

JURISPRUDENCE

CHRONIQUE OHADA

par Bakary DIALLO,
 Doctorant à l'Université de Paris I - Sorbonne

COUR DE CASSATION DU SÉNÉGAL

2^e chambre statuant en matière civile et commerciale

Arrêts n° 36 et 37 du 19 janvier 2005

SALEH / ULMAN et BABOU / DRAME

A l'audience publique ordinaire du mercredi 19 janvier 2005.

Entre Jamal Saleh, commerçant demeurant à Dakar, demandeur élisant domicile en l'étude de Maître Samir Kabaz, avocat à la Cour, d'une part,

Et la société Ulman, société anonyme ayant son siège social à Paris, défenderesse élisant domicile en l'étude de Maîtres Geni et Sankale, avocats à la Cour, d'autre part,

Statuant sur le pourvoi formé suivant requête enregistrée au greffe de la Cour de Cassation le 5 juin 2000 par Maître Kabaz, avocat à la Cour agissant au nom et pour le compte de Jamel Saleh contre l'arrêt n° 333 du 9 juillet 1999 rendu par la Cour d'appel de Dakar dans la cause l'opposant à la société Ulman ;

Vu le certificat attestant la consignation de l'amende de pourvoi et la somme pour garantir le paiement des droits de timbre et d'enregistrement ;

Vu la signification du pourvoi à la défenderesse par exploit du 6 juin 2000 de Maître Bernard Sambou, huissier de justice ;

La Cour,

Où M. Ndiame Gaye, auditeur, en son rapport ;

Où Mme Aminata Mbaye, avocat général, représentant le ministère public en ses conclusions ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu la loi organique n° 92.25 du 30 mai 1992 sur la Cour de Cassation ;

Vu le Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ;

Attendu qu'un soutien du pourvoi dirigé contre l'arrêt n° 333 rendu le 9 juillet 1999 par la Cour d'appel de Dakar, confirmant le jugement du tribunal régional de Dakar qui l'a condamné à payer diverses sommes à la société Ulman, le demandeur invoque deux moyens de cassation tirés respectivement de la violation des articles 30, 264 du COCC et 202 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général ;

Mais attendu qu'aux termes de l'alinéa 3 de l'article 14 du Traité susvisé «saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales» et que, selon les articles 15 et 16 de ce Traité, d'une part, «les pourvois en cassation prévus à l'article 14 ci-dessus sont portés devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage, soit directement par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation, saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes» et, d'autre part, «la saisine de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée» ;

Attendu, en conséquence, qu'il y a lieu de se déclarer incompétent pour statuer sur le second moyen du pourvoi, de surseoir à statuer sur le premier moyen et de renvoyer l'affaire devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage ;

PAR CES MOTIFS,

Se déclare incompétent pour statuer sur le second moyen du pourvoi ;

Ordonne le sursis à statuer sur le premier moyen du pourvoi ;

Renvoie l'affaire devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage ;

Réserve les dépens.

Président : Ibrahima GUEYE

A l'audience publique ordinaire du mercredi 19 janvier 2005,

Entre Alioune Babou, commerçant demeurant à Dakar, demandeur élisant domicile en l'étude de Maître Ciré Clédor Ly, avocat à la Cour, d'une part,

Et Mbacké Drame, commerçant demeurant à Dakar, défendeur élisant domicile en l'étude de Maître Ibrahima Dia, avocat à la Cour, d'autre part,

Statuant sur le pourvoi formé suivant requête enregistrée au greffe de la Cour de Cassation le 14 décembre 2001 par Maître Ciré Clédor

Ly, avocat à la Cour agissant au nom et pour le compte d'Alioune Babou contre l'arrêt n° 315 du 1^{er} juin 2001 rendu par la Cour d'appel de Dakar dans la cause l'opposant à Mbacké Drame ;

Vu le certificat attestant la consignation de l'amende de pourvoi et la somme pour garantir le paiement des droits de timbre et d'enregistrement ;

Vu la signification du pourvoi au défendeur par exploit du 19 décembre 2001 de Maître Mamadou Mansour Kamara, huissier de justice ;

La Cour,

Ouï M. Ndiamé Gaye, auditeur, en son rapport ;

Ouï Mme Aminata Mbaye, avocat général, représentant le ministère public en ses conclusions ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu la loi organique n° 92.25 du 30 mai 1992 sur la Cour de Cassation ;

Vu le Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ;

Attendu qu'au soutien du pourvoi dirigé contre l'arrêt n° 315 rendu le 1^{er} juin 2001 par la Cour d'appel de Dakar, confirmant l'ordonnance du juge des référés du tribunal régional de Dakar qui a ordonné l'expulsion d'Alioune Babou des locaux donnés à bail par Mbacké Drame, le demandeur invoque trois moyens de cassation tirés respectivement de la violation des articles 101 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général et 32 du Code de procédure civile, de l'insuffisance de motifs et de la violation des droits de la défense ;

Mais attendu qu'aux termes de l'alinéa 3 de l'article 14 du Traité susvisé «saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales» et que, selon les articles 15 et 16 de ce Traité, d'une part, «les pourvois en cassation prévus à l'article 14 ci-dessus sont portés devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage, soit directement par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation, saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes» et, d'autre part, «la saisine de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée» ;

Attendu, en conséquence, qu'il y a lieu de se déclarer incompétent pour statuer sur la première branche du premier moyen du pourvoi, de surseoir à statuer sur la seconde branche du premier moyen et les

deuxième et troisième moyens et de renvoyer l'affaire devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage ;

PAR CES MOTIFS,

Se déclare incompétente pour statuer sur la première branche du premier moyen du pourvoi ;

Ordonne le sursis à statuer sur la seconde branche du premier moyen et les deuxième et troisième moyens du pourvoi ;

Renvoie l'affaire devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage ;

Réserve les dépens.

Président : Ibrahima Gueye

NOTES

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

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

Révétons rapidement les circonstances des deux controverses.

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

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

Dans la première espèce, l'auteur du pourvoi, M. Jamal Saleh, cherchait également à échapper à un jugement défavorable du même tribunal régional de Dakar, confirmé en appel, le condamnant au paiement de sommes d'argent à la société Ulman. A cette fin, le com-

merçant présentait deux moyens de cassation tirés, d'une part, de la violation des articles 30 et 264 du COCC sénégalais et de l'article 202 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

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

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

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

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

Pourtant, à y regarder d'un peu plus près, la solution retenue par la deuxième chambre civile et commerciale ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Elle révèle surtout un vide juridique inquiétant dans les rapports entre les juridictions nationales de cassation et la CCJA. Vide juridique qui fait le lit d'une insécurité juridique et judiciaire dont les premières victimes sont les plaideurs.

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

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

I- LE PARTAGE DE COMPETENCE ENTRE LA CCJA ET LA COUR DE CASSATION NATIONALE

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

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

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

D'abord, le contentieux est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats parties (art. 13 du Traité OHADA), ainsi dans les cas particuliers rapportés, les litiges ont pu être portés devant le tribunal régional de Dakar puis devant la Cour d'appel, avant d'être adressés à la Cour de cassation sénégalaise.

Ensuite, la CCJA assure dans les Etats parties l'interprétation et l'application communes du Traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes (1).

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

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

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

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

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

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

(1) Article 14, alinéa 1 du Traité de l'OHADA.

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

Toutefois, la compétence de la CCJA est une compétence spéciale. C'est-à-dire que celle-ci est exclusive mais circonscrite à l'application et l'interprétation des Actes uniformes du traité de Port-Louis de 1993. La CCJA est incompétente dans les matières non encore harmonisées. Pour toutes les matières hors OHADA, les juridictions de cassation nationales recouvrent leur pleine souveraineté.

B- La substitution de la CCJA aux juridictions nationales dans le contentieux des Actes uniformes

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

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

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

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

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

Doit-on toujours obliger les parties à former un seul pourvoi avec des moyens destinés à deux juridictions différentes ?

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

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

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

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

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

A- Le critère de la prépondérance prônée par la Cour Suprême du Niger

De nombreux arrêts témoignent de ce que les juridictions suprêmes nationales cherchent désespérément à s'émanciper des règles maximalistes fixées par le traité OHADA en ce qui concerne la procédure du pourvoi en cassation. Un cap marquant de ce mouvement avait été franchi par la Cour Suprême du Niger le 16 août 2001 (3).

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

L'espèce était relative à l'ouverture du capital de la Société nigérienne d'assurance et de réassurance (SNAR Leyma) au groupe Hima Souley lors d'une opération de recapitalisation de la société d'assurance. Le groupe Hima Souley se prévalait d'une ordonnance rendue sur requête le 20 avril 2001 par le président du tribunal de Niamey, qui autorisait la nomination d'un administrateur judiciaire chargé de convoquer une assemblée générale des actionnaires de la SNAR Leyma qui serait chargée de constater la libération des actions souscrites par le groupe Hima Souley et sa qualité d'actionnaire. Sollicitée, la Cour d'appel avait confirmé l'ordonnance le 23 mai 2001.

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

La défenderesse – le groupe Hima Souley – opposa une exception d'incompétence et une fin de non-recevoir. L'exception d'incompétence mettait en exergue la compétence exclusive de la CCJA pour statuer sur l'application des Actes uniformes de l'OHADA. Dans le cas

(3) In www.ohada.com, OHADA D-02-29.

particulier, l'Acte uniforme en cause était celui relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

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

Pour résoudre la controverse, la Cour Suprême nigérienne procède à un raisonnement assez surprenant.

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

Et d'autre part, elle estime que la CCJA n'étant compétente que pour l'interprétation et l'application des Actes uniformes, la Cour Suprême nationale n'a pas à renvoyer le pourvoi devant la CCJA si cette voie de recours est fondée, de façon prépondérante, non sur la violation d'un Acte uniforme, mais sur celle du droit interne non harmonisé.

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

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

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

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

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

sous-régionales (CEA, CEDEAO, OAPI, CIMA, OHADA, CIPRES) (4) est inéluctable.

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

Certes, il appartient à l'ordre juridique OHADA de fixer sa sphère d'applicabilité matérielle et spatiale qui s'impose aux ordres juridiques internes des Etats parties. Mais il ne revient pas aux autorités de l'OHADA, notamment la CCJA, de traiter ou d'interpréter par exemple une norme juridique UEMOA ou CEDEAO dans un litige donné.

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

C'est sans nul doute instruite par l'abondance des critiques que la construction théorique de l'arrêt de la Cour Suprême du Niger a suscité (5) que la juridiction de cassation sénégalaise a voulu s'inscrire dans une autre logique qui est celle du renvoi partiel.

B- La solution du renvoi partiel consacrée par la Cour de Cassation sénégalaise

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

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

En effet, c'est sous le visa des articles 14, 15 et 16 combinés que la Cour de Cassation sénégalaise a rendu les présentes décisions. Or,

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

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

si l'interprétation de ces articles conduit bien au renvoi devant la Cour commune des moyens fondés sur la violation du droit uniforme. Elle ne justifie en rien selon nous la décision de surseoir à statuer sur les autres moyens tirés de la violation du droit interne ordinaire.

Formellement, les articles 14, 15 et 16 ici invoqués par la Cour de Cassation sénégalaise visent l'application des Actes uniformes. On peut donc douter que la décision du juge suprême national de surseoir à statuer sur les moyens tirés de la violation du droit interne non harmonisé entre dans ce cadre. C'est dire que la décision de surseoir à statuer ne revêt pas un caractère d'impératif absolu.

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

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

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

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

Autrement dit, il y a en la matière une imperméabilité qui ne permet pas d'envisager une navette entre la juridiction nationale de cassation et la CCJA. Et cette imperméabilité se fait malheureusement au détriment des plaideurs puisque cela peut aboutir à une sorte de déni de justice pour les justiciables (6) (dans les deux cas d'espèce

(6) Nos travaux de recherche à la Cour de Cassation de Dakar nous ont conduit à constater que ces deux arrêts n'étaient pas les seuls arrêts d'incompétence et de renvoi rendus par la Cour. De 2002 à 2005 la Cour de Cassation sénégalaise a rendu au total 7 arrêts d'incompétence suivis de renvoi. Or aucun de ces arrêts n'est parvenu au greffe de la CCJA. Les autorités judiciaires de la Cour de Cassation soutiennent pour leur part qu'aucun budget ne leur a été alloué pour couvrir les frais de transfert des dossiers. De sorte, que tous ces

il s'agit de commerçants locaux) qui n'ont pas forcément les moyens financiers de supporter la lourdeur de cette procédure.

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

C'est admettre la diversité des sens et des méthodes dans un raisonnement judiciaire qui perd de sa cohérence et de son homogénéité. C'est empêcher l'immersion du juge dans la réalité concrète et complète de chaque affaire. C'est enlever à la décision judiciaire sa vertu pédagogique vis-à-vis des plaideurs.

Au final, la seule solution satisfaisante passe inmanquablement selon nous par une réforme du traité de l'OHADA. Celle-ci consisterait en une coopération loyale entre les juridictions nationales de cassation et la CCJA. Elle conduit à la mise en place de la technique du renvoi préjudiciel utilisée au sein de l'Union européenne (7) ou de l'UEMOA (8). Contrairement à la situation actuelle qui est potentiellement conflictuelle pour les juridictions nationales de cassation et la CCJA, la procédure du recours à la question préjudicielle instaure un climat de confiance, de complémentarité et de collaboration entre ces juridictions. La procédure se déroulerait en trois temps :

1- Le juge national décide de surseoir à statuer et de renvoyer la question d'interprétation à la CCJA ;

2- Saisie de la question la CCJA, qui garde sa compétence exclusive, dit le droit ;

3- Le juge national en fait application au litige et rend une décision qui éteint le contentieux.

Bakary Diallo,
doctorant Paris I Sorbonne

dossiers «dorment» dans les tiroirs du greffe de la Cour de Cassation. On aboutit finalement pour les parties à une sorte de déni de justice.

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

(8) La Cour de Justice dispose d'une compétence lui permettant de statuer à titre «*préjudiciel*» sur l'interprétation du traité, des actes des organes de l'Union et sur les statuts des organismes créés par le Conseil, de même que sur la légalité des actes des organes. Mais c'est improprement que le traité emploie le terme «*préjudiciel*» qui en droit n'a pas de sens (Protocole n° 1 au traité de l'UEMOA, article 12). Les juridictions et les autorités nationales dotées d'une fonction juridictionnelle peuvent donc poser une telle question à la Cour en vue de les éclairer dans l'approche d'un litige dont elles ont à connaître. Si elles statuent en dernier ressort, elles sont tenues de poser cette question.

COUR D'APPEL DE DAKAR
Chambre civile et commerciale 1
Arrêt n° 186/2005 du 18 février 2005
IBANEZ / SCI TOUBA

Entre Georges Ibanez, commerçant demeurant à Dakar et ayant pour conseil Maître Mounir Ballal, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu, *appelant*,

Comparant et concluant par l'organe dudit avocat, d'une part,

Et la société civile immobilière «Touba» prise en la personne de son représentant légal en ses bureaux à Dakar, laquelle SCI est représentée par le Standing immobilier ayant son siège social à Dakar, mais faisant élection de domicile en l'étude de Maître Malick Sall, avocat à la Cour, *intimée*,

Comparant et concluant par l'organe dudit avocat, d'autre part ;

Suivant exploit de Maître Aloyse Ndong, huissier de justice à Dakar, en date du 20 février 2002, M. Georges Ibanez a interjeté appel d'un jugement rendu le 15 janvier 2002 par le tribunal régional de Dakar, présidé par Mme Thiombane et avec l'assistance de Maître Cheikhou Oumar Sall, greffier, enregistré le 17 mai 2002, sous le bordereau n° 522/5, vol. XXV, F°114, case 4779 aux droits de seize mille francs ;

Et par le même exploit, M. Georges Ibanez a fait servir assignation à la société civile immobilière Touba d'avoir à comparaître et se trouver par devant la Cour d'appel de Dakar, chambre civile et commerciale, en son audience publique et ordinaire du 15 mars 2002 pour y venir voir et entendre statuer sur les mérites de son recours ;

Sur cette assignation, l'affaire inscrite au rôle de la Cour sous le n° 229 de l'année 2002 a été appelée à la date pour laquelle ladite assignation avait été servie puis renvoyée au 26 avril 2001 ;

A cette date, l'affaire mise au rôle particulier de l'audience a été appelée par Monsieur le conseiller chargé de la mise en état et successivement renvoyée jusqu'au 10 septembre 2004, date à laquelle elle a été utilement retenue ;

Maître Mounir Ballal pour le compte de Georges Ibanez a déposé des conclusions écrites en date du 12 juin 2003, tendant à ce qu'il plaise à la Cour ;

«Déclarer recevable en la forme l'appel interjeté par le sieur Georges Ibanez ;

Infirmen en toutes ses dispositions le jugement en date du 15 janvier 2002 ;

Réformant et statuant à nouveau ;

Vu les dispositions des articles 91, 92, 93, 94, 95, 100 et 102 du livre III titre I chapitre VI de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général de l'OHADA ;

Fixer le montant de l'indemnité d'éviction à la somme de 80.000.000 de FCFA ;

Condamner la SCI Touba aux entiers dépens d'instance et d'appel dont distraction au profit de l'avocat qui le requiert aux offres de droit ;

Conclusions du 1^{er} avril 2004

Adjuger de plus fort au sieur Georges Ibanez le bénéfice de ses écritures principales en date du 12 juin 2003.»

Maître Malick Sall pour le compte de la SCI Touba a déposé des conclusions écrites tendant à ce qu'il plaise à la Cour ;

Conclusions du 9 juillet 2003 :

«Statuer ce que de droit sur la recevabilité formelle de l'appel ;

Vu le congé en date du 23 juin 1999 ;

Vu le jugement du tribunal régional hors classe de Dakar du 30 janvier 2001 ;

Vu les dispositions de l'article 95-2° de l'Acte uniforme sur le droit commercial général ;

Débouter le sieur Georges Ibanez de l'ensemble de ses moyens, fins et conclusions ;

Confirmer en conséquence le jugement n° 113 rendu le 15 janvier 2002 par le tribunal régional hors classe de Dakar.»

Conclusions du 3 juin 2004 :

«Donner acte au sieur Georges Ibanez qu'il reconnaît que l'immeuble pour lequel congé a été donné a été détruit et les lieux sont toujours en chantier ;

Adjuger en conséquence à la SCI Touba l'entier bénéfice de ses écritures principales et celui des présentes.»

Les débats ont été clos et Monsieur le conseiller chargé de la mise en état a pris une ordonnance de clôture en date du 10 septembre 2004 renvoyant l'affaire au 3 décembre 2004, au 10 décembre 2004, puis au 7 janvier 2005 devant la chambre de céans pour mise en délibéré ;

Sur quoi Monsieur le président a mis l'affaire en délibéré pour l'arrêt à intervenir à la date du 21 janvier 2005 ;

DROIT

La cause en cet état présentait à juger les différents points de droit résultant du dossier et des conclusions prises par les parties en cause ;

Quid des dépens ?

A cette date, le délibéré a été prorogé au 18 février 2005 ;

Advenue l'audience publique et ordinaire de ce jour 18 février 2005 la Cour mêmement composée, vidant son délibéré, a statué ainsi qu'il suit :

La Cour,

Vu les pièces du dossier ;

Où les parties en toutes leurs demandes, fins et conclusions ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Considérant que par acte en date du 20 février 2002, le sieur Georges Ibanez a interjeté appel contre le jugement rendu le 15 janvier 2002 par le tribunal régional hors classe de Dakar et dont le dispositif est ainsi conçu :

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

En la forme

Reçoit l'action de Georges Ibanez ;

Au fond

Le déboute de toutes ses demandes comme mal fondées ;

Le condamne aux dépens ;

Considérant que suivant ordonnance de clôture en date du 10 septembre 2004, le conseiller de la mise en état a déclaré l'appel recevable ;

Qu'il échet de statuer au fond ;

AU FOND**1) Sur les faits**

Considérant qu'il est constant que Georges Ibanez est lié à la société civile immobilière dénommée Touba par un contrat de bail commercial ;

Que ladite société avait d'abord, par contrat en date du 22 janvier 1992, donné en location à Claude M.J. Guignard un local à usage commercial ;

Que ledit contrat prenant effet le 1^{er} avril 1992 devait se terminer le 31 mars 2001 ;

Que par avenant portant changement du nom du preneur, Claude Guignard et la SCI Touba ont convenu de remplacer le nom du pre-

neur par Georges Ibanez, conformément à l'article 3 du contrat de bail ;

Qu'ainsi depuis le 27 avril 1996, Ibanez est locataire d'un local à usage commercial où il exploite un bar-restaurant ;

Que ce contrat venant à expiration le 31 mars 2001, le sieur Ibanez, par acte extrajudiciaire en date du 13 décembre 2000, a formulé auprès de son bailleur une demande de renouvellement de bail conformément à l'article 92 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général (AU/DCG) ;

Que par acte extrajudiciaire en date du 21 décembre 2000, la SCI Touba lui a signifié son refus de renouvellement du contrat de bail aux motifs qu'elle envisage de démolir pour reconstruire un nouvel immeuble ;

Que par exploit d'huissier en date du 1^{er} février 2001, Georges Ibanez a assigné la SCI Touba en paiement du montant de l'indemnité d'éviction ;

2) Sur les prétentions des parties

Considérant que dans ses conclusions en date du 12 juin 2003, Georges Ibanez sollicite de la Cour d'infirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions et statuant à nouveau au vu des dispositions des articles 91-92-93-04-05-100 et 102 du livre III titre I chapitre Vide l'Acte uniforme relatif au droit commercial général de l'OHADA :

- de fixer le montant de l'indemnité d'éviction à la somme de 80.000.000 FCFA ;

- de condamner la SCI Touba représentée par le Standing Immobilier à lui payer cette somme ;

Qu'il expose que les dispositions précitées sont d'ordre public ;

Que l'article 95 fait obligation au bailleur de verser au preneur l'indemnité d'éviction prévue à l'article 94 de l'AU/DCG si les locaux reconstruits ont une destination différente de celle des locaux objet du bail ;

Qu'il ajoute que la SCI Touba n'a pas envisagé dans ses plans architecturaux la construction de locaux ayant la même destination ;

Considérant que dans ses conclusions en date du 9 juillet 2003, la SCI Touba demande la confirmation du jugement entrepris en toutes ses dispositions ;

Qu'il expose avoir justifié de la nature et la description des travaux envisagés et avoir versé aux débats toutes les pièces justificatives conformément aux articles invoqués de l'AU/DCG ;

Que Ibanez procède par simples allégations et ne prouve pas que les locaux à reconstruire n'ont pas la même destination que ceux démolis ;

Considérant que dans ses conclusions en réplique en date du 12 avril 2004, Ibanez allègue qu'il verse aux débats un procès-verbal de constat d'huissier en date du 17 février 2004 faisant état de ce qu'aucune construction n'est élevée sur les lieux ;

Que ce procès-verbal prouve, selon lui, que la SCI Touba essaie de se soustraire à son obligation de l'indemniser conformément à l'article 95 AU/DCG ;

Considérant que dans ses conclusions en réplique en date du 3 juin 2004, la SCI Touba fait plaider que le procès-verbal de constat du 17 février 2004 d'Ibanez fait noter que «sur les lieux, j'ai trouvé une grande surface clôturée à l'aide de tôle en zinc... aucune construction n'est apparente» ; que cela signifie que l'immeuble a été bien détruit mais qu'il n'est pas encore construit pour qu'Ibanez se prévale d'une quelconque indemnité d'éviction ;

SUR CE

Considérant qu'il résulte de l'article 95 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général que le bailleur peut s'opposer au droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée, sans avoir à régler d'indemnité d'éviction... s'il envisage de démolir l'ensemble comprenant les lieux loués et de les reconstruire. Il devra dans ce cas justifier de la nature et de la description des travaux projetés ;

Considérant qu'il résulte des pièces versées aux débats et notamment du projet de construction d'un immeuble sur le TF n° 1352/DG * que la SCI Touba a agi conformément aux dispositions précitées ;

Qu'il y a lieu en conséquence de confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions ;

PAR CES MOTIFS,

Statuant publiquement, contradictoirement en matière civile et en dernier ressort ;

Vu l'ordonnance de clôture en date du 10 septembre 2004 ;

Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions ;

Met les dépens à la charge du sieur Ibanez.

Président : Mamadou Deme

NOTES

Si le bailleur décide de démolir pour reconstruire des locaux objets d'un bail commercial, le preneur doit quitter les lieux sans indemnité.

En la circonstance, le bailleur (la SCI Touba) avait l'intention de procéder à la démolition de l'immeuble pour sa reconstruction. Il a

donc délivré le 21 décembre 2000 à son locataire (M. Ibanez) un congé avec refus de renouvellement.

Son locataire prétextait qu'il n'y était pas soumis dans la mesure où le bailleur n'avait pas envisagé dans ses plans architecturaux la construction de locaux ayant la même destination.

Le preneur assigna donc le bailleur en paiement du montant de l'indemnité d'éviction. Mais par jugement du 15 janvier 2002, le tribunal hors classe de Dakar a rejeté sa demande en contestant le bien fondé du paiement de l'indemnité d'éviction.

Saisi sur appel, le juge du deuxième degré abonde dans le même sens en refusant de voir dans les faits de l'espèce une quelconque contradiction du refus d'indemnisation du bailleur avec les dispositions de l'article 95 de l'AU/DCG.

Il y a lieu, en effet, de retenir qu'en cas de reconstruction et de présence dans l'immeuble de locaux commerciaux, l'Acte uniforme offre au locataire un droit de priorité qui doit s'exercer dans les limites d'une surface équivalente ou susceptible de satisfaire des besoins identiques.

Cependant, en cas de non-respect de ce droit de priorité ou de changement de destination des locaux reconstruits, le locataire sera parfaitement fondé à demander le paiement de l'indemnité d'éviction prévue à l'article 94 de l'Acte uniforme.

Pour l'essentiel, cet arrêt de la Cour d'appel de Dakar doit être pleinement approuvé.

Bakary Diallo,
Doctorant Paris I Sorbonne

COUR D'APPEL DE DAKAR

Chambre civile et commerciale 2
Arrêt n° 384/2005 du 7 avril 2005
LECOINTRE / DIALLO

Entre Mme Antoinette Lecointre, née Rocha, locataire, élisant domicile en l'étude de Maître Ibrahima Dia, avocat à la Cour, *appellante*,

Comparant et concluant par l'organe du dit avocat, d'une part,

Et M. Mamadou Woury Diallo, propriétaire demeurant à Dakar, faisant élection de domicile en l'étude de Maître Nafissatou Diouf, avocat à la Cour, *intimé*,

Comparant et concluant par l'organe dudit avocat, d'autre part,

Suivant exploit de Maître Kamara, huissier de justice à Dakar, en date du 11 juin 2001, Mme Antoinette Lecointre née Rocha a interjeté appel d'un jugement rendu le 17 avril 2001 par le tribunal régional de Dakar, présidé par Mme Abibatou Babou Faye, et avec l'assistance de Maître Biteye, greffier, enregistré le 7 août 2001, sous le bordereau n° 849/3, vol. XXV, F° 44, case 3752, aux droits de seize mille francs ;

Et par le même exploit Mme Antoinette Lecointre née Rocha a fait servir assignation à M. Mamadou Woury Diallo d'avoir à comparaître et se trouver par devant la Cour d'appel de Dakar, chambre civile et commerciale, en son audience publique et ordinaire du 13 juillet 2001 pour y venir voir et entendre statuer sur les mérites de son recours ;

Sur cette assignation, l'affaire inscrite au rôle de la Cour sous le n° 635 de l'année 2001 a été appelée à la date pour laquelle ladite assignation avait été servie puis mise au rôle général ;

Sortie du rôle général, l'affaire mise au rôle particulier de l'audience de la Cour a été appelée par Monsieur le conseiller chargé de la mise en état puis renvoyée successivement jusqu'au 20 janvier 2005, date à laquelle elle est utilement retenue ;

Maître Ibrahima Dia, pour le compte de Mme Antoinette Lecointre née Rocha, a déposé des conclusions écrites tendant à ce qu'il plaise à la Cour :

Conclusions en date du 27 novembre 2003 :

«*En la forme*

Déclarer l'action recevable ;

Au fond

Infirmier la décision ;

Allouer la somme de 47.675.000 F au titre de l'indemnité d'éviction ;

Condamner Mamadou Woury Diallo au paiement ;

Condamner Diallo aux dépens.»

Conclusions en date du 22 mars 2004 et 4 décembre 2005 :

«Constater qu'il n'y a pas eu de mise en demeure conformément à l'article 95 ;

Constater l'existence du fonds de commerce ;

Adjuger en conséquence à la concluante l'entier bénéfice de ses écritures précédentes.»

Maître Nafissatou Diouf, pour le compte de Mamadou Woury Diallo, a déposé des conclusions écrites tendant à ce qu'il plaise à la Cour :

Conclusions en date du 21 janvier 2004 :

«Statuer ce que de droit sur la recevabilité de l'appel ;

Au fond

Le déclarer mal fondé et confirmer le jugement rendu le 17 avril 2001 par le tribunal régional de Dakar en toutes ses dispositions ;

Condamner l'appelant aux dépens.»

Conclusions en date du 17 novembre 2004 :

«Adjuger au concluant l'entier bénéfice de ses écritures présentes et celles antérieures.»

Les débats ont été clos et Monsieur le conseiller chargé de la mise en état a pris une ordonnance de clôture en date du 17 février 2005 et renvoyé l'affaire au 24 février 2005 devant la chambre de céans pour mise en délibéré ;

Sur quoi Monsieur le président a mis l'affaire en délibéré pour l'arrêt à intervenir à la date du 7 avril 2005 ;

DROIT

La cause en cet état présentait à juger les différents points de droit résultant du dossier et des conclusions prises par les parties en cause ;

Quid des dépens ?

Advenue l'audience publique et ordinaire de ce jour 7 avril 2005, la Cour même composée, vidant son délibéré, a statué ainsi qu'il suit :

La Cour,

Vu les pièces du dossier ;

Oùï les parties en toutes leurs demandes, fins et conclusions ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu que suivant exploit en date du 11 juin 2001, la dame Antoinette Lecointre née Rocha a relevé appel du jugement rendu le 17 avril 2001 par le tribunal régional de Dakar et dont le dispositif suit :

«*En la forme*

Reçoit l'action ;

Au fond

Dit que le congé servi le 14 janvier 2000 produira son plein et entier effet ;

Ordonne l'expulsion d'Antoinette Lecointre-Rocha des lieux loués sis au 3, rue Alfred Goux angle Raffenel, tant de sa personne, de ses biens ainsi que de tout occupant de son chef ;

Déboute cette dernière de sa demande de paiement de l'indemnité d'éviction ;

Ordonne l'exécution provisoire ;

Condamne la défenderesse aux dépens.»

Attendu que par ordonnance de clôture du 17 février 2005, le conseiller de la mise en état a déclaré l'appel recevable ;

AU FOND

Attendu que la dame Antoinette Lecointre rappelle qu'elle était liée à Mamadou Woury Diallo par un contrat de bail commercial ;

Que le bailleur Woury Diallo ayant servi un congé, avait saisi le tribunal pour faire valider le congé alors qu'elle-même demandait le renouvellement du bail ;

Qu'après le refus du bailleur, elle a réclamé le paiement d'une indemnité d'éviction, demande dont elle sera déboutée au motif qu'elle aurait sous-loué le local sans autorisation du propriétaire ;

Attendu que la dame Lecointre fait grief au jugement entrepris d'avoir statué ainsi alors que l'article 106 AUDCG dispose que le fonds de commerce peut être exploité directement ou dans le cadre d'un contrat de location-gérance ;

Qu'elle soutient que son co-contractant Alexandre Coly a exploité le fonds dans le cadre d'un contrat de location-gérance et non d'un contrat de sous-location ;

Qu'exploitant un fonds de commerce, elle est libre de par la loi de louer son fonds ;

Qu'ensuite à supposer qu'il y ait eu sous-location non autorisée, l'article 95 dit que «ce motif ne pourra être invoqué que si les faits se sont poursuivis ou renouvelés plus de deux mois après mise en demeure du bailleur, par acte extra-judiciaire d'avoir à les faire cesser» ;

Qu'ainsi le motif grave et légitime tel que invoqué et sur lequel s'est fondé le premier juge pour exclure le paiement de l'indemnité d'éviction ne pouvait être retenu, aucune mise en demeure n'ayant été servie ;

Qu'elle sollicite en conséquence l'infirmité de la décision entreprise et l'allocation de la somme de 47.675.000 F au titre de l'indemnité d'éviction ;

Attendu que Mamadou Woury Diallo résiste à ces prétentions en soutenant que le preneur a, en violation de l'article 89 AUDCG, sous-loué les lieux, et ce pour un loyer de 310.000 F, alors que le bail principal n'était que de 90.000 F ;

Que l'article 95 permet de refuser le renouvellement du bail si le bailleur justifie d'un motif grave et légitime tel que l'inexécution par le locataire d'une obligation substantielle du contrat ; or, en l'espèce, la sous-location est avérée et il résulte des pièces produites que le sous-locataire avait été expulsé pour défaut de paiement de loyers ;

Que par ailleurs l'appelante continue de contester la sous-location en prétendant qu'il s'agit d'une location-gérance mais est incapable de prouver cette location-gérance ;

Qu'il sollicite la confirmation du jugement entrepris ;

SUR QUOI

Sur le congé et l'expulsion

Attendu que l'appelante n'a relevé aucun grief contre les dispositions du jugement relatives au congé et à l'expulsion ;

Qu'il échet en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur le congé et sur l'expulsion ;

Sur l'indemnité d'éviction

Attendu que l'appelante demande l'allocation d'une indemnité d'éviction de 47.675.000 F en soutenant que le motif avancé par le premier juge pour rejeter cette demande n'est pas justifié car la sous-location n'a pas fait l'objet d'une mise en demeure conformément à l'article 95 de l'AUDCG ;

Attendu que ledit texte précise que le bailleur n'a pas à verser d'indemnité d'éviction s'il justifie d'un motif grave et légitime qui ne pourra être invoqué que si les faits se sont poursuivis plus de deux mois après la mise en demeure du bailleur par acte extra-judiciaire d'avoir à les faire cesser ;

Attendu qu'il n'est pas discuté que le bailleur n'a pas servi au locataire une mise en demeure conformément à l'article 95 AUDCG ;

Qu'il est donc malvenu de refuser le paiement de l'indemnité d'éviction ;

Attendu que l'article 93 AUDCG dispose que l'indemnité d'éviction est fixée en tenant compte notamment du montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur et de la situation géographique du local ;

Attendu que le preneur soutient sans le prouver sérieusement que son chiffre d'affaires est de 67.000.000 F et qu'il a réalisé des investissements d'un montant de 27.000.000 F ;

Attendu que la Cour dispose d'éléments d'appréciation suffisants pour fixer l'indemnité à la somme de 5.000.000 f ;

PAR CES MOTIFS,

Statuant publiquement, contrairement en matière commerciale et en dernier ressort ;

Vu l'ordonnance de clôture en date du 17 février 2005 ;

Au fond

Infirme partiellement le jugement entrepris et statuant à nouveau ;

Alloue à Antoine Lecointre la somme de 5.000.000 F au titre de l'indemnité d'éviction ;

Condamne Mamadou Woury Diallo à lui payer ladite somme ;

Confirme le jugement pour le surplus ;

Condamne Mamadou Woury Diallo aux dépens ;

Président : Doudou Ndiaye

NOTES :

Le refus de renouvellement pour « motif grave et légitime » à l'encontre du locataire sortant de l'article 95 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général demeure l'hypothèse la plus fréquente de refus sans indemnité d'éviction ; mais sa mise en œuvre semble être contrariée par la règle de la mise en demeure préalable imposée par le législateur. A cet égard, l'arrêt ci-dessus reproduit n'est pas sans intérêt théorique.

Manifestement, par l'espèce rapportée (arrêt inédit, rendu par la chambre civile et commerciale de la Cour d'appel de Dakar le 7 avril 2005), la juridiction d'appel sénégalaise entend tirer toutes les conséquences des dispositions édictées par l'article 95 de l'Acte uniforme. Mais jusqu'à quel point cette position est-elle défendable ?

Un bailleur (M. Mamadou Woury Diallo) avait délivré un congé avec refus de renouvellement sans offre de paiement de l'indemnité d'éviction à son locataire (Mme Antoinette Lecointre) et soutenait qu'il était sous l'empire de l'article 95 de l'AUDCG qui autorise le bailleur à ne pas payer d'indemnité d'éviction en cas de motif grave et légitime du preneur. Il reprochait principalement au preneur d'avoir sous-loué les locaux sans son autorisation en violation de l'article 89 de l'AUDCG.

Les premiers juges avaient estimé que la sous-location sans autorisation du bailleur rentrait dans la définition du motif grave et légitime et qu'il y avait lieu de faire échec à la demande de paiement de l'indemnité d'éviction du locataire.

Mais, faisant une application littérale de l'article 95 de l'Acte uniforme, la Cour d'appel considère qu'il ne suffit pas que le locataire ait commis des fautes graves ; encore faut-il qu'il n'ait pas régularisé deux mois après l'envoi d'une mise en demeure le sommant de se mettre en conformité avec les stipulations du bail.

En effet, l'exigence d'une mise en demeure préalable a été introduite, à l'article 95 de l'AUDCG dans les termes suivants : «... ce motif ne pourra être invoqué que si les faits se sont poursuivis ou renouvelés plus de deux mois après la mise en demeure du bailleur, par acte extrajudiciaire, d'avoir à les faire cesser...».

Cette disposition est particulièrement favorable au locataire, exonéré des fautes qu'il a pu commettre s'il met fin au manquement dans les deux mois qui suivent.

C'est donc à une interprétation littérale de l'article 95 de l'AU que s'attache la Cour d'appel qui aboutit à une infirmation partielle du jugement rendu par le tribunal régional de Dakar le 17 avril 2001. Mais cet arrêt peut laisser perplexé.

Dans nombre d'hypothèses, il paraît admis, en effet, que la notification préalable de la mise en demeure ne soit pas requise. Précisément, parmi ces hypothèses, la sous-location sans autorisation du bailleur revient le plus souvent comme le prototype de situations irréversibles conduisant à rendre inutile la mise en demeure.

En supposant, effectivement, qu'une telle initiative ait été prise en l'espèce par le bailleur en temps opportun, et ce à l'encontre du locataire, aurait-elle pu aboutir à régulariser l'infraction qui est définitivement réalisée ?

Prise à la lettre, cette motivation est pour le moins curieuse. En quoi la signification d'une mise en demeure aurait-elle été déterminante, l'infraction de la sous-location sans agrément et du défaut d'information du bailleur par le locataire principal ayant déjà été commise.

Pour l'essentiel, on retiendra qu'un manquement grave du locataire a pour conséquence le refus de renouvellement du bail sans indemnité d'éviction (I). Mais cette faculté est soumise à un formalisme certain (II).

I- LA SANCTION D'UN MANQUEMENT GRAVE DU LOCATAIRE

Le bailleur est en droit de refuser le renouvellement du bail sans indemnité d'éviction du locataire lorsque ce dernier a commis des manquements graves. Il en est ainsi en cas de sous-location (A) qui de ce fait doit être distingué de la location-gérance (B).

A- La sous-location un motif grave et légitime

La sous-location, c'est l'opération par laquelle le locataire principal consent un sous-contrat à un tiers sur tout ou partie des locaux. Cette opération suscite, *a priori*, la méfiance du législateur car elle pourrait constituer un acte de spéculation effectué par un commerçant qui n'exploite plus le fonds de commerce. C'est pourquoi l'article 89 de l'Acte uniforme pose le principe de l'interdiction de sous-louer.

Cette prohibition n'est, toutefois, pas absolue. En effet, les cocontractants peuvent convenir dans le contrat de bail cette possibilité. La faculté de sous-louer peut figurer dans le bail ou faire

l'objet d'un accord ultérieur, donné au moment de l'acte de sous-location ou de manière indépendante. Rien dans l'espèce rapportée ne semble indiquer que l'on est dans ce cas de figure.

Le strict respect de l'article 89 de l'AU justifierait l'accomplissement d'une formalité tendant à porter à la connaissance du bailleur «par tout moyen écrit» pour l'informer de l'intention de sous-louer. Le preneur doit apporter la preuve d'actes positifs manifestant, sans ambiguïté, la volonté du bailleur d'agréer le sous-locataire.

Admis à s'exonérer de l'indemnité d'éviction par l'article 95 de l'AUDCG s'il «justifie» d'un motif «grave et légitime», le bailleur, lui, doit apporter la preuve du motif invoqué dans le congé et de son caractère de gravité. Mais un seul motif suffit puisque le texte emploie le singulier.

L'article 95 de l'AUDCG prend la peine de définir la notion de «motif grave et légitime» qui doit consister «soit dans l'inexécution par le locataire d'une obligation substantielle du bail, soit encore dans la cessation de l'exploitation du fonds de commerce». On pourrait en déduire que le motif grave et légitime doit porter sur une faute contractuelle matérialisant la violation du contrat. Mais l'infraction peut consister en un acte suffisamment grave et imputable au preneur à condition de se rattacher par un lien étroit avec l'exécution du bail commercial.

Dans l'espèce analysée, le bailleur fait état d'une sous-location effectuée sans son autorisation en totale violation de l'article 89 de l'Acte uniforme, donc de la violation d'une interdiction légale de sous-location et de l'inexécution de l'obligation d'information qui incombe au preneur.

Pour tenter de s'expié de ces difficultés, le locataire qualifie cette opération de location gérance. Qu'en est-il réellement ?

B- Location-gérance ou sous-location ?

A vrai dire, il n'est pas surprenant que le locataire principal, pour éluder une interdiction de sous-louer, tente de dissimuler une sous-location illicite sous un contrat d'appellation différente et notamment une location-gérance.

La location-gérance doit soigneusement être distinguée de la sous-location. Il est d'autant nécessaire de bien distinguer les deux types de contrats que l'un et l'autre sont soumis, chacun en ce qui le concerne, à des législations spécifiques qui poursuivent des finalités et sont animées de logiques différentes. Notamment la législation des baux commerciaux cherche à assurer au locataire une stabilité du lien contractuel, ce qui n'est absolument pas le cas du droit de la location-gérance qui admet le caractère temporaire ou transitoire de la relation, et donc ne reconnaît aucun droit au renouvellement au locataire-gérant.

La location-gérance, encore appelée parfois gérance libre (par opposition à la gérance salariée), est définie comme «une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce en concède la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls» (article 106 al. 3 de l'AUDCG). Le contrat porte sur le fonds, universalité incorporelle, et non sur les locaux dans lesquels le fonds loué est exploité.

Si bien que la location-gérance porte sur un fonds de commerce, bien meuble incorporel, alors que le sous-bail porte sur un immeuble dans lequel le fonds est exploité.

Reste que, pour qu'il ait location-gérance, il faut que le contrat ait bien porté sur le fonds, et non sur la seule mise à disposition du local par celui qui en dispose aux termes d'un bail commercial. Ce qui compte ici, c'est la réalité des relations qui se nouent entre les parties et non pas les clauses abstraites, parfois volontairement ambiguës de l'*instrumentum*.

L'objectif pour le locataire est de faire échec aux clauses du bail commercial qui, le plus souvent, interdisent la simple sous-location ou plus exactement est prohibée par le législateur OHADA sauf stipulation contraire du contrat. C'est évidemment au bailleur qu'il revient d'apporter la preuve d'une telle simulation.

Néanmoins, la démonstration est relativement aisée. Car le juge peut s'appuyer en l'espèce sur la présomption selon laquelle toute occupation de l'immeuble loué par un tiers moyennant une contrepartie s'analyse comme une sous-location. Le bailleur pourra se contenter d'établir ces éléments pour obtenir la requalification.

Les faits de l'espèce tels que rapportés ne nous permettent pas de pousser plus loin l'analyse, mais, en la matière l'appréciation souveraine des juges du fonds fait la loi. Ce n'est pas parce que les parties ont expressément intitulé leur convention «contrat de location gérance» que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de requalifier celle-ci en contrat de sous-location (1).

Dans le cas en espèce, ni le tribunal régional ni la Cour d'appel n'ont retenu la qualification de location-gérance à la place de la sous-location. L'argument du preneur était, en effet, irrecevable.

Le propriétaire qui fait la preuve, par tous moyens, de l'existence d'une véritable sous-location peut obtenir le refus de renouvellement sans paiement d'indemnité d'éviction.

Mais, dans tous les cas, ce refus obéit à un formalisme certain, qui participe au besoin de protection de la propriété commerciale. Ainsi, à peine de nullité le congé pour refus de renouvellement doit être précédé d'une mise en demeure

(1) Cass. 3° civ., 23 mai 1995, *Bull. civ.*, III, n° 53.

II- L'OBLIGATION DE PRINCIPE DE PROCEDER A UNE MISE EN DEMEURE

Il ne suffit pas que le locataire ait commis une faute grave, encore faut-il qu'il n'ait pas régularisé après l'envoi d'une mise en demeure le sommant de se mettre en conformité avec les stipulations du bail (A). Sinon il s'exposera au paiement de l'indemnité d'éviction (B).

A- Sanction du manquement étroitement encadrée : la nécessité d'une mise en demeure

Il est apparu aux yeux de la Cour d'appel qui a infirmé sur ce point le jugement du tribunal régional hors classe de Dakar que l'obligation de mise en demeure est un formalisme à peine de nullité. Car elle estime *« malvenu »*, pour un bailleur se prévalant d'un motif grave et légitime qui n'a pas procédé à une mise en demeure, *« de refuser le paiement de l'indemnité d'éviction »*.

L'article 95 de l'AUDCG impose, en effet, ce formalisme de mise en demeure comme une mesure de protection qui conditionne l'invoque de ce motif grave et légitime par la réalisation de cet acte extrajudiciaire.

En d'autres termes, le bailleur ne pourra se prévaloir de « l'infraction » que si elle s'est poursuivie ou renouvelée plus de deux mois après la mise en demeure d'avoir à la faire cesser. Ainsi, c'est l'absence de régularisation après mise en demeure qui cristallise la faute, et ferme le refus de renouvellement sans indemnité d'éviction.

Cette règle sévère pour le bailleur exprime la volonté très claire du législateur de protéger le commerçant contre les conséquences du refus de renouvellement du bailleur, le droit au bail étant le véritable substratum de la propriété commerciale.

En effet, que l'immeuble loué dans lequel il exerce son activité ait de l'importance pour le commerçant, rien n'est plus certain. Que le refus de renouvellement du bail entraîne une perte de la clientèle, élément essentiel du fonds de commerce et, par là, porte atteinte à l'existence même du fonds, cela ne fait aucun doute.

Dans le cas en espèce, la Cour d'appel consacre l'impossibilité de se prévaloir du motif grave et légitime en l'absence de mise en demeure. La Cour d'appel tire toutes les conséquences des exigences de l'article 95 de l'Acte uniforme. Le bailleur n'est pas en droit de se prévaloir des manquements commis et devra payer l'indemnité d'éviction s'il refuse le renouvellement du bail, ou, à défaut, le paiement de l'indemnité d'éviction, tant que le locataire peut mettre fin au manquement constaté.

Le refus de renouvellement pour motif grave et légitime suppose qu'une mise en demeure ait été notifiée pour que l'infraction invoquée cessât.

Dans le cas particulier, faute pour le bailleur d'avoir procédé à cette formalité la Cour d'appel rappelle comme une évidence l'obligation de paiement de l'indemnité d'éviction qui doit réparer le préjudice causé par le refus. Le locataire n'a pas obtenu le renouvellement de son bail, mais il doit recevoir une somme qui le remplit de son droit de manière équivalente. La mesure du préjudice est le fonds de commerce lui-même et, accessoirement, la valeur du droit au bail.

La motivation des juges d'appel montre que la protection va au fonds, et non directement à la personne du locataire. Le statut se veut très protecteur des intérêts du locataire sans ignorer ceux du bailleur.

L'indemnité de remplacement, qui doit être égale à la valeur marchande du fonds de commerce, est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. C'est ce qui ressort des termes de l'article 94 al. 2 de l'AUDCG : « À défaut d'accord sur le montant de cette indemnité, celle-ci est fixée par la juridiction compétente en tenant compte notamment du montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur et de la situation géographique du local. »

Le juge recherchera la valeur du fonds de commerce comme s'il devait être vendu, selon les usages de la profession considérée.

Pour ce faire, il tient habituellement compte du chiffre d'affaires et des bénéfices réalisés par le locataire, tels qu'ils résultent des déclarations fiscales, si bien qu'en cas de fraude, le locataire sera pénalisé. En l'espèce le preneur soutenait que le montant de son chiffre d'affaires s'élevait à 67.000.000 CFA, sans en apporter la preuve. Les juges d'appel ne lui accorderont finalement que 5.000.000 CFA.

Toutefois, se pose, de manière latente, la question de savoir si l'exigence d'une mise en demeure préalable est utile lorsque le dommage est définitivement réalisé. Comme cela semble être le cas pour une sous-location sans autorisation du bailleur.

B- La neutralisation de l'obligation de procéder à la mise en demeure

En vertu de l'article 95 de l'AUDCG, lorsque le preneur a commis une infraction au bail, le bailleur refusant de renouveler le contrat sans paiement d'indemnité doit au préalable, et par acte d'huissier, mettre en demeure son cocontractant. Et ce n'est qu'en cas de persistance ou de renouvellement de l'infraction plus de deux mois après cette mise en demeure que la rupture sera consommée.

Sur l'appréciation et l'application d'un motif grave et légitime malgré la définition donnée par le législateur, les tribunaux devraient garder toute leur liberté d'appréciation.

Bien que les fautes contractuelles ne fassent l'objet d'aucune distinction par le législateur, il y a lieu de considérer différemment les

infractions à caractère instantané, des infractions de nature continue.

Dans les cas d'infractions instantanées, on estime que la mise en demeure est inutile car la situation créée est irréversible : l'omission d'appeler le bailleur à concourir à l'acte de sous-location (2) ou le défaut de formalité préalable à la cession du bail (3). Ces infractions sont définitivement commises et leurs conséquences ne sont plus susceptibles d'être réparées par le locataire.

Tandis que dans les cas d'infractions continues, telles que le non-paiement des loyers, l'inexécution de l'obligation d'entretien, l'absence provisoire d'exploitation, le non-respect de la destination des lieux, il est normal en revanche de se montrer strict : la mise en demeure préalable est obligatoire et doit se conformer aux prescriptions de l'article 95 de l'AUDCG.

Le refus de renouvellement suppose, en effet, que le grief reproché au locataire se soit renouvelé plus de deux mois après la mise en demeure. Si le preneur a mis fin à l'infraction dans le délai, le bailleur ne peut plus invoquer le motif sans une nouvelle mise en demeure, même en cas d'infraction répétitive, tels des retards réitérés dans le paiement des loyers.

Lorsque, à l'inverse, le preneur ne s'est pas exécuté, le bailleur bénéficie du droit de mettre fin aux relations contractuelles sous réserve de l'appréciation du juge.

Lorsque la faute du locataire crée une situation irréversible comme en l'espèce la sous-location sans autorisation du bailleur qui est l'exemple type (4), celle-ci n'est susceptible d'aucune régularisation, la mise en demeure ne paraît pas nécessaire, la régularisation étant impossible.

La jurisprudence française fait d'ailleurs largement application de cette théorie dite des infractions irréversibles pour limiter l'exigence de la mise en demeure (5). A cet égard l'un des arrêts de la Cour de Cassation retenant nettement cette théorie est particulièrement révélateur puisque dans son attendu la Cour précise : «*Il n'est pas possible pour le preneur de réparer les conséquences et les effets de son infraction*» (6).

(2) Civ. 3, 2 novembre 1982, *Bull. civ.*, III, n° 210, *Rev. Loyers* 1983, p. 45.

(3) Civ. 3, 13 décembre 1973, *Bull. civ.*, III, n° 112.

(4) Voir en droit français Civ. 3, 13 mars 1991, *Loyer et copr.* 1991, n° 343, obs. Ph.-H. Brault ; Civ. 3, 29 novembre 1995, *RDI* 1996, p. 624, obs. J. Derrupe ; Civ. 3, 9 juillet 2003, *D.*, 2003, p. 2239, obs. Y. Roudet.

(5) Voir Cour d'appel, Paris, 10 juillet 1990, *Loyers et copr.* 1990, n° 479.

(6) Civ. 3, 13 mars 1991, *Rev. loyers* 1991, p. 283. *Rev. Loyers* 1991, p. 283, *JCP* 1991, éd. N.I., n° 2059, p. 641, obs. Moneger.

Ainsi à chaque fois qu'une tentative de réparer l'infraction sera vaine, celle-ci étant irréversible ou instantanée, le bailleur se verra dispenser de l'obligation de mise en demeure. La jurisprudence doit rester purement casuistique sur ce point. Mais il faut que la faute soit suffisamment grave pour faire obstacle à la poursuite des relations contractuelles.

A l'encontre du locataire principal qui aurait consenti une sous-location interdite, sans solliciter l'autorisation du bailleur, devrait s'appliquer la sanction du refus de renouvellement pour motif grave et légitime, sans nécessairement recourir à la formalité de mise en demeure.

L'infraction commise par le locataire ne pouvait être réparée ; la mise en demeure préalable au congé était inutile.

On peut se demander si sur ce point précis l'arrêt de la Cour d'appel ne serait pas voué à la censure de la CCJA si celle-ci avait été saisie dans une procédure de pourvoi en cassation. Dans tous les cas d'infractions irréversibles, une mise en demeure serait fatalement inutile, aucune mise en demeure ne pouvant produire d'effets, le dommage étant définitivement réalisé.

Qui plus est, la faute du locataire en l'espèce est double : d'abord il s'est comporté comme s'il était le propriétaire et à donner lui-même en location les locaux pris à bail à un tiers sans aviser le véritable propriétaire des lieux ; ensuite il s'est livré à une spéculation en triplant le montant du loyer pour son seul bénéfice (un loyer de 310.000 FCFA alors que le bail principal n'était que de 90.000 FCFA).

A ce propos, on pourra ajouter que le bailleur découvrant l'existence d'une sous-location aurait pu en sus du refus de renouvellement sans indemnité demander et obtenir un dédommagement financier (par le biais d'une action judiciaire en révision du loyer), cette action pouvant s'exercer concomitamment sans préjudice de l'action en non-renouvellement.

Quoi qu'il en soit, cet arrêt de la Cour d'appel de Dakar qui opte pour une interprétation littérale de l'article 95 de l'AUDCG est assez critiquable. Mais il ne s'agit là qu'un arrêt d'une Cour d'appel, ayant toute l'allure d'une solution d'espèce. Reste à savoir si pour l'avenir la CCJA compte désavouer cette position des juges du fond. Et faire sienne la théorie des infractions irréversibles.

Néanmoins, les praticiens seraient bien inspirés pour l'heure de délivrer systématiquement une mise en demeure, s'ils entendent se prévaloir d'un motif grave et légitime de refus de renouvellement, même – et peut être surtout – si cette mise en demeure est vouée à rester lettre morte.

Bakary Diallo,
doctorant Paris I, La Sorbonne