix des Universités d'été sur les droits humains, organisée par le CIFDHA à Ouagadougou en octobre 2021, parmi plusieurs pays en compétition.

Passionné du Droit des affaires, Monsieur SANKARA Hermann, est également auteur d'un article sur le blanchiment des capitaux, publié sur le site de l'Ordre des Avocats du Burkina Faso.



Résumé

Le 25 novembre 2021, la 3^{ème} chambre de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, a rendu l'Arrêt N° 211/2021 dans la cause ayant opposé Monsieur IDDI ANGO Ibrahim à la BANK OF AFRICA BURKINA FASO (BOA-BF SA).

Par cet arrêt, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage s'est érigée en une véritable juridiction de cassation, en veillant au respect scrupuleux des actes dont elle assure la protection.

En effet, dans cette cause, il s'est agi pour la Haute juridiction de résoudre, principalement, deux questions de droit à savoir :

Alors même que les parties à un contrat ont entendu reposer leur convention sur un acte uniforme, un juge peut-il requalifier cette convention de contrat innomé sans violer la liberté contractuelle des parties ?

Quelles sont les conditions de validité d'une garantie autonome ?

En tranchant sur ces questions, la CCJA à réaffirmer le caractère sacré de la liberté contractuelle et par la même occasion délimiter le pouvoir du juge qui ne saurait modifier ce que les parties ont entendu contracter ;

Par ailleurs, elle a en outre, rappelé les conditions de validité d'une garantie autonome dont les actes doivent être univoques.

Les conséquences de ces solutions, si elles protègent les actes uniformes, laissent cependant une des parties au contrat qui court le risque de ne pas se voir dédommager, alors même que les engagements pris par les parties existent bel et bien et visaient à n'en point douter, garantir une convention.

En tranchant comme elle l'a fait, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage réaffirme la suprématie des actes uniformes et exerce un contrôle rigoureux de ceux-ci.

Abstract

On 25 November 2021, the 3rd Chamber of the Common Court of Justice and Arbitration rendered Judgment No. 211/2021 in the case between Mr IDDI ANGO Ibrahim and the BANK OF AFRICA BURKINA FASO (BOA-BF SA).

By this judgment, the Common Court of Justice and Arbitration has set itself up as a real court of cassation, by ensuring the scrupulous respect of the acts it protects.

Indeed, in this case, the High Court had to resolve, mainly, two questions of law, namely

- Even though the parties to a contract intended to base their agreement on a uniform act, can a judge reclassify this agreement as an innominate contract without violating the parties' freedom of contract?

- What are the conditions for the validity of an independent guarantee?



By ruling on these questions, the High Court of Justice reaffirmed the sacred nature of contractual freedom and at the same time delimited the power of the judge, who cannot modify what the parties intended to contract.

Moreover, it also recalled the conditions of validity of an autonomous guarantee whose acts must be unambiguous.

The consequences of these solutions, while they protect uniform acts, nevertheless leave one of the parties to the contract running the risk of not being compensated, even though the undertakings given by the parties exist and were undoubtedly intended to guarantee an agreement.

By ruling as it did, the Common Court of Justice and Arbitration reaffirmed the supremacy of uniform acts and exercised strict control over them.

Référence pour citer l'article :

RDAA, Mars 2023, Le contentieux des garanties bancaires -Commentaire d'arrêt CCJA, Arrêt N° 211-2021 du 25 novembre 2021 Scté Bank of Africa BF contre Monsieur IDDI ANGO IBRAHIM, **Hermann SANKARA**, <http://www.institut-idef.org>

*** La décision commentée est reproduite en annexe.**



CCJA, 3ch Arrêt N° 211/2021 du 25 novembre 2021

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est une véritable juridiction de cassation. L'arrêt soumis à commentaire, l'Arrêt N° 211/2021 du 25 novembre 2021, a été rendu par la 3^{ème} chambre de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, dans une cause ayant opposé Monsieur IDDI ANGO Ibrahim à la BANK OF AFRICA BURKINA FASO (BOA-BF SA). Il ressort des faits que la BOA-BF SA a entendu se porter caution pour garantir l'exécution d'un marché de construction d'un immeuble à Niamey au profit de monsieur IDDI ANGO Ibrahim, pour le compte de sa cliente, la société SOL CONFORT ET DECOR. Pour ce faire, elle a délivré au profit du Maître d'ouvrage, des actes dénommés « CAUTION D'AVANCE DE DEMARRAGE » pour garantir le remboursement de l'avance de démarrage d'un montant de 604 762 899 F CFA, et « CAUTION DE BONNE FIN D'EXECUTION » pour assurer la bonne fin de l'exécution à hauteur de 151 190 725 F CFA.

Malheureusement, se prévalant du non-respect de ses engagements contractuels par l'attributaire du marché, c'est-à-dire la société SOL CONFORT ET DECOR, le Maître d'ouvrage va résilier le marché, et par conséquent appeler la caution, en l'espèce la BOA-BF SA, au paiement des sommes représentant l'avance de démarrage et la garantie de bonne fin d'exécution, le 09 septembre 2017 et le 06 décembre 2017.

En première instance, la BANK OF AFRICA s'est défendue en soutenant que l'action de IDDI Ango Ibrahim est irrecevable au motif que s'agissant de cautionnement, le créancier ne peut poursuivre la caution qu'en appelant en cause la débitrice principale, en l'espèce sa cliente, la société SOL CONFORT ET DECOR, conformément à l'article 26 de Acte Uniforme Portant organisation des sûretés qui dispose que : « *La caution est tenue de la même façon que le débiteur principal. La caution solidaire est tenue de l'exécution de l'obligation principale dans les mêmes conditions qu'un débiteur solidaire sous réserve des dispositions particulières du présent Acte uniforme.* »



Toutefois, le créancier ne peut poursuivre la caution simple ou solidaire qu'en appelant en cause le débiteur principal »¹⁵¹

Vidant sa saisine le 08 Juin 2019 par le jugement 281, le Tribunal de Commerce de Ouagadougou a décidé ainsi qu'il suit : « Statuant publiquement, contradictoirement, en matière commerciale et en premier ressort ;

Reçoit l'exception d'incompétence soulevée par la BOA-BF, mais la dit mal fondée et se déclare compétent ;

En la forme

Déclare recevable l'action introduite par IDDI ANGO Ibrahim ;

Déclare recevable la demande reconventionnelle de la BOA-BF ;

Au fond

Déclare IDDI ANGO Ibrahim partiellement fondé et en conséquence, condamne la BOA-BF à lui payer la somme de cent cinquante un millions cent quatre-vingt-dix mille sept cent vingt-cinq (151 190 725) FCFA au titre de la bonne fin de l'exécution outre celle de cinq cent mille (500 000) FCFA à titre de frais exposés et non compris dans les dépens ;

Déboute IDDI ANGO Ibrahim du surplus de ses demandes ;

Déboute la BOA-BF de sa demande de frais exposés et non compris dans les dépens ;

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement ;

Condamne enfin la BOA-BF aux dépens¹⁵². »

Pour aboutir à cette décision et rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par la BOA-BF, fondement pris de l'article 26 de l'acte uniforme précité, le premier juge a donc requalifié les sûretés en cause, en garantie autonome à première demande et a retenu de ce fait, que l'action dirigée contre la banque qui apparaît comme le garant ne nécessite pas l'appel ou la mise en cause du donneur d'ordre.

¹⁵¹ Article 26 Acte Uniforme portant organisation des sûretés.

¹⁵² Jugement n°281, T.C Ouagadougou, 08 juin 2019.



Cette décision a été déférée à la censure de la cour d'appel de Ouagadougou par exploits en date du 14 Novembre 2019 et du 02 Décembre 2019 par la BOA-BF et Monsieur IDDI ANGO Ibrahim.

A son tour, la cour d'appel de Ouagadougou, en vidant sa saisine a considéré que les garanties souscrites par la BOA-BF SA n'étaient pas des cautionnements certes, mais ne sont pas non plus des garanties autonomes à première demande, comme le tribunal de commerce de Ouagadougou l'a retenu, mais plutôt des garanties sui-generis.

Pour adopter cette position, la juridiction d'appel a estimé que parce qu'à « *la lecture des engagements pris par la BOA-BF, on peut se rendre compte qu'elle a entendu répondre de l'obligation de la société SOL CONFORT ET DECOR en cas de défaillance de celle-ci et que mieux, même si dans la forme ses engagements n'ont pas la valeur ni de garantie autonome ni d'une autre sûreté prévue par l'acte uniforme, il n'en demeure pas moins que ces actes sont constitutifs d'engagements librement consentis en faveur de Monsieur IDDI ANGO Ibrahim et garde leur force juridique* »¹⁵³.

Pour la BANK OF AFRICA, ce raisonnement est également en contradiction avec l'article 4 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés qui dispose que : « *Les sûretés personnelles, au sens du présent Acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie... (...)* ».

C'est pourquoi elle a élevé le contentieux à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui a été invitée à apporter des réponses aux problématiques juridiques suscitées par les juges de fond, à savoir :

¹⁵³ Arrêt n°091, CA, Ouagadougou, 06 Nov. 2020.



- Si l'article 4 de l'acte uniforme portant sûreté sur le fondement duquel la cour d'appel a requalifié à son tour les rapports de droit en cause de sûreté sui generis, implique que le juge peut requalifier une sûreté nommée en une garantie autre que celle voulue par les parties ;
- Si les conditions d'existence et de validité de la garantie autonome sont réunies en l'espèce.

En tranchant ce litige, la Haute Juridiction communautaire a jugé que la cour d'appel de Ouagadougou a méconnu l'article 4 de l'acte uniforme portant sûreté, en croyant pouvoir s'y appuyer pour requalifier les sûretés en cause de garantie sui generis.

Aussi, elle a retenu que les rapports de droit litigieux ne répondent pas aux exigences prescrites pour l'existence et la validité de la garantie autonome si bien qu'en les qualifiant de garanties autonomes à première demande, le tribunal de commerce a quant à lui aussi, méconnu les dispositions de l'article 4 de l'acte uniforme portant sûreté.

Statuant par évocation, la Cour a jugé que l'action de IDDI Ango Ibrahim doit être jugée irrecevable ;

Pour comprendre cette position combien profonde et riche d'enseignements, nous allons analyser ces solutions prises en chaque branche :

I- DE L’AFFIRMATION DE LA VOLONTE REELLE DES PARTIES CONTRACTANTES

Attendu que le juge d'appel a requalifié la sûreté conclue entre la BOA-BF SA et Monsieur IDDI ANGO Ibrahim en sûreté sui generis, c'est-à-dire une sûreté développée par les parties, les actes dénommés « CAUTION D'AVANCE DE DEMARRAGE » ET « CAUTION DE BONNE FIN D'EXECUTION », afin de pouvoir retenir la responsabilité de la BOA-BF SA, eu égard aux engagements pris par elle.



Cette position de la Cour d'Appel peut trouver justification dans la mesure où il est incontestable que l'engagement pris par la BOA-BF SA visait à n'en point douter à garantir l'exécution du marché par la société SOL CONFORT ET DECOR et que dans cet état de la procédure, le créancier principal risque de ne pas avoir les bénéfices de cette garantie prise à son profit, alors même que ces engagements existent bel et bien.

Mais pour les juges de la CCJA, la préservation de la volonté réelle des parties contractantes, qui est un corollaire de la liberté contractuelle ne saurait être violée par le juge afin de préserver un intérêt quelconque.

Ce principe affirmé par la Cour est cardinal en droit des contrats. Et c'est sans doute d'ailleurs ce que conforte Philippe DELEBECQUE par cette affirmation : « *La liberté contractuelle doit demeurer le principe. Même si les éléments objectifs du contrat ont leur importance, le contrat est l'affaire des parties et des deux parties. Ce n'est pas 'la chose du juge'* »¹⁵⁴.

Pour le juge de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, *il n'y a point de doute que les parties ont entendu conclure des contrats de cautionnement « ...alors que les parties ont entendu conclure des cautionnements ».*

*Cela est d'autant plus vrai que ces engagements, après lecture, rentrent bien dans la disposition de l'article 4 de l'Acte Uniforme : « Les sûretés personnelles, au sens du présent Acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie. »*¹⁵⁵.

Il n'y a pas de doute que la volonté réelle des parties était de constituer des cautionnements.

¹⁵⁴ Philippe DELEBECQUE, DROIT DES OBLIGATIONS. Responsabilité civile-Contrat, 2ème édition corrigée, objectif droit, 1998, 306p.

¹⁵⁵ Article 4 de l'Acte uniforme portant organisation des Sûretés.



On peut alors comprendre que pour la juridiction de cassation, si les parties ont identifié leur rapport de droit comme étant une sûreté prévue (nommée) par l'acte uniforme portant organisation des sûretés, le juge ne peut le requalifier en une sûreté non prévue (innommée) par l'Acte uniforme, sans violer l'article 4 du même Acte uniforme.

De ce fait, en interprétant comme l'a fait la cour d'appel pour donner une qualification de sûreté *sui generis* aux actes conclus, le juge d'appel a violé la volonté des parties et exposé ainsi sa décision à cassation.

Cette décision, qui est lourde de conséquences pour le Maître d'ouvrage, a pourtant le mérite d'être logique en droit.

Elle réaffirme la volonté réelle des parties, tout en délimitant le pouvoir d'interprétation du juge qui ne saurait être contraire à cette volonté.

II- DES CONDITIONS DIRIMANTES DE VALIDITE DE LA GARANTIE AUTONOME

Attendu que le premier juge, pour rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par la BOA-BF, a requalifié les actes litigieux, afin de surmonter l'obstacle juridique selon lequel l'action dirigée contre le garant n'est pas liée à celle du donneur d'ordre.

En effet, pour le premier juge, ces actes seraient des garanties autonomes à première demande. *Une telle solution permettrait naturellement d'appeler le garant sans toutefois appeler le donneur d'ordre. Ce qui aurait eu pour conséquence la recevabilité de l'action du Maître d'ouvrage et de lui accorder plus de chances d'obtenir un dédommagement.*

Cependant, la garantie autonome est assortie de certaines conditions à peine de nullité.

C'est ce que rappelle le juge de la CCJA en invoquant l'article 41 de l'Acte Uniforme sur les sûretés. En effet, l'article 41 de l'acte uniforme sur les sûretés dispose que : « Les garantie et



contre-garantie autonomes ne se présument pas. Elles doivent être constatées par un écrit mentionnant, à peine de nullité :

- la dénomination de garantie ou de contre-garantie autonome ;*
- le nom du donneur d'ordre ;*
- le nom du bénéficiaire ;*
- le nom du garant ou du contre-garant ;*
- (...) ¹⁵⁶»*

Pourtant, il est incontestable que les actes dénommés CAUTION DE DEMARRAGE ET CAUTION DE BONNE FIN D'EXECUTION, ne comportent aucunement la mention « Garantie Autonome ».

Par conséquent, ces actes ne sont pas des garanties autonomes conformément à l'article précité. Cette décision a le mérite de lever tout équivoque sur la nature des actes en garantie apportés par les parties. En jugeant comme elle l'a faite, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a agi en défenseur des dispositions de l'acte uniforme en exigeant leur respect scrupuleux.

Cette décision s'aligne d'ailleurs derrière un précédent rigoureusement identique à l'occasion duquel la Cour a disposé que de tels actes ne constituent ni un cautionnement, par ce que ne respectant pas les conditions prévues à l'article 14 de l'Acte uniforme portant sur les sûretés, ni une garantie autonome, par ce que ne respectant les conditions prévues à l'article 41 de l'Acte uniforme portant sur les sûretés, ni à aucune autre sûreté prévue par ledit acte uniforme¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Article 41 Acte Uniforme portant organisation des Sûretés.

¹⁵⁷ Arrêt n°076/2016, CCJA, 28 Avr. 2016, BOA-CI C/ Orange-CI.



La solution retenue par la Cour

Comme ci-dessus indiqué, après avoir cassé l'arrêt d'appel en ce qu'il a requalifié les sûretés en cause de garantie sui generis et infirmé le jugement de première instance pour avoir qualifié ces rapports de droit de garantie autonome à première demande, la Cour a jugé, en évoquant, que l'action de IDDI Ango Ibrahim est irrecevable.

Cette solution retenue enseigne que, même pour requalifier les contrats litigieux, il eut fallu aux juges de fond de commencer par admettre le rapport de droit dans la qualification proposée par les parties. Ainsi, en l'espèce, étant entendu que les parties ont cru conclure des cautionnements, les juges de fond s'obligent à accepter ce choix apparent des parties avec toutes les implications procédurales, notamment l'obligation pour le créancier d'appeler le débiteur principal dans la procédure.

La cour s'est donc alignée sur sa propre jurisprudence, en décidant que les actes litigieux ne sont ni des cautionnements, ni des garanties autonomes, ni aucune autre sûreté personnelle prévue par l'Acte uniforme.

Dès lors, pour la Cour, les actes litigieux sont affectés d'un vice irréparable.

En prenant cette position, lourde de conséquence, car abandonnant le maître d'œuvre à son sort qui risque de ne pas avoir dédommagement même si l'on sait que les parties ont entendu conclure des conventions, la CCJA a entendu exiger le respect scrupuleux de l'acte uniforme.



Publié dans le Bulletin Ersuma de Pratique Professionnelle, N°62, pp. 8 - 12.

**PREEMINENCE DE LA VOLONTE DES PARTIES DANS LE CHOIX DU
NOMBRE DES ARBITRES**

Commentaire d'arrêt (CCJA Ass plén, n° 214/2021 du 23 décembre 2021)



Par

Stylain Dini Leven GOMA

Juriste d'entreprise



Stylain Dini Leven GOMA est titulaire d'un Master II en ingénierie juridique et fiscale et du DIU juriste OHADA.

Il est passionné des questions relatives au droit de l'énergie et des mines ainsi que celles liées à l'arbitrage international pour lesquelles il finalise respectivement un Master II ainsi qu'un Diplôme Universitaire (DU).

Il évolue au sein du cabinet Mame Adama Gueye et Partners au Sénégal où il a pu développer une compétence pluridisciplinaire. Il travaille quotidiennement sur les questions relatives au droit OHADA, Fiscalité, droit des contrats, droit financier et bancaire, droit de l'énergie, droit du travail, droit de la protection des données personnelles etc....



Résumé

L'arbitrage dans la zone OHADA garantit la liberté et la prééminence de la volonté des parties dans le choix du nombre des arbitres. Un centre d'arbitrage à qui a été confié la charge d'administrer la procédure arbitrale ne peut y déroger.

Abstract

Arbitration in the OHADA zone guarantees the freedom and pre-eminence of the will of the parties in the choice of the number of arbitrators. An arbitration center which has been entrusted with the administration of the arbitration procedure cannot deviate from this.

*** La décision commentée est reproduite en annexe.**



CCJA Ass plén, n° 214/2021 du 23 décembre 2021

L'ordre juridique OHADA, comme bien d'autres, donne la possibilité aux parties de recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs différends. A l'opposé de la justice étatique, la justice arbitrale accorde une grande autonomie aux parties, matérialisée par la prédominance de leur volonté dans le choix des arbitres.

C'est dans ce ? sens que s'inscrit l'arrêt N° 214/2021 du 23 décembre 2021 rendue par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), réunie en Assemblée plénière, opposant les Etablissements ENACAM (Ets ENACAM) à la Société Générale Cameroun (SGC) et au Centre de Médiation et d'Arbitrage du Groupement Interprofessionnel du Cameroun (GICAM).

S'inscrivant dans le même sillage que ces prédécesseurs, cet arrêt confirme la position de la cour en jugeant sur la place prépondérante de la volonté des parties dans l'arbitrage.

En l'espèce, les Ets ENACAM avaient bénéficié de deux lignes de crédit de la Société Générale Cameroun entre 2010 et 2011. L'année suivant l'attribution de ces lignes de crédit, ils ont obtenu de cette même banque, un troisième crédit de la somme de 40.000.000 FCFA, dont la mise en œuvre avait connu un retard.

Estimant que ce retard leur a causé d'énormes préjudices, les Ets ENACAM ont saisi, conformément à la clause compromissoire insérée dans la convention signée entre les parties, le Centre d'Arbitrage du GICAM pour le règlement de ce litige.

Au terme de cette procédure, les Ets ENACAM ont été condamnés, par le tribunal arbitral mis en place, au paiement des différentes sommes relatives aux découverts et agios.

Conformément aux dispositions de l'Acte uniforme relatif à l'Arbitrage (AUA), ils ont intenté un recours en annulation de la sentence devant la Cour d'Appel.

Cette dernière ayant laissée expirer le délai légal qui lui était imparti par la loi, les Ets ENACAM ont alors introduit un recours devant la CCJA.



La CCJA a été saisie le 21 mai 2021 par un recours enregistré au n° 187/2021/ PC pour se prononcer sur l'annulation de la sentence arbitrale du 19 mai 2020.

Au motif de cette requête, les Ets ENACAM énoncent la constitution irrégulière du tribunal arbitral.

Ils se sont vu opposer divers moyens par la partie adverse.

D'abord, la personne agissant pour les Ets ENACAM n'a produit ni preuve de sa qualité d'avocat ni le mandat spécial donné par la partie qu'elle prétend représenter.

Ensuite, les Ets ENACAM n'ont indiqué ni les noms et ni les domiciles de la SGC et ceux du GICAM.

Par ailleurs, la SGC a également reproché aux Ets ENACAM d'avoir fait une énonciation erronée de l'acte uniforme auquel se rapporte leur demande, mais aussi la non-conformité de leur recours aux cas d'ouverture de l'article 26 de l'AUA.

Enfin, le GICAM a reproché aux Ets ENACAM le défaut de justification de leur existence juridique du fait de leur statut de personne morale, ainsi que le caractère prématuré du recours introduit par les Ets ENACAM.

Tenant compte de cette confrontation, il convient de s'interroger si un centre arbitrage peut imposer un collège arbitral aux parties au détriment de leur volonté de soumettre leur différend à un arbitre unique ?

La Cour a répondu par la négative, soulignant qu'un centre d'arbitrage ne peut imposer un collège d'arbitre aux parties car, empiétant sur leur volonté de voir leur litige tranché par un arbitre unique.

La Cour a aussi eu l'occasion de revenir sur la recevabilité du recours en annulation devant elle.

Afin de répondre à la problématique posée, il serait intéressant d'étudier en premier lieu l'annulation de la sentence arbitrale rendue à l'encontre des Ets ENACAM (I). Puis, voir en second lieu, les conséquences de ladite annulation (II).



I- L'annulation de la sentence arbitrale rendue à l'encontre des Ets ENACAM

Cette annulation se fonde sur la constitution irrégulière du Tribunal arbitral (B), tout en rappelant au préalable la recevabilité du recours en annulation des Ets ENACAM (A).

A- La recevabilité du recours en annulation des Ets ENACAM

La CCJA a déclaré le recours des Ets ENACAM recevable en indiquant : « *Attendu qu'en définitive, aucun des moyens d'irrecevabilité n'ayant prospéré, il y'a lieu de déclarer le recours recevable* ».

Les juges ont procédé à une analyse méthodique et rigoureuse, afin de retenir la recevabilité de ce recours en annulation.

En se fondant sur l'article 23 du règlement de procédure de la CCJA, le juge fait une interprétation stricte de la disposition. Rappelant ainsi, l'obligation faite à toute personne se prévalant de la qualité d'avocat d'en apporter la preuve devant la cour et de produire un mandat spécial de la partie qu'elle représente.

Le règlement de procédure devant la CCJA a imposé ces obligations sans pour autant en définir les contours. C'est ainsi qu'il a été jugé que la preuve de la qualité d'avocat peut se faire par tout moyen¹⁵⁸. Il a aussi été admis, que cette preuve peut consister en la production d'une carte professionnelle¹⁵⁹ et d'une carte professionnelle accompagnée d'une attestation du bâtonnier et de son intérimaire¹⁶⁰.

¹⁵⁸ CCJA, ass plén, n°080, 29-4-2015 : Kabore John Boureima, Kabore Aimé c/ Sté CORI SARL, Me Yacoba Ouattara, Souleymane Sere, Henry Deckers.

¹⁵⁹ CCJA, 1^{er} ch, n°159, 17-12-2015, Sté Africaine de Crédit Automobile dite SAFCA c/ KOUAME AKISSI Française.

¹⁶⁰ CCJA, 3^e ch, n°032, 9-3-2017 : compagnie des Assurances Colina- Mali SA c / Sté SCAC Delmas Vieljeux-Mali, dite SDV- Mali, devenue Bolloré Africa Logistics- Mali SA, en abrégé BAL Mali SA.



La jurisprudence a dû, concernant le mandat spécial, suppléer ce manque en établissant que l'article 21.3 du règlement de procédure devant la CCJA, n'impose aucune forme particulière au mandat spécial et l'on ne saurait exiger ce que la loi elle-même n'exige pas¹⁶¹.

En considérant que les pièces versées à la suite de la procédure de régularisation notamment le mandat spécial et l'attestation d'exercice professionnelle permettent de pallier l'obligation du ministère de l'avocat et l'octroi du mandat spécial, les juges de la CCJA sont restés en conformité avec leur position antérieure.

Sur l'obligation d'indiquer les dispositions légales au soutien de leurs recours en annulation et les conditions du recours selon l'article 26 de l'AUA, les juges de la CCJA, ont effectué un tel contrôle en se référant à l'article 28 du règlement.

Dès, lors, ils se sont assurés de l'existence de ces mentions :

- 1- les noms et domicile du requérant ;
- 2- les noms et domiciles des autres parties à la procédure devant la juridiction nationale et de leur Avocat ;
- 3- Les conclusions du requérant et les moyens invoqués à l'appui de ces conclusions

Les Ets ENACAM ayant respecté ces conditions, la cour a reconnu la recevabilité de leur recours.

La cour a aussi, mis en relief la constitution irrégulière du tribunal due au non-respect des conditions de recours en annulation prévue par l'article 26 l'AUA.

Pour trancher sur le défaut de représentant, elle a décidé que les Ets ENACAM, constituent une entreprise individuelle qui se confond avec la personne même de son promoteur par conséquent, le recours introduit par ledit promoteur est recevable.

¹⁶¹ CCJA, ass plén, n°049, 23-4-2014 ; Maitre Galolo SOEDJEDJE c/ AKOUETE Koffi Antoine, Banque Internationale pour l'Afrique.



Cette position, longtemps admise par la jurisprudence OHADA en matière de représentation d'une société individuelle, affirme : « Lorsque le requérant est une personne individuelle, le pouvoir spécial donné par le promoteur de ladite entreprise individuelle est régulier dès lors qu'une entreprise individuelle se confond avec la personne même de son promoteur¹⁶².

Pour clore sur la recevabilité du recours, le respect du délai de l'introduction de l'action a été retenu. Ce recours est recevable que s'il est exercé dans le mois de la signification de la sentence. La juridiction compétente statue dans les trois mois de sa saisine. A défaut, elle est dessaisie et le recours peut être porté devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans les quinze jours suivants.

Dans le cas d'espèce, l'assignation a été déposée et reçue au greffe le 18 février 2021. Jusqu'au 21 mars soit trois mois après cette saisine, la cour n'ayant pas statué, que le recours est conforme à l'article 27 de l'AUA.

C'est sur la base de tout ce qui précède que les juges de la CCJA ont décidé de la recevabilité du recours en annulation.

B- La constitution irrégulière du tribunal arbitral : motif d'annulation de la sentence arbitrale

Pour donner un avis favorable à l'annulation de la sentence arbitrale, les juges de la CCJA se sont basés sur l'article 26 de l'AUA.

En effet, cet article limite les motifs d'annulation d'une sentence arbitrale notamment : « si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ».

¹⁶² CCJA 1^{re} ch, n°43, 1-7-2010 ; 1) Ets UNIMARCHE, 2) M.PM c/ UBC PLC.



Cette limitation des cas de recours en annulation serait certainement due à la volonté du législateur de promouvoir l'arbitrage, mais aussi de protéger les parties à l'arbitrage.

D'après l'article 5 de l'AUA, « *La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique. Le tribunal arbitral est constitué soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres. À défaut d'accord entre les parties, le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre unique* ».

Cette disposition a d'ailleurs été reprise avec quelques modifications par les centres d'arbitrages des différents pays de la zone OHADA¹⁶³.

Cette irrégularité dans la constitution du tribunal peut concerner autant la personne de l'arbitre nommé que le nombre des arbitres.

Dans tous les cas, ces deux irrégularités justifient l'annulation d'une sentence.

Dans ces conditions, en ne tenant pas compte de la volonté des parties dans le choix d'un arbitre unique et en recherchant le consentement des parties dans la désignation de l'identité de l'arbitre, cette prééminence de la volonté des parties n'a pas été respectée.

Cette prépondérance de la volonté des parties peut s'expliquer par le fait que l'arbitrage en dépit de son aspect juridictionnel est aussi un contrat¹⁶⁴ et comme tel, elle est soumise à une forte autonomie et volonté des parties.

Le juge en rappelant dans le cas d'espèce « que c'est donc en violation des dispositions des articles 5 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et 9.1 du Règlement d'arbitrage du

¹⁶³ Article 9.1 du Règlement de procédure du GICAM on est un exemple évident.

voir aussi article 10 du règlement d'arbitrage de médiation et de conciliation du Centre d'Arbitrage de médiation et de conciliation de la chambre de commerce d'industrie et d'agriculture de Dakar.

¹⁶⁴ « Le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention ». Définition de l'arbitrage donnée par Henry Motulsky publié in *Ecrits et notes sur l'arbitrage*, Dalloz 1974, préface Goldman et Fouchard.



GICAM que le centre a imposé un collège d'arbitres nonobstant l'accord des parties de voir leur litige tranché par un arbitre unique [...]

Cette violation entrant dans le cas du recours en annulation les juges de la CCJA en fait une bonne application de la loi.

II- Conséquence de l'annulation de la sentence rendue à l'encontre des Ets ENACAM

La recevabilité de l'action des Ets ENACAM et l'annulation de la sentence arbitrale ont pour effet la mise hors de cause du GICAM (A). L'annulation permet en revanche à la partie la plus diligente de reprendre la procédure arbitrale (B).

A- La mise hors de cause du GICAM

N'étant partie ni à la clause compromissoire, ni à la sentence arbitrale, les juges ont décidé de la mise hors de cause du GICAM.

Cette mise hors de cause s'explique par l'effet relatif de la convention d'arbitrage. Etant un contrat, la convention d'arbitrage ne peut lier que les parties qui l'ont conclue.

Ce principe est à l'image du principe de relativité tel que conçu par le droit commun des contrats

¹⁶⁵.

D'après la doctrine, *Il est issu de l'adage res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse protest (la chose convenue entre les uns ne nuit ni ne profite aux autres). Par conséquent la convention ne peut en effet obliger que les parties qui ont consenti à sa formation. L'effet relatif*

¹⁶⁵ Pour l'effet relatif des contrats voir par exemple l'article 1199 du code civil Français, ou encore article 110 du Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal.



*du contrat apparait donc comme une règle immuable, corollaire et revers de la force obligatoire : la convention oblige les parties, mais reste sans effet à l'égard des tiers*¹⁶⁶.

Cette position est également admise par le droit positif OHADA : « la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromise est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel¹⁶⁷ [...] ». Cet article impose donc l'obligation d'un engagement prenant la forme de contrat entre les parties. Cette obligation est plus explicite en droit français où le législateur prévoit clairement « la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée¹⁶⁸ [...] ». C'est donc en respectant le principe de relativité de la clause arbitrage que les juges ont décidé « Attendu, en effet, que n'ayant pas été partie à la sentence arbitrale, le GICAM ne saurait être concerné par la procédure d'annulation de ladite sentence ; qu'il doit par conséquent être mis hors de cause. »

B- La possibilité de reprise de la procédure arbitrale par la partie la plus diligente

L'annulation de la procédure a pour corollaire la possibilité pour la partie la plus diligente de reprendre la procédure arbitrale. C'est ce qu'ont retenu les juges de la CCJA après avoir déclaré l'annulation de la sentence arbitrage. Cette possibilité que les juges offrent à la partie la plus diligente est issue des dispositions de l'article 29 de l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage.

166 Stéphanie Porchy-Simon, Droit civil 2e année, Les obligations, Dalloz, 9e, édition.

167 Article 3.1 Acte Uniforme sur l'Arbitrage révisé 2017.

168 Article 2061 Code civil français.



Pour ce faire, les parties devront sur la base de la clause compromissoire déjà signée reprendre la procédure devant le GICAM. Ce, dans les mêmes conditions que celles prévues lors de la procédure initiale. L'introduction de la requête est alors laissée à la libre latitude de chacune des parties.

Cette solution paraît à la fois juste et logique lorsque l'on sait que d'une part la partie qui a obtenu l'annulation de la procédure voudra obtenir justice, donc a de forte probabilité d'introduire la requête.

D'autre part, la partie ayant obtenu gain de cause dans la première sentence, verra là aussi, la possibilité d'obtenir une fois de plus une décision en son faveur.



EN ANNEXE, LES DÉCISIONS COMMENTÉES

Annexe 1

CCJA, Ass. Plen, Arrêt N°214/2021, 23 décembre 2021

Monsieur NSANGOU Abdou, BP 173, FOUMBAN au CAMEROUN Ctre Société Générale Cameroun et Centre de Médiation et d'Arbitrage du Groupement Interpatronal du Cameroun (GICAM).

Annexe 2

CCJA, 3ch Arrêt N° 211/2021 du 25 novembre 2021

Monsieur IDDI ANGO Ibrahim Ctre BANK OF AFRICA BURKINA FASO (BOA-BF SA).



Annexe 1

CCJA, Ass. Plen, Arrêt N°214/2021, 23 décembre 2021

Monsieur NSANGO Abdou, BP 173, FOUMBAN au CAMEROUN Ctre Société Générale Cameroun et Centre de Médiation et d'Arbitrage du Groupement Interpatronal du Cameroun (GICAM).



**ORGANISATION POUR L'HARMONISATION
EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES
(OHADA)**

**COUR COMMUNE DE JUSTICE ET
D'ARBITRAGE
(CCJA)**

Assemblée plénière

**Audience publique du 23 décembre
2021**

Recours n° 187/2021/PC du 21/05/2021

Affaire : Etablissements ENACAM

(Conseil : Maître TEKAM SILATCHOM Roger, Avocat à la Cour)

Contre

- Société Générale Cameroun
(Conseil : Maître Roger BEBE, Avocat à la Cour)**
- Centre de Médiation et d'Arbitrage du Groupement Inter-
patronal du Cameroun (GICAM)
(Conseil : Maître TCHUENTE Paul, Avocat à la Cour)**

Arrêt N° 214/2021 du 23 décembre 2021

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Assemblée Plénière, présidée par Monsieur César Apollinaire ONDO MVE, Président, assisté de Maître



Edmond Acka ASSIEHUE, Greffier en chef, a rendu en son audience publique du 23 décembre 2021 l'Arrêt dont la teneur suit, après délibération du collège de juges composé de :

Messieurs :	César Apollinaire ONDO MVE,	Président
	Robert SAFARI ZIHALIRWA,	Premier Vice-président
	Birika Jean Claude BONZI,	Juge
Madame :	Afiwa-Kindena HOHOUETO,	Juge
Messieurs :	Armand Claude DEMBA,	Juge
	Arsène Jean Bruno MINIME,	Juge
	Mariano Esono NCOGO EWORO,	Juge
	Sabiou MAMANE NAISSA,	Juge, rapporteur
	Mounetaga DIOUF,	Juge

Sur le recours enregistré sous le n°187/2021/PC du 21 mai 2021, formé par Maître TEKAM SILATCHOM Roger, Avocat au barreau du Cameroun, BP 1054, Bafoussam, agissant au nom et pour le compte des Etablissements ENACAM, représentés par leur gérant monsieur NSANGO Abdou, BP 173, FOUMBAN, Cameroun, dans la cause qui les oppose, d'une part, à la Société Générale Cameroun, assistée de Maître BEBE Roger, Avocat au barreau du Cameroun, domicilié à Douala-Cameroun, Nouvelle Route Bonibong, immeuble Odile Honoré, face école Horizon, 1^{er} étage et, d'autre part, au Centre de Médiation et d'Arbitrage du Groupement Interpatronal du Cameroun (GICAM), assisté de Maître TCHUENTE Paul, Avocat au barreau du Cameroun, 1204 boulevard de la liberté, BP 5674 Douala-Cameroun,

en annulation de la sentence rendue le 19 mai 2020 par un Tribunal arbitral composé de trois arbitres sous l'égide du GICAM et dont le dispositif suit :

« Par ces motifs,

Statuant en application du Règlement d'arbitrage du Centre d'Arbitrage du GICAM tel qu'adopté à Douala le 20 novembre 1998 et révisé le 10 décembre 2013, par



décision contradictoire à l'égard de la Société Générale Cameroun et réputée contradictoire à l'égard des ETS ENACAM, entreprise personnelle de Monsieur NSANGOU Abdou, à l'unanimité de ses membres, le Tribunal arbitral : En la forme :

- Rejette l'exception d'incompétence soulevée par les Ets ENACAM (Mr NSANGOU Abdou) ;
- Rejette l'exception d'irrecevabilité des Ets ENACAM (Mr NSANGOU Abdou) soulevée contre la demande reconventionnelle de la SGC ;
- Déclare bonne et valable la clause d'arbitrage contenue à l'article XIII de la convention de compte courant avec promesse d'hypothèque suivant acte notarié n°179 du 27 octobre 2012, signé entre la S.G.B.C. et Monsieur NSANGOU Abdou, « promoteur des Etablissements ENACAM, entreprise personnelle » ;
- Déclare recevable la demande reconventionnelle d'arbitrage de la Société Générale Cameroun du 07 décembre 2015 ;

Sur le fond :

- Condamne les Ets ENACAM (Mr NSANGOU Abdou) à payer à la banque SGC :
 - . la somme de 31.343.677 fcfa relativement au découvert de 40.000.000 fcfa ;
 - . la somme de 83.244.958 fcfa, soit 62.526.849 fcfa en principal et 20.718.109 fcfa au titre d'agios sur les deux contrats de crédit-bail.

Soit au total un montant de 114.588.635 FCFA (Cent quatorze millions cinq cent quatre-vingt-huit mille six cent trente-cinq francs CFA) ;

- Condamne les Ets ENACAM (Mr NSANGOU Abdou) aux dépens liquidés à la somme de FCFA 8.050.805 (Huit millions cinquante mille huit cent cinq francs CFA).
» ;

Les Ets ENACAM invoquent au soutien de leur recours les cinq motifs d'annulation figurant dans leur requête annexée au présent Arrêt ;

Sur le rapport de Monsieur Sabiou MAMANE NAISSA, Juge ;

Vu le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique

;Vu l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ;



Vu le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA ;

Vu le Règlement de procédure du Centre de Médiation et d'Arbitrage du Groupement Interpatronal du Cameroun (GICAM) ;

Vu la Décision n° 84/2020/CCJA/PDT du 12 mai 2020 portant mesures exceptionnelles dans la prise en compte des délais de procédure devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA ;

Attendu qu'il ressort des pièces du dossier de la procédure que, dans le cadre de leurs activités, les Ets ENACAM avaient bénéficié, courant année 2010 et 2011, de deux lignes de crédit-bail de la Société Générale Cameroun dite SGC ; qu'ils ont également obtenu en 2012 de cette banque, un troisième crédit en l'occurrence, un découvert de 40.000.000 F CFA ; qu'estimant que le retard dans la mise en place de ce dernier crédit lui a causé d'énormes préjudices, les Ets ENACAM saisissaient conformément à la clause compromissoire insérée dans la convention signée des parties, le Centre d'Arbitrage du GICAM pour le règlement de ce litige qui l'oppose à la SGC ; que le tribunal arbitral mis en place sous l'égide dudit Centre rendait sa sentence le 19 mai 2020 ; que la cour d'appel, saisie d'un recours en annulation contre ladite sentence, ayant laissé expirer le délai légal qui lui était imparti par la loi, les Ets ENACAM ont saisi, dans les 15 jours suivants, la Cour de céans du présent recours ;

Sur la recevabilité du recours en annulation

Attendu que dans leurs mémoires en réponse reçus au greffe les 13 et 24 septembre 2021, la Société Générale Cameroun et le GICAM invoquent l'irrecevabilité du recours, aux motifs, d'une part, qu'en violation de l'article 23 du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, la

personne qui agit comme conseil d'ENACAM, non seulement n'a produit aucune preuve de sa qualité d'avocat, mais elle n'a non plus produit un quelconque mandat spécial à elle donné par la partie qu'elle prétend représenter et, d'autre part, qu'en violation de l'article 28 du même Règlement de procédure, les Ets ENACAM n'ont indiqué ni le domicile de la Société Générale du Cameroun ni celui du GICAM ; que



dans le même mémoire, la Société Générale du Cameroun soulève également l'irrecevabilité de la demande d'annulation de la sentence arbitrale et de la décision d'exequatur aux motifs, d'une part, que les Ets ENACAM ont fait une énonciation erronée de l'Acte uniforme auquel son action se rapporte, ce qui équivaut à une absence d'énonciation et, d'autre part, que le recours ne serait pas conforme aux cas d'ouverture de l'article 26 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ;

Que le GICAM invoque aussi l'irrecevabilité du recours, aux motifs, d'une part, que les Ets ENACAM, en tant que personne morale commerçante, devraient justifier leur existence juridique soit par des statuts, soit par leur inscription au RCCM, soit par toute autre preuve et, d'autre part, que l'assignation bien qu'ayant été reçue au greffe le 16 février 2021, la cour d'appel n'a pu être saisie qu'après enrôlement de l'assignation à l'audience du 1^{er} mars 2021 et avait jusqu'au 1^{er} juin 2021 pour statuer, de telle sorte que, en application de l'article 27 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage de 2017, le recours introduit devant la Cour de cassation le 21 mai 2021 est prématuré et, en conséquence, irrecevable ;

Mais attendu qu'en ce qui concerne les deux premiers moyens d'irrecevabilité, il a été versé au dossier de la présente procédure, suite à la demande de régularisation faite en application des dispositions de l'article 28-6 du Règlement de procédure invoqué, non seulement le mandat spécial en date du 02 juin 2021 donné par les Ets ENACAM à Maître Roger TEKAMSILATCHOM, mais également une attestation d'exercice professionnelle délivrée à ce dernier par Maître TCHAGYOU PAHO Antony Xavier, Délégué spécial du Bâtonnier de l'Ordre des Avocats du Cameroun, région de l'Ouest ; que dès lors l'exception d'irrecevabilité soulevée par les défendeurs au pourvoi de ce chef ne peut prospérer ; que de même, le défaut d'indication dans la requête introductive des nom et adresse de la Société Générale Cameroun et du GICAM ainsi que de leurs conseils a été couvert par la mention de ces informations dans plusieurs pièces régulièrement produites au dossier, notamment le mandat spécial délivré à Maître Roger TEKAM SILATCHOM et la sentence arbitrale attaquée elle-même ; qu'au demeurant, la demande de régularisation prévue par l'article

28.6 du Règlement de procédure relativement au défaut d'indication dans la requête introductive des nom et adresse de la Société Générale Cameroun et du



GICAM ainsi que de leurs conseils n'ayant pas été adressée au requérant, aucune irrecevabilité ne peut être prononcée de ces chefs ;

Attendu qu'en ce qui concerne le troisième moyen d'irrecevabilité, contrairement aux affirmations de la défenderesse, les Ets ENACAM ont bien indiqué les dispositions légales au soutien de leur recours en annulation et notamment l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, pris en son article 26; que l'irrecevabilité du recours ne peut être retenue de ce chef ; que s'agissant du moyen d'irrecevabilité tiré du fait que le recours n'est pas conforme aux cas d'ouverture de l'article 26 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, il implique l'examen des moyens du recours et doit, par conséquent, être joint au fond ;

Qu'enfin, sur le quatrième moyen d'irrecevabilité pris en sa première branche, les Etablissements ENACAM, constituant une entreprise individuelle qui se confond avec la personne même de son promoteur monsieur NSANGOU Abdou, n'ont nullement besoin de justifier leur existence juridique ; que le recourçant ayant été introduit par ledit promoteur, aucune irrecevabilité ne peut leur être opposée ; que pour la deuxième branche, il ressort des pièces du dossier de la procédure que par assignation en date du 16 février 2021, les Ets ENACAM ont assigné la Société Générale Cameroun et le GICAM devant la Cour d'appel du Littoral d'un recours en annulation de la sentence rendue le 19 mai 2020 par le Tribunal arbitral composé de trois arbitres sous l'égide du GICAM ; que cette assignation a été déposée et reçue au greffe de ladite cour le 18 février 2021, enregistrée sous le n°625, consacrant ainsi sa saisine ; que la cour d'appel, n'ayant pas statué dans le délai de trois mois à compter de cette dernière date conformément à l'article 27 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, les Ets ENACAM ont introduit le 21 mai 2021, le présent recours en annulation ; que ledit recours ayant été introduit dans les conditions prévues par la loi, il y a lieu de le déclarer recevable ;

Attendu qu'en définitive, aucun des moyens d'irrecevabilité n'ayant prospéré, il y a lieu de déclarer le recours recevable ;

Sur le deuxième motif d'annulation tiré de la constitution irrégulière du



tribunal arbitral

Attendu que la requérante demande l'annulation de la sentence aux motifs que le Centre d'arbitrage a, en violation de l'article 26 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, confirmé, dans un premier temps, un juge unique conformément à la volonté des parties avant, dans un second temps, d'imposer à celles-ci un collège d'arbitres, alors, selon le motif, que lesdites parties sont

convenu d'un commun accord de soumettre le règlement de leur différend à un arbitre unique ;

Attendu qu'aux termes de l'article 26 de l'Acte uniforme visé au moyen,

« Le recours en annulation n'est recevable que dans les cas suivants :

(...)

- si le tribunal a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;

(...). » ;

Qu'aux termes des dispositions de l'article 5 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage « La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique.

Le tribunal arbitral est constitué soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres. A défaut d'accord entre les parties, le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre unique. » ;

Qu'aussi, selon les dispositions de l'article 9.1 du Règlement d'arbitrage du GI-CAM : « Lorsque les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, elles peuvent le désigner d'un commun accord pour confirmation par le Centre.

Faute d'entente entre les parties dans un délai de quinze (15) jours à partir de la notification de la demande d'arbitrage à l'autre partie, l'arbitre est nommé par le Centre. » ;

Attendu, en l'espèce, que les parties sont convenu d'un commun accord de confier le règlement de leur litige à un arbitre unique ; que faute pour elles d'avoir désigné d'un commun accord ledit arbitre, le Centre a fait application de l'article



9.3 de son Règlement d'arbitrage selon lequel : « Si les parties n'ont pas fixé d'un commun accord le nombre des arbitres, le Centre nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la désignation de trois arbitres. Dans ce dernier cas, les parties disposeront d'un délai de quinze (15) jours pour procéder à la désignation des arbitres. » ;

Attendu, en effet, que dès lors que les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, comme c'est le cas en l'espèce, le Centre ne peut recourir, comme il l'a fait, aux dispositions de l'article 9.3 du Règlement susvisé, lesquelles ne s'appliquent que lorsque les parties n'ont pas elles-mêmes fixé d'un commun accord le nombre des arbitres pour trancher leur différend ; que de par les dispositions de l'article 9.1 du Règlement d'arbitrage du GICAM susvisé, en cas de non désignation consensuelle de l'arbitre unique par

les parties, la seule faculté reconnue au Centre est de nommer lui-même ledit arbitre ;

Et attendu, en l'espèce, que pour justifier l'application de l'article 9.3 du règlement susvisé, le tribunal arbitral a retenu au paragraphe 174 de la sentence « Attendu par ailleurs que l'affirmation selon laquelle le Centre aurait outrepassé ses pouvoirs en refusant de soumettre, contre l'avis unanime des Parties, l'arbitrage à un juge unique est tronquée, en ce que, s'il est vrai que les deux Parties ont initialement manifesté séparément leur souhait de recourir à un juge unique, par contre, il ressort des courriers échangés entre le Centre et les Parties que celles-ci ne se sont pas entendues sur le nom de cet arbitre unique et ce bien qu'elles y aient été invitées à plusieurs reprises » ; qu'au paragraphe 175 de la même sentence, il a aussi jugé « que faute pour les Parties d'avoir désigné

« d'un commun accord » l'arbitre unique en application de l'article 9.1 du Règlement d'arbitrage du Centre, le Centre a fait application de l'article 9.3 du même Règlement en estimant devoir recourir à trois arbitres. Notification en a été faite aux Parties et seuls les Ets ENACAM ont persisté à vouloir désigner un arbitre unique en refusant de participer à l'arbitrage à trois arbitres, amenant ainsi le Centre à procéder à la désignation des deux autres arbitres » ; que c'est donc en violation des dispositions des articles 5 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et 9.1 du Règlement d'arbitrage du GICAM que le Centre a imposé un collège d'arbitres nonobstant l'accord des parties de voir leur litige tranché par un arbitre unique ; qu'en le faisant, il a



irrégulièrement constitué le tribunal arbitral ; que la sentence rendue par un tel Tribunal irrégulièrement constitué encourt l'annulation de ce chef ; qu'il échet en conséquence d'annuler la sentence rendue le 19 mai 2020 par le Tribunal arbitral composé de trois arbitres sous l'égide du GICAM, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du recours et de dire que la procédure arbitrale pourra être reprise à la requête de la partie la plus diligente en application de l'article 29 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ;

Sur la mise hors de cause du GICAM

Attendu que le GICAM demande à être mis hors de cause en relevant qu'il n'est pas partie à la sentence querellée, ni à la contestation qu'elle a tranchée lorsque les jugements et sentences n'ont qu'un effet relatif, donc limité aux parties en cause ;

Attendu, en effet, que n'ayant pas été partie à la sentence arbitrale, le GICAM ne saurait être concerné par la procédure d'annulation de ladite sentence ; qu'il doit, par conséquent, être mis hors de cause ;

Sur les dépens

Attendu que la Société Générale Cameroun, ayant succombé, sera condamnée aux dépens ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, après en avoir délibéré, En la forme :

Déclare recevable le recours en annulation formé par les Ets ENACAM contre la sentence arbitrale rendue sous l'égide du Centre de Médiation et d'Arbitrage du Groupement Interpatronal du Cameroun, en sigle GICAM, le 19 mai 2020 ;

Au fond :

Annule ladite sentence arbitrale ;



Dit que la procédure arbitrale pourra être reprise à la requête de la partiela plus diligente ;

Met hors de cause le GICAM ;

Condamne la Société Générale Cameroun aux dépens.

Ainsi fait, jugé et prononcé les jour, mois et an que dessus et ont signé :

Le Président

Le Greffier en chef



Annexe 2

CCJA, 3^e Arrêt N° 211/2021 du 25 novembre 2021

Monsieur IDDI ANGO Ibrahim Ctre BANK OF AFRICA BURKINA FASO (BOA-BF SA).



**ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN
AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES (OHADA)**

**COUR COMMUNE DE JUSTICE
ET D'ARBITRAGE
(CCJA)**

Troisième chambre

Audience publique du 25 novembre 2021

Pourvoi : n° 028/2021/PC du 04/02/2021

**Affaire : Société Bank of Africa-Burkina Faso
(Conseils : SCPA SISSILI Conseils, Avocats à la Cour)**

Contre

**Monsieur IDDI ANGO Ibrahim
(Conseils : Maîtres Flora KAFANDO et Oumarou Sanda KADRI, Avocats
à la Cour)**

Arrêt N° 211/2021 du 25 novembre 2021

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Troisième chambre, a rendu l'arrêt suivant en son audience publique du 25 novembre 2021 où étaient présents :

Messieurs Mahamadou BERTE,
sène Jean Bruno MINIME,
teur Sabiou MAMANE NAISSA,

Président Ar-
Juge, rappor-
Juge



et Maître
HOUNGBO,

Louis Kouamé
Greffier,

Sur le recours enregistré au greffe de la Cour de céans le 04 février 2021 sous le n°028/2021/PC et formé par la SCPA Sissili Conseils, Avocats à la Cour, cabinet sis à Ouaga 2000, 460 Rue 15/606, avenue du Dialogue, 01 BP 6042 Ouagadougou 01, agissant au nom et pour le compte de la Bank of Africa-BurkinaFaso, en abrégé BOA-BF, société anonyme dont le siège est à Ouagadougou, zoné d'activités commerciales et administratives, secteur numéro 04, rue Victor OUEDRAOGO, 01 BP 1319 Ouagadougou 01-Burkina Faso, dans la cause l'opposant à monsieur IDDI ANGO Ibrahim, administrateur de société, demeurant à Niamey, BP 733 Niamey, Niger, ayant pour conseils, Maître Flora KAFANDO,

Avocat à la Cour, cabinet sis avenue du Dr Kwamé Nkrumah, 01 BP 2404 Ouagadougou, et Maître Oumarou Sanda KADRI, Avocat à la Cour, cabinet sis au Bd de l'indépendance, Poudrière, CI 18, face de la Pharmacie Cité Fayçal, P.3927, BP 10.014 Niamey-Niger,

en cassation de l'arrêt n°091 du 06 novembre 2020 rendu par la Cour d'appel de Ouagadougou, dont le dispositif est le suivant :

« Statuant publiquement, contradictoirement, en matière commerciale et en dernier ressort ;

En la forme,
Déclare les appels recevables ;

Au fond,
Infirme partiellement le jugement n°281 du 08 novembre 2019 rendu par le Tribunal de commerce de Ouagadougou ;

Statuant à nouveau,
Dit que la garantie consentie est une garantie sui generis;
Confirme les autres dispositions du jugement ;



Dit n'y avoir lieu au paiement de frais exposés et non compris dans les dépens ;
Condamne la BOA SA aux dépens. » ;

La requérante invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation tels qu'ils figurent à la requête annexée au présent arrêt ;

Sur le rapport de monsieur Arsène Jean Bruno MINIME, Juge ;

Vu les dispositions des articles 13 et 14 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ;

Vu le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA ;

Attendu qu'il résulte des pièces du dossier de la procédure, que pour garantir l'exécution par la société SOL CONFORT ET DECOR d'un marché de construction d'un immeuble à Niamey, la BOA-BF s'était portée caution de celle-ci au profit de monsieur IDDI ANGO Ibrahim, maître d'ouvrage de ce marché, pour l'avance de démarrage d'un montant de 604.762.899 FCFA et pour la bonne fin de l'exécution à hauteur de 151.190.725 FCFA ; que se prévalant du non-respect de ses engagements contractuels par l'attributaire du marché, le maître d'ouvrage lui notifiait, le 09 septembre 2017, la résiliation du marché, et appelait le 06 décembre 2017, la caution au paiement des sommes représentant l'avance de

démarrage et la garantie de bonne fin d'exécution d'un montant total de 505.324.112 FCFA ; que saisi en paiement de ce montant par le maître d'ouvrage, le Tribunal de commerce de Ouagadougou le déclarait partiellement fondé, par jugement n°281 du 08 novembre 2019 ; que sur appels des deux parties, la Cour d'appel de Ouagadougou rendait l'arrêt n°141 du 06 novembre 2020, objet du présent pourvoi ;

Sur le premier moyen tiré de la violation de l'article 4 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés



Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé ou fait une mauvaise application de l'article 4 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, en ce qu'il a requalifié les deux cautions litigieuses en garanties sui generis, alors que les parties ont entendu conclure des cautionnements ;

Attendu que pour se déterminer, la cour d'appel relève « qu'à la lecture des actes d'engagement de la BOA, l'on peut voir dans le fond, elle a entendu souscrire une sûreté personnelle en s'engageant à répondre de l'obligation de la société SOLCONFORT ET DECOR en cas de défaillance de celle-ci » ; qu'elle retient « que même si (...) dans la forme ses engagements n'ont pas la valeur ni de garantie autonome ni d'une autre sûreté prévue par l'acte uniforme, il n'en demeure pas moins que ces actes sont constitutifs d'engagements librement consentis en faveur de monsieur IDDI ANGO et gardent leur force juridique » ; qu'elle ajoute, s'agissant des sûretés personnelles, que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés « n'interdit point l'existence de sûretés autres que celles qu'elle prévoit (...) » ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'espèce les parties ont constitué des cautionnements et, que les sûretés personnelles régies par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés sont le cautionnement et la garantie autonome, la cour d'appel a violé le texte visé au moyen ; qu'il échet de casser l'arrêt attaqué et d'évoquer, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens ;

Sur l'évocation

Attendu que par exploits en dates des 14 novembre et 02 décembre 2019, la BOA-BF et monsieur IDDI ANGO Ibrahim interjetaient appel du jugement n°281 rendu le 08 juin 2019 par le Tribunal de commerce de Ouagadougou dont le dispositif est ainsi conçu :

« Statuant publiquement, contradictoirement, en matière commerciale et en premier ressort ;

Reçoit l'exception d'incompétence soulevée par la BOA-BF, mais la dit mal fondée et se déclare compétent ;

En la forme



Déclare recevable l'action introduite par IDDI ANGOP Ibrahim ;
Déclare recevable la demande reconventionnelle de la BOA-BF ;

Au fond

Déclare IDDI ANGO Ibrahim partiellement fondé et en conséquence, condamne la BOA-BF à lui payer la somme de cent cinquante un millions cent quatre-vingt- dix mille sept cent vingt-cinq (151 190 725) FCFA au titre de la bonne fin de l'exécution outre celle de cinq cent mille (500 000) FCFA à titre de frais exposés et non compris dans les dépens ;

Déboute IDDI ANGO Ibrahim du surplus de ses demandes ;
Déboute la BOA-BF de sa demande de frais exposés et non compris dans les dépens ;

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement
; Condamne enfin la BOA-BF aux dépens. » ;

Attendu que la BOA-BF soutient que l'action de IDDI ANGO dirigée contre la caution sans appeler la débitrice principale est irrecevable en vertu de l'article 26 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ; que le premier juge n'a pas répondu à sa demande sur l'exception soulevée en violation de l'article 21 du code de procédure civile ; qu'elle reproche au tribunal d'avoir requalifié en garanties à première demande les deux actes qu'elle a donnés à la société SOL CONFORT ET DECOR pour couvrir les bonnes suites d'un contrat de construction d'un immeuble conclu avec IDDI ANGO Ibrahim alors que lesdits actes ne répondent pas à cette qualification et à celle d'aucune autre sûreté prévue par l'acte uniforme portant droit des sûretés ; qu'elle soutient en outre que la demande de IDDI ANGO Ibrahim n'est pas fondée ; qu'au regard des décomptes produits par lui-même, ce dernier s'est remboursé intégralement l'avance de démarrage ; qu'elle a aussi constaté que celui-ci n'a pas payé l'intégralité du prix du marché et prétend avoir conclu un avenant et livré du matériel à la société SOL CONFORT ET DECOR sur chantier dont les prix ont été pris en compte dans la détermination des sommes réclamées ; qu'elle considère que la caution de démarrage est sans objet dans la mesure où l'avance de démarrage a été remboursée intégralement et refuse de donner suite au paiement de la garantie de bonne suite, dans la mesure où elle ne s'est pas engagée pour les contrats supplémentaires et que IDDI ANGO Ibrahim est lui-même fautif



en ne payant pas tout le prix du marché convenu ; qu'elle conclut à l'infirmité du jugement querellé, à l'irrecevabilité de l'action de IDDI ANGO Ibrahim et à sa condamnation au paiement de 10.000.000 FCFA au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

Attendu que monsieur IDDI ANGO Ibrahim fait valoir, pour sa part, que le premier juge l'a débouté de sa demande en paiement du montant résiduel de l'avance de démarrage estimé à la somme de 354 133 387 FCFA, alors qu'il est établi que la société SOL CONFORT ET DECOR n'a exécuté que 81,92% des travaux commandés ; que l'avance de démarrage n'a été remboursé que sur la valeur d'exécution comprise entre les taux de 35,51% et de 81,92%, ce qui correspond à un taux de remboursement de 46,41% , d'où un solde résiduel à payer au titre de cette avance de démarrage estimé proportionnellement à la somme de 354 133 387 F CFA, soit un taux de 53,59% ; qu'ainsi il réclame la condamnation de la BOA-BF au paiement de cette somme et des dommages-intérêts de

50.000.000 F CFA pour le préjudice subi ;

Sur la recevabilité de l'action

Attendu que pour rejeter l'exception d'irrecevabilité de l'action de monsieur IDDI ANGO Ibrahim sur le fondement de l'article 26 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, le premier juge a requalifié la garantie en cause en garantie autonome et retenu que l'action dirigée contre le garant n'est pas liée à l'appel du donneur d'ordre ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 41 de l'Acte uniforme précité, la garantie autonome ne se présume pas et doit être constatée par écrit comportant, à peine de nullité, certaines mentions limitativement énumérées par ledit article ; qu'en l'espèce, les deux actes intitulés « CAUTION D'AVANCE DE DEMARRAGE N°0830/01/13 » et « CAUTION DE BONNE FIN EXECUTION

N°0829/01/13 » établis le 20 mai 2013 par la BOA-BF ne comportant pas la dénomination de garantie autonome, c'est à tort que le premier juge a retenu la qualification de garantie autonome et jugé que l'action dirigée contre le garant n'est pas liée à l'appel du donneur d'ordre ; qu'il convient dès lors d'infirmer en toutes ses dispositions le jugement querellé et, statuant à nouveau, de déclarer irrecevable l'action de monsieur IDDI



ANGO Ibrahim, sur le fondement de l'article 26 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ;

Sur les frais exposés non compris dans les dépens

Attendu que la BOA-BF réclame la condamnation de monsieur IDDIANGO Ibrahim au paiement de 10.000.000 FCFA au titre des frais exposés et non compris dans les dépens sur le fondement de l'article 6 nouveau de la loi n°28/2004/AN du 08 septembre 2004 portant organisation judiciaire au Burkina Faso ;

Attendu que l'article 6 visé, prévoit que « dans toutes les instances, le juge, sur demande expresse et motivée, condamne la partie perdante à payer à l'autre

partie une somme qu'il détermine au titre des frais exposés et non compris dans les dépens (...) » ;

Mais attendu qu'en l'espèce la BOA-BF n'a pas motivé sa demande pour permettre à la Cour de déterminer la somme réclamée au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'elle en sera déboutée ;

Sur les dépens

Attendu que, succombant, monsieur IDDI ANGO Ibrahim sera condamné aux dépens ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, après en avoir délibéré ;

Casse l'arrêt n° 091 du 06 novembre 2020 rendu par la Cour d'appel de Ouagadougou ;



Evoquant et statuant à nouveau,

Infirmes en toutes ses dispositions le jugement n°281 du 08 novembre 2019 rendu par le tribunal de commerce de Ouagadougou ;

Déclare l'action de monsieur IDDI ANGO Ibrahim irrecevable ;

Déboute la BOA-BF de sa demande au paiement des frais exposés et non compris dans les dépens ;

Condamne monsieur IDDI ANGO Ibrahim aux dépens.

Ainsi fait, jugé et prononcé les jour, mois et an que dessus et ont signé :

Le Président

Le Greffier



REMERCIEMENTS

La Société Internationale de droit (SID) remercie bien vivement les membres du comité scientifique, les membres du jury et les partenaires qui ont permis une organisation réussie de la compétition depuis l'étape préparatoire en passant par la cérémonie de remise de Prix jusqu'à la publication du présent recueil.

Le Secrétariat Permanent de l'OHADA,
L'ERSUMA,
L'UNIDA,
L'IDEF,
CHAZAI WAMBA,
LegiAfrica Editions,
SIRE OHADA,
Le cabinet Bruzzo Dubucq,
L'AFDD,
La Fondation pour le Droit Africain,
La SCP Toble & Associés - Cabinet d'Avocats,
Le Cabinet Nyemb,
Le Cabinet MARTIAL AKAKPO & ASSOCIES,
D2A SCPA,
LE PENANT,
LEGALIS ADVISORY,
LE CADEV,
LA SCP ELIE & PIERRE.

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Éditée par



L'Institut du droit d'expression et d'inspiration française

Numéro spécial – Juillet 2023



OHADA
2022



REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Éditée par



L'Institut du droit d'expression et d'inspiration française

Numéro spécial – Juillet 2023

La Revue du Droit des Affaires en Afrique est publiée grâce au soutien de :

