

**ORGANISATION POUR L'HARMONISATION
EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES
(O.H.A.D.A)**

**COUR COMMUNE DE JUSTICE
ET D'ARBITRAGE
(C.C.J.A)**

Première chambre

Audience publique du 26 novembre 2020

Pourvoi : n° 147/2020/PC du 18/06/2020

Affaire : Société Ivoirienne de Concept et de Gestion Mali (SICG-Mali)
(Conseils : Maîtres Jean Charles TCHIKAYA, Modibo Hamadoun DICKO,
Landry Anastase BAGUY et Alain Claude KAKOU, Avocats à la Cour)

Contre

- 1/ Banque Malienne de Solidarité**
- 2/ Banque Malienne de Solidarité Côte d'Ivoire**
(Conseil : Maître VIEIRA Georges Patrick, Avocat à la Cour)

Arrêt N° 368/2020 du 26 novembre 2020

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Première chambre, présidée par Monsieur Birika Jean Claude BONZI, assisté de Maître Jean Bosco MONBLE, Greffier, a rendu en son audience publique ordinaire du 26 novembre 2020 l'Arrêt dont la teneur suit, après délibération du collège de juges composé de :

Messieurs : César Apollinaire ONDO MVE,	Président, rapporteur
Birika Jean Claude BONZI,	Juge
Armand Claude DEMBA,	Juge

Sur le recours enregistré sous le n°147/2020/PC du 18 juin 2020 et formé par Maître Jean Charles TCHIKAYA, Avocat à la Cour, demeurant 15, Cours Georges Clémenceau-33000 Bordeaux, Maître Modibo Hamadoun DICKO, demeurant au 65, Rue 19, Badalabougou SEMA GEXCO, Bamako, BP E627 Bamako-Mali, Maître Landry Anastase BAGUY, Avocat à la Cour demeurant Abidjan Cocody Riviera Africaine, Rue Alpha Blondy, Villa n°525, 04 BP 1023

Abidjan 04 et Maître Alain Claude KAKOU, Avocat à la Cour, demeurant à Abidjan, Plateau, Immeuble Eden-12^{ème} étage, porte 124, 04 BP 948 Abidjan 04, agissant au nom et pour le compte de la Société Ivoirienne de Concept et de Gestion Mali, en abrégé SICG-Mali SA, ayant son siège à Bamako, Mali, dans la cause qui l'oppose à la Banque Malienne de Solidarité, en abrégé BMS-SA, ayant son siège social à Hamdallaye/ACI 2000 Bamako/Mali, BP E 1280 Bamako-Mali, et à la Banque Malienne de Solidarité Côte d'Ivoire, dite BMS-CI, ayant son siège social à l'Angle de la Rue Paris-Village et de l'Avenue Botreau Roussel, 16 BP 114 Abidjan 16, ayant pour conseil Maître Georges Patrick VIEIRA, Avocat à la Cour, demeurant Abidjan, Plateau-Indénié au 3, Rue des Fromagers, Immeuble CAPSY Indénié, 1er étage à Gauche, 01 BP V 159 Abidjan 01,

en cassation de l'Arrêt n°78/2020 rendu le 27 février 2020 par Cour d'appel de commerce d'Abidjan et dont le dispositif est le suivant :

« Statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort ;

Déclare recevable l'appel de la Société Ivoirienne de Concept et de Gestion Mali, dite SICG MALI interjeté contre l'ordonnance n°4136/2019 du 14 janvier 2020 rendue par le juge de l'exécution du Tribunal de Commerce d'Abidjan ;

L'y dit mal fondée ;

L'en déboute ;

Confirme l'ordonnance entreprise par substitution de motifs ;

Condamne la Société Ivoirienne de Concept et de Gestion Mali dite SICG-Mali aux dépens de l'instance. » ;

La requérante invoque à l'appui de son recours les deux moyens de cassation tels qu'ils figurent à la requête annexée au présent Arrêt ;

Sur le rapport de monsieur César Apollinaire ONDO MVE, Président ;

Vu les 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, selon l'arrêt attaqué, que par exploit du 26 avril 2019, la SICG-Mali pratiquait une saisie-vente sur les biens mobiliers corporels de la BMS-SA prise en sa succursale d'Abidjan ; qu'après avoir déclaré les deux précédentes actions en contestation de la BMS SA mal fondées, la juridiction des urgences du Tribunal

de commerce d'Abidjan, au terme d'une troisième action de la BMS SA, donnait mainlevée de la saisie au motif que cette dernière bénéficie d'une immunité d'exécution, après avoir rejeté les fins de non-recevoir soulevées par la SICG-Mali et tirées de l'autorité de la chose jugée ; que sur appel de la SICG-Mali, la Cour de commerce d'Abidjan rendait l'arrêt objet du présent pourvoi ;

Sur le deuxième moyen, tiré de la violation de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

Vu l'article 28 bis, 1^{er} tiret, du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir reconnu à la BMS-SA l'immunité d'exécution, alors que celle-ci n'est ni une personne morale de droit public ni une entreprise publique, mais une personne morale de droit privé, le fait que l'Etat malien et ses démembrements y détiennent la majorité du capital ne changeant rien à ce statut ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a, selon le moyen, violé les dispositions de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, exposant par voie de conséquence sa décision à la cassation ;

Attendu que le Mali est Etat partie au Traité de l'OHADA ; que l'article 10 dudit Traité dispose que « Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure. » ; que partant, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a abrogé toute disposition contraire du droit interne malien, antérieure ou postérieure ;

Attendu qu'il ressort des articles 1, 2 et 3 de l'Acte uniforme précité que « Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège est situé sur le territoire de l'un des Etats-parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme.

En outre, les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique demeurent soumis aux lois non contraires au présent Acte uniforme, qui sont applicables dans l'Etat partie où se situe leur siège social. » ; que « Les statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent Acte uniforme sauf dans les cas où celui-ci autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer

des clauses statutaires aux dispositions du présent Acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions du présent Acte uniforme.

Est réputée non écrite toute clause statutaire à une disposition du présent Acte uniforme. » ; que « Toutes les personnes, quelle que soit leur nationalité, désirant exercer en société, une activité commerciale sur le territoire de l'un des Etats parties, doivent choisir l'une des formes de société qui convient à l'activité envisagée, parmi celles prévues par le présent Acte uniforme.

Les personnes visées à l'alinéa précédent peuvent aussi choisir de s'associer, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, en groupement d'intérêt économique. » ;

Attendu que la forme sociétaire détermine le fonctionnement de la société, encadre ses rapports avec les tiers, permet de savoir comment elle est organisée et quels sont les droits et les obligations des associés, donne au tiers qui traite avec elle la possibilité d'identifier ses organes de représentation, de décision et de gestion, le mode de prise des décisions qui l'engagent et, *in fine*, d'apprécier son statut relativement à l'exécution de ses engagements ; que ces enjeux justifient l'obligation faite à toute société commerciale de préciser sa forme juridique dans ses statuts et de la mentionner à l'en-tête de tous ses principaux actes ;

Attendu qu'en l'espèce, l'article 1 des statuts, mis à jour suivant traité de fusion par absorption de la BHM-SA par la BMS-SA et Assemblée générale du 31 mars 2016 portant changement de gouvernance d'entreprise, est relatif à la forme juridique de la Banque Malienne de Solidarité ;

Attendu que selon cet article : « il est formé entre les propriétaires des actions ci-après créées et celles qui pourront l'être ultérieurement, une Société Anonyme sans recours public à l'épargne qui sera régie par l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou (...), la réglementation bancaire, la législation malienne, tous textes ultérieurs complémentaires ou modificatifs ainsi que par les présents statuts (...). Toute modification de la forme juridique est soumise à l'autorisation préalable du Ministre des Finances » ;

Attendu que, société anonyme constituée conformément aux dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, la BMS-SA est donc une personne de droit privé ; que ses statuts et ses documents d'administration ou de gestion ne font nullement mention d'une « SA *Entreprise publique* », de manière à informer les tiers et leur permettre de sécuriser leurs intérêts vis-à-vis de cette entité ; que la loi du 30 décembre 2016

invoquée par la BMS-SA, a pour objet le partenariat public-privé et non la forme juridique des sociétés régies par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ; qu'elle ne peut déroger aux dispositions de cet Acte uniforme ; que cette loi, au demeurant postérieure aux statuts de la BMS-SA du 31 mars 2016, ne saurait avoir pour effet de modifier sa forme juridique ; qu'elle est, par conséquent, inopérante en la cause, sauf à exposer la sécurité des situations et la transparence des affaires ;

Et attendu qu'aux termes de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution.

Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité.

Les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire national de l'Etat où se situent lesdites personnes et entreprises. » ;

Attendu que selon ces dispositions, l'immunité d'exécution est rattachée à la personnalité juridique, à l'exclusion des considérations liées à la composition ou à la titularité du capital social ; que de ce point de vue, une personne morale de droit privé, régulièrement constituée sous l'une des formes prévues par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, ne saurait bénéficier de l'immunité d'exécution ;

Qu'à cet égard, l'alinéa 2 de l'article 30 de l'Acte uniforme précité évoque les entreprises publiques « *quelles qu'en soient la forme et la mission* », pour consacrer le caractère absolu de l'immunité d'exécution instituée ; qu'il défend au juge du fond d'être tenté d'en relativiser la portée en tenant compte des formes classiques des personnes protégées, ou de l'objet de leur mission ;

Qu'une entreprise publique peut avoir une forme nationale ou locale, l'objet de sa mission pouvant être commercial, industriel, artisanal, etc. ;

Que dès lors, la formule « *quelles qu'en soient la forme et la mission* » ne renvoie pas aux formes sociétaires prévues par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, qui concernent

exclusivement les personnes morales de droit privé, y compris celles ayant un Etat ou une personne morale de droit public comme actionnaire ;

Qu'il est évident que la volonté du législateur OHADA était de permettre aux Etats de participer à la vie économique comme associé d'une société privée, et non de conférer à celle-ci une immunité d'exécution susceptible de porter préjudice au libre jeu de la concurrence, vital à l'essor du secteur privé qui est l'objectif primaire du Traité institutif de l'OHADA ;

Qu'au demeurant, une telle orientation nuirait à l'efficacité du système, d'autant que toute société commerciale de l'espace OHADA trouverait le moyen de faire entrer l'Etat ou l'un de ses démembrements dans son capital, et réclamer l'immunité d'exécution avec possibilité de surprendre ses créanciers ;

Que l'Etat, qui est libre de créer des entreprises publiques suivant ses modes d'expression traditionnels, participe à créer une société commerciale de droit privé lorsqu'il accepte d'en être associé, en application de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ;

Que du reste, l'Acte uniforme précité donne aux Etats la possibilité de créer des sociétés d'un régime particulier, ce qui n'est pas le cas de la BMS-SA ;

Or, attendu qu'en la cause, pour statuer comme elle l'a fait, la Cour d'appel de commerce d'Abidjan énonce « qu'une entreprise publique est une personne morale de droit public ou de droit privé gérant une activité de biens ou de services, dont la totalité ou la majorité du capital est détenue par une personne publique qui peut y exercer une influence prépondérante, notamment sur les organes de décision, d'administration ou de surveillance ;

Que la création de ce type d'entreprise est une manifestation de l'interventionnisme économique, permettant la prise en charge par l'Etat ou ses démembrements d'une activité économique déterminée ;

Que le fait qu'une entreprise publique revête une forme juridique de droit privé et soit soumise dans l'exercice de son activité commerciale au droit privé n'a pour conséquence de lui enlever son statut d'entreprise publique, dès lors que sont réunies en sa faveur les éléments sus-indiqués les caractérisant ;

Considérant qu'en l'espèce, il ressort des pièces du dossier, notamment de la liste des actionnaires annexé à ses statuts que l'Etat malien et ses démembrements détiennent 78,57% du capital social de la Banque Malienne de Solidarité, de sorte que ceux-ci disposent de la majorité des voix, et le pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil d'administration ;

Qu'ainsi, la BMS SA dont le capital social est majoritairement détenu par l'Etat et ses démembrements, qui, de ce fait, détiennent la majorité des voix dans les organes de décision et d'administration est une entreprise publique ; » ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a, d'une part, insinué que la participation d'un Etat au capital d'une société privée change la forme juridique de celle-ci telle qu'elle résulte des statuts matérialisant la volonté des associés portée à la connaissance des tiers par voie de publicité ; que, d'autre part, la cour a confondu l'insaisissabilité qui protège les deniers qu'un Etat apporte au capital d'une société commerciale, et l'immunité d'exécution qui profite à l'Etat, sujet de droit distinct de la personne morale de droit privé que cet Etat aura contribué à créer ; qu'il en résulte que les juges d'appel ont commis le grief allégué ; que la cassation étant encourue de ce seul chef, il échet pour la Cour d'évoquer l'affaire sur le fond en application de l'article 14 alinéa 5 du Traité de l'OHADA ; sans qu'il soit besoin d'examiner le premier moyen ;

Sur l'évocation

Attendu qu'il résulte des pièces du dossier de la procédure que, suivant procès-verbal du 26 avril 2019, la SICG-Mali a pratiqué une saisie-vente sur les biens mobiliers corporels de la BMS-SA au siège de sa succursale d'Abidjan ; que par ordonnance n°1787/2019 du 21 mai 2019, la juridiction des urgences du Tribunal de commerce d'Abidjan a déclaré mal fondée l'action en contestation de la BMS SA contre ladite saisie ; que l'appel relevé par la BMS-SA a été déclaré irrecevable, comme tardif, par la Cour d'appel de commerce d'Abidjan, suivant Arrêt n°456/2019 du 25 juillet 2019 ; qu'ayant été signifiée de cet arrêt par exploit du 13 août 2019, la BMS-SA n'a formé aucun pourvoi en cassation, mais a encore saisi, le 07 octobre 2019, la juridiction des urgences du Tribunal de commerce d'Abidjan, d'une contestation de la saisie-vente du 26 avril 2019 ; que par Ordonnance n°3575/2019 en date du 22 octobre 2019, sa demande a été rejetée comme mal fondée ; que signifiée de cette ordonnance suivant exploit du 06 décembre 2019, la BMS-SA n'a pas relevé appel mais a, suivant exploit du 19 novembre 2019, de nouveau saisi la juridiction des urgences en contestation de la saisie-vente du 26 avril 2019, prétendant bénéficier d'une immunité d'exécution au sens de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ; que la SICG-Mali s'est opposée à cette demande en faisant valoir, d'une part, qu'elle se heurte au principe de l'autorité de la chose et, d'autre part, que la BMS-SA ne constitue pas une entreprise publique pour prétendre bénéficier d'une immunité d'exécution ; que vidant sa saisine le 14 janvier 2020, la juridiction des urgences a rendu l'Ordonnance n°4136/2019 dont le dispositif est le suivant :

« Statuant publiquement, contradictoirement, en matière d'urgence et en premier ressort ;

Rejetons les fins de non-recevoir soulevées ;

Recevons la Banque Malienne de Solidarité, dite BMS-SA en son action ;

L'y disons bien-fondé ;

Dit qu'elle bénéficie de l'immunité d'exécution ;

Ordonnons la mainlevée de la saisie-vente en date du 26 avril 2019 pratiquée sur ses biens meubles corporels ;

Mettons les entiers dépens de l'instance à la charge de la Société Ivoirienne de Concept et de Gestion Mali dite SICG Mali... » ;

Attendu que par exploit du 27 janvier 2020, la SICG Mali a relevé appel de ladite ordonnance et en sollicite l'infirmité ; que les parties reprennent en appel leurs moyens développés en première instance ;

Sur la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée

Attendu que la SICG-Mali a soulevé l'irrecevabilité de l'action de la BMS-SA en invoquant l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance n°3575/2019 du 22 octobre 2019, ayant rejeté la demande de mainlevée de la saisie du 26 avril 2019 de ladite société et signifiée à celle-ci suivant exploit du 06 décembre 2019 ; que s'opposant à ce moyen, la BMS SA soutient que ladite ordonnance a été rendue alors qu'elle sollicitait la mainlevée en se fondant sur le délai de grâce, ce qui n'est pas le cas de sa présente action dans le cadre de laquelle elle se prévaut d'une immunité d'exécution ; que selon elle, ce changement dans le moyen qui soutient l'action rend inapplicable le principe de l'autorité de la chose jugée ;

Mais attendu que si l'immunité d'exécution, en ce qu'elle revêt un caractère absolu, doit opérer nonobstant toute éventuelle forclusion, encore faut-il que son existence soit établie en faveur du plaideur qui s'en prévaut ; qu'en l'espèce, il a été jugé que la BMS SA ne bénéficie pas d'une immunité d'exécution ; qu'il y a lieu d'appliquer les articles 84 et 172 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ;

Attendu que selon l'article 84, relatif à la contestation de la saisie-vente, les dispositions de l'article 172 sont applicables ; que, précisément, l'alinéa 1 de l'article 172 dispose que « la décision de la juridiction tranchant la contestation est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification. » ;

Attendu qu'il est constant en l'espèce que l'Ordonnance n°3575/2019 du 22 octobre 2019 ayant rejeté comme mal fondée la demande de mainlevée de la saisie-vente du 26 avril 2019 formée par la BMS SA a été régulièrement signifiée à cette dernière par exploit d'huissier de justice du 06 décembre 2019 ; que la BMS-SA n'ayant pas relevé appel dans les quinze jours suivant cette signification, cette décision a acquis autorité de la chose jugée ; que de ce fait, l'action en contestation datée du 19 novembre 2019 devait être déclarée irrecevable ; que c'est donc en violation du principe de l'autorité de la chose jugée que le premier juge a statué autrement ; que par conséquent, il y a lieu pour la Cour d'infirmier l'ordonnance querellée, de statuer à nouveau, de déclarer la BMS-SA irrecevable en son action et de dire sans objet l'examen des autres moyens ;

Sur les dépens

Attendu que la BMS-SA, succombant, sera condamnée aux dépens ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, après en avoir délibéré,

Casse et annule l'arrêt attaqué ;

Evoquant et statuant sur le fond :

Infirme l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions ;

Statuant à nouveau :

Déclare l'action de la BMS-SA irrecevable pour autorité de la chose jugée ;

Dit sans objet l'examen des autres moyens ;

Condamne la BMS-SA aux dépens.

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

Le Président

Le Greffier