



COUR SUPRÊME

Bulletin

d'information

Numéros 1-2

Activités et événements

Jurisprudence

Doctrine

Textes législatifs et réglementaires

Informations et actualités brèves

Service de Documentation et d'Études

Décembre 2010



COUR SUPRÊME

Bulletin

d'information

Numéros 1-2

Service de Documentation et d'Études

Décembre 2010

Le Directeur de Publication

Papa Makha Ndiaye

Comité de rédaction

Abdoulaye Ndiaye, Abdourahmane Diouf, Sangoné Fall,
Jean Aloïse Ndiaye, Seydina Issa Sow, Idrissa Sow, Babacar Diallo,
Amadou Mbaye Guissé, Madjiguène Diagne

**Cour suprême
(ex Musée Dynamique)
bd Martin Luther King – Fann Hock
BP 15 184 Dakar - Sénégal
www.coursupreme.sn**

© Cour suprême, 2010

ISSN : 0850-4229

Bulletin d'Information – N^{os} 1-2

Table des matières

Table des matières	5
Éditorial <i>Papa Makha Ndiaye</i>	7
Activités et événements de la Cour suprême	11
<i>Journées d'études sur "L'accès à la Cour suprême"</i>	11
Présentation	11
Allocution de bienvenue <i>Papa Oumar Sakho</i>	13
Le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé <i>Ndiaw Diouf</i>	15
Recours en matière administrative et accès au juge <i>Pape Demba Sy</i>	29
Un barreau spécialisé devant les juges de cassation français : pourquoi et comment ? <i>Didier Le Prado</i>	37
Le contrôle exercé en France par la Cour de Cassation, la préparation et la rédaction des arrêts <i>Jean Louis Gillet</i>	49
Méthodes de traitement des dossiers contentieux au Conseil d'État <i>Nicolas Boulouis</i>	57
Allocution de clôture <i>Papa Makha Ndiaye</i>	87
Annexes	93
Termes de référence des Journées d'études & projet de programme de travail entre le Conseil d'État, la Cour de Cassation française et la Cour suprême du Sénégal	93
Programme	95
Liste des participants	97
<i>Installation du Réseau des correspondants</i>	99
Allocution du Premier Président de la Cour suprême à l'ouverture de la première réunion des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême <i>Papa Oumar Sakho</i>	99
Présentation du Réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême <i>Papa Makha Ndiaye</i>	101

Compte-rendu de la réunion des correspondants du Service de Documentation et d'Études dans les Cours d'Appel et les Tribunaux <i>Abdoulaye Ndiaye & Abdourahmane Diouf</i>	105
Liste des participants	107
Liste des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême	110
Jurisprudence	113
Titre et sommaires d'arrêtés	113
Doctrine	121
Feu le délit d'émission de chèque sans provision : essai de réflexion sur une dépenalisation passée presque inaperçue <i>Jean Aloïse Ndiaye</i>	121
Réflexions sur l'administration provisoire de société en droit sénégalais <i>Mountaga Diouf</i>	133
Textes législatifs et réglementaires	155
Décret n° 2009-1323 du 30 novembre 2009 portant régime financier de la Cour suprême	155
Arrêté ministériel n° 993 en date du 8 février 2010, relatif au réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême	159
Informations et actualités brèves de la Cour suprême	161
Journées de réflexion de décembre 2010	161
Don d'ouvrages du Conseil d'État français	161
Perspectives de la Cour suprême	161
La Rentrée solennelle des Cours et Tribunaux, 12 janvier 2011	162
Publication du Rapport de la Cour suprême, 2008-2009	162
Information documentaire : programmation scientifique annuelle 2009-2010	162
Collaborations futures. Cour suprême – Université Cheikh Anta Diop de Dakar. Journées d'études Cour suprême – Faculté des Sciences juridiques et politiques	163

Éditorial

Papa Makha Ndiaye

Directeur du Service de Documentation et d'Études

Créé par l'arrêté n° 00341 du Premier Président de la Cour suprême, du 31 décembre 2009, le *Bulletin d'information* est un instrument privilégié d'information documentaire. Il est préparé et diffusé par le Service de Documentation et d'Études. Il doit désormais paraître, suivant une périodicité fixe, avec l'ISSN 0850-4229 qui lui a été attribué.

Le Bulletin d'information de la Cour suprême se compose d'une couverture, d'un sommaire des articles ainsi que de textes rédigés dans un but d'information générale, scientifique, technique et référencés par découpage des rubriques traitant de domaines spécialisés.

Le *Bulletin d'information* de la Cour suprême est une publication en série dont les livraisons sont semestrielles. Il s'agit d'un gisement d'informations élaborées autour de thèmes relevant, à peu près exhaustivement, de quatre domaines d'intervention de la Cour suprême : *Activités et événements de la Cour, Jurisprudence, Doctrine, Textes législatifs et réglementaires*. S'ajoute enfin une rubrique d'*Informations et actualités brèves*.

Le *Bulletin d'information* publie systématiquement les informations sur les activités exercées, d'une manière nécessaire et efficace, par la Cour suprême pour confirmer sa collaboration dynamique avec le Barreau, l'Université, la technostructure nationale et, en même temps, développer la coopération dans laquelle elle se trouve engagée avec d'autres Cours suprêmes étrangères. La publication de ces informations sur les activités de la Cour suprême est essentielle à la mission de communication du Service de Documentation et d'Études chargé d'organiser des manifestations publiques, des colloques, des journées d'études etc.

Précisément, il l'est parce que le Service de Documentation et d'Études met en œuvre des politiques dont les finalités commandent d'apparier deux approches complémentaires, en ce qui concerne la qualité institutionnelle de la Cour suprême : assurer un accès simple à la jurisprudence de la Cour, gage de sa contribution pertinente à la sécurité juridique.

Parmi les événements suscités par la mise en œuvre des mesures prises par la Cour suprême, face aux exigences d'une bonne justice, les *Journées d'études, de réflexion et/ou de concertation* organisées par le Service de Documentation et d'Études occupent une place importante.

C'est pourquoi, les *Actes des journées d'études sur l'accès à la Cour suprême*, tenues en mai 2009, sont publiés dans ce premier *Bulletin d'information* double, n° 1 - 2.

Aussi, la Cour suprême se félicite-t-elle de la collaboration exemplaire qui s'est établie, à l'occasion des débats, entre magistrats, universitaires, avocats et fonctionnaires. En effet, cette rencontre résume une double sollicitude de la Cour suprême, puisque l'objet qu'elle visait était d'intensifier le dialogue avec l'Université et le Barreau sénégalais et, en même temps, consolider le lien institutionnel qui sert de levain aux relations qu'elle entretient avec des institutions françaises, la Cour de Cassation, le Conseil d'État et leur Barreau spécialisé. Dans le cadre de leur étroite collaboration, la démarche de la Cour suprême pour assurer la qualité de sa production ou trouver des réponses aux défis qui l'interpellent, est fortement appuyée par ses partenaires français. Il convient de promouvoir les mécanismes de coopération susceptibles de renforcer cette solidarité professionnelle.

Le *Bulletin d'Informations* propose également un compte-rendu d'une importante réunion lors de l'installation du Réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études. Cet événement a constitué dans le développement des activités de la Cour suprême un moment fort et riche de promesses.

L'une des fonctions du Service de Documentation et d'Études consiste, selon la formule bien connue du Professeur Loïc Cadiet à « *faire savoir ce qui a été jugé* » par les Cours et Tribunaux, en particulier la Cour suprême. Cet enjeu donne à comprendre pourquoi le *Bulletin d'information* comporte un large domaine réservé aux *décisions judiciaires importantes* et à leurs *Sommaires et Titres*. La parution de ces informations essentielles est, en effet, caractéristique de la *mission jurisprudentielle* de la Cour suprême.

Les analyses doctrinales sont étroitement complémentaires des débats entre spécialistes sur des thèmes de problématiques liées à l'application soit des règles du droit national ou communautaire, soit des conventions internationales. Ainsi, une place est faite dans ce *Bulletin d'information* à des contributions individuelles sur des sujets de réflexion dont le sens et la portée sont à rechercher au niveau du système juridique sénégalais, dans son ensemble. Cette livraison comporte en particulier les contributions de Monsieur Jean Aloïse Ndiaye, membre du Service de Documentation et d'Études, qui expose son point de vue sur « *Feu le délit d'émission de chèque sans provision : essai de réflexion sur une dépénalisation passée presque inaperçue* », Monsieur Mountaga Diouf, juge au Tribunal régional hors classe de Dakar, qui fait part de ses « *Réflexions sur l'administration provisoire de société en droit sénégalais* ».

Selon l'exposé des motifs de la loi organique n° 2008-35 du 8 août 2008 sur la Cour suprême « *le renouveau de la Cour suprême est porté par les règles (...) qui ont une tendance s'inscrivant dans le sens d'un progrès de l'accès à la justice et au droit* ». La publication dans ce *Bulletin d'information* de textes rassemblés et sélectionnés, par le Service de Documentation et d'Études, compte tenu de l'approche induite par la volonté politique ayant ainsi décidé le renouveau de la Cour suprême, constitue une avancée importante vers la réalisation de cet objectif, à qui elle donne simultanément une signification particulière.

Ainsi, la présente livraison du Bulletin propose deux nouveaux textes relatifs à la Cour suprême, qui s'ajoutent à ceux qui ont été publiés dans le *Rapport annuel de la Cour suprême. 2008-2009* :

- le décret n° 2009-1323 du 30 novembre 2009 portant régime financier de la Cour suprême ;

- l'arrêté ministériel n° 993 en date du 8 février 2010, relatif au réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour Suprême

Enfin, les éléments de la dernière rubrique apportent, de manière succincte, des informations utiles sur les actualités de la Cour suprême, mais aussi des annonces sur des outils – tels des ouvrages de référence ou des ressources électroniques – indispensables au bon fonctionnement de la Justice.

La parution du *Bulletin d'information* n° 1-2, en ce début de l'an 2011, coïncidant avec la saison des vœux, je saisis l'occasion pour souhaiter à tous ceux qui ont contribué à lui donner corps, couleurs et forme, ainsi qu'à ses lecteurs, une bonne et heureuse année.

Activités et événements de la Cour suprême

Journées d'études sur "L'accès à la Cour suprême"

Présentation

L'intérêt scientifique de la démarche de qualité, qui vise la mutualisation de leurs expériences juridictionnelles, en associant des partenaires dont l'expertise complète harmonieusement leur activité professionnelle, détermine la Cour suprême du Sénégal, la Cour de cassation et le Conseil d'État français à s'efforcer, grâce à leurs conventions de jumelage, de systématiser des journées d'études, constituant une formule de concertation et mises sur pied dans des conditions d'organisation et de périodicité qui sont à l'avenant.

Des enseignements sont à recueillir dans le cadre de cette coopération dont l'exemplarité s'appuie principalement sur l'indéfectible soutien des Cours suprêmes françaises. Et ils seront les traces durables d'un travail collectif inscrit dans une dynamique de réflexion pluridisciplinaire.

À cet égard, ces forums, qui permettent aux uns et aux autres d'ouvrir les yeux sur des expériences étrangères croisées, sont riches d'informations utiles à tous ceux qui réfléchissent sur le domaine ouvert aux recours devant le juge de cassation, et encore plus à l'intervention régulatrice de ce dernier.

Ainsi, la réflexion initiée en mai 2009 sur le thème de « L'accès à la Cour suprême » a été fécondée par la confrontation des points de vue des participants aux journées d'études sur les difficultés de la mission de tutelle et de contrôle qu'accomplit la Cour suprême tout en partageant avec les juridictions du fond le pouvoir d'appliquer la loi.

L'étude des décisions rendues par la Cour suprême, ces dernières années, ainsi que celles rendues par la Cour de cassation et le Conseil d'État français, a eu une portée très significative.

Les communications et analyses doctrinales présentées au cours de ces journées ont donné aux participants l'occasion de réfléchir ensemble sur les arcanes des recours devant le juge de cassation.

Allocution de bienvenue

M. Papa Oumar Sakho

Premier Président de la Cour suprême

Mesdames, Messieurs

Je suis particulièrement heureux d'accueillir les éminents participants à ces journées d'études consacrées à l'accès à la Cour suprême.

Permettez-moi de vous remercier globalement, pour éviter de commettre des oublis.

Je voudrais tout particulièrement exprimer la reconnaissance de la Cour suprême à la délégation française :

- Madame Catherine Bolteau-Serre, magistrat, chargée de mission « relations internationales » à la première présidence de la Cour de Cassation,
- Monsieur Jean Louis Gillet, président de chambre à la Cour de Cassation, secrétaire général de l'Association des hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), formateur à l'École nationale de la Magistrature (ENM),
- Monsieur Nicolas Boulouis, maître des requêtes au Conseil d'État,
- Monsieur Didier Le Prado, Président de l'Ordre des Avocats, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation.

Je voudrais vous dire combien nous apprécions le déplacement que vous avez effectué de Paris à Dakar et vous exprimer nos remerciements d'avoir si soigneusement préparé les communications, qui fourniront une partie importante des matériaux de nos travaux dont je mesure par avance toute la portée.

Je vous souhaite un bon séjour à Dakar.

Je me réjouis que les deux communications de la première journée aient été confiées à de brillants professeurs de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Monsieur le doyen Ndiaw Diouf et Monsieur Pape Demba Sy. Merci à eux d'avoir quitté leur faculté pour venir ici partager leur immense savoir juridique.

Mesdames, messieurs

La prise en compte du vœu public, qui réclamait la réforme du système judiciaire mis en place en 1992, repose sur la loi organique n° 2008-35 du 8 août 2008 sur la Cour suprême et le décret n° 2009-367 du 20 avril 2009 pris pour son application.

L'innovation la plus retenue, dans ce dispositif, est la formule des journées d'études et de recherche.

Sans doute, parce que cette formule constitue une stratégie efficace pour satisfaire le nouvel impératif social de renforcement de la « régulation judiciaire » au Sénégal.

Sa dynamique favorise l'émergence d'une réflexion d'ensemble axée sur les problématiques spécifiques auxquelles les professionnels du droit se retrouvent confrontés dans l'exercice de leurs activités ; elle donne du relief aux relations entre la Cour suprême, l'Université et le Barreau ; elle développe l'ouverture de la Cour sur d'autres institutions du même ordre et transfigure leur collaboration.

Par ailleurs, on a pu relever, dans les statistiques de la Cour suprême, un grand nombre d'arrêts prononçant la non-admission des recours présentés par les parties.

Mais, à cet égard, les difficultés ne sont pas toutes concentrées dans la situation des justiciables ; elles découlent aussi de la texture des actes administratifs ou celles des décisions rendues par les juges du fond ; elles proviennent également de la récurrence des critiques de la doctrine, fondée sur l'incompréhension largement partagée de nos arrêts dont on dit souvent, à tort ou à raison, que la motivation est elliptique.

Pour toutes ces raisons, deux axes de réflexion ont été définis pour dégager des solutions et élaborer des recommandations concertées.

Le premier axe de réflexion soumet aux débats le contentieux de cassation dans les litiges de droit privé et celui de l'annulation, en matière administrative.

D'abord, depuis la signature du Traité instituant l'OHADA, du fait que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage se prononce sur les recours en cassation formés contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions nationales, les rapports entre la Cour suprême nationale et les juridictions du fond ont évolué en créant des zones d'incertitude sur le terrain d'application du droit positif national.

Ensuite, la contestation de la validité d'un acte administratif peut donner lieu à l'introduction d'un recours en annulation, en cas de violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, ou bien en cas d'excès ou de détournement de pouvoir. Quant au recours en cassation, son exercice tend à faire censurer par la Cour suprême, une décision rendue en matière administrative et en dernier ressort, pour violation de la loi ou de la coutume, ou pour incompétence.

Je n'en dirai pas plus, pour éviter d'anticiper les communications qui seront présentées au cours de cette première journée, par nos amis universitaires.

Le second axe de réflexion, complémentaire, concerne à la fois l'accès à la Cour suprême, assurément semé d'embûches, la compréhension des décisions de celle-ci et la qualité de la justice, appréciée sous le triple éclairage de la présentation des mémoires, de la maîtrise des techniques de rédaction des moyens de cassation et l'amélioration des conditions de travail des procureurs et juges en service à la Chancellerie ou dans les juridictions du fond.

Ainsi, préparée par la Cour suprême, en relation avec la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar et nos partenaires français – le Conseil d'État, la Cour de Cassation et l'Ordre des Avocats aux Conseils –, cette rencontre d'envergure prend la forme d'une participation à des échanges de savoirs et de travaux juridiques pour partager, à bon escient, des expériences.

Aussi, les Journées d'étude sur l'accès à la Cour suprême sont-elles constitutives d'un espace fonctionnant sur une éthique d'écoute et de rapprochement constructif entre « *des institutions, identiques au fond, quoique de formes différentes* », afin de saisir la quintessence du droit.

Je forme le vœu sincère que nos travaux permettent le dialogue et améliorent la perception de l'image de la Cour suprême.

Je forme aussi des vœux de succès, pour ce qui nous réunit ici dans l'amitié et l'estime réciproques.

Je vous remercie.

Le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé

Ndiaw Diouf

Agrégé de Droit privé, Professeur Titulaire,
Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Le thème de cette communication nous a été inspiré par la lecture de l'article L 111-1 du Code français de l'organisation judiciaire selon lequel « Il y a, pour toute la République, une Cour de Cassation ».

Cette formule qui renvoie à l'idée d'une juridiction unique et sédentaire chargée d'assurer l'unité d'interprétation de la règle de droit s'explique aisément : comme le rappelait M^e Jacques Boré, « l'égalité de tous les citoyens devant la loi que la Constitution française garantit ne peut être une réalité que si cette unité d'application et d'interprétation de la loi est assurée par une juridiction nationale unique qui impose sa doctrine aux divers cours et tribunaux et évite, par des arrêts de censure, le scandale de décisions contradictoires ».

La question que l'on peut se poser est de savoir s'il est possible, dans notre contexte marqué par la naissance d'un nouvel ordre juridique qui se veut communautaire et qui produit ses propres règles et ses propres institutions chargées de les adopter et de les faire respecter, de parler de juridiction unique ayant le monopole du traitement des pourvois dans le cadre des litiges de droit privé.

Il convient, avant de tenter de donner une réponse à cette question, de faire une observation préliminaire sur l'intégration par les règles et son corollaire la création d'un droit communautaire. Face à la mondialisation et à la globalisation des échanges qui font peser de sérieuses menaces sur les agents économiques exerçant leur activité dans le cadre des marchés étroits correspondant aux territoires balkanisés hérités de la colonisation, les États africains se sont engagés dans la création et le développement d'organisations ayant pour objet la réalisation des objectifs d'intégration, qu'elle soit économique ou juridique.

L'intégration économique se réalise dans le cadre d'organisations telles que l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine qui se donne pour mission de créer les conditions de réalisation d'un progrès économique des États membres par le renforcement de la productivité et de la compétitivité des entreprises, la mise en place d'un marché commun ouvert et concurrentiel, ainsi que l'élaboration de politiques communes dans les domaines du transport, des télécommunications, de l'énergie, etc.

En ce qui concerne l'intégration juridique ou par les règles, elle se réalise principalement dans le cadre du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique adopté en 1993 en vue de créer un espace juridique commun constitué par le territoire des États-parties.

Les rédacteurs de ce Traité ont eu pour ambition d'améliorer l'environnement juridique, en mettant un terme à l'insécurité judiciaire, mais aussi et surtout à l'insécurité juridique résultant, dans les pays signataires, de la vétusté et de la disparité des textes applicables.

Pour cette raison, le Traité a prévu l'adoption d'Actes uniformes directement applicables et obligatoires. À terme, il devrait y avoir une harmonisation, voire une unification des règles applicables aux sociétés commerciales, aux commerçants personnes

physiques, aux difficultés des entreprises, à la vente commerciale, à la comptabilité des entreprises, à l'arbitrage, aux relations sociales, au recouvrement des créances et aux garanties des créanciers.

À ce jour, huit Actes uniformes ont été adoptés et ils couvrent l'ensemble des matières concernées. Ce droit communautaire qui se développe aujourd'hui doit être appliqué de manière uniforme dans les États-parties. Pour assurer l'unité d'interprétation de ce nouveau droit, les rédacteurs du Traité ont mis en place une juridiction commune dénommée Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) qui se prononce sur les décisions rendues en dernier ressort dans les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes.

Pour exercer cette fonction juridictionnelle, la CCJA est saisie au moyen d'un recours en cassation. On le voit donc, une part non négligeable des litiges de droit privé sera désormais dévolue à la Cour commune.

Sous le bénéfice de cette observation et pour répondre à notre interrogation de départ, nous pouvons dire qu'aujourd'hui, même s'il y a une seule Cour suprême¹, il y a deux juridictions de cassation qui se partagent la mission d'unification des règles applicables aux litiges de droit privé.

Ce concours de compétence conduit à des situations parfois très délicates en raison de l'imprécision des règles opérant le partage entre la Cour commune de Justice et d'Arbitrage et les juridictions nationales statuant en cassation.

Il n'est pas toujours aisé de déterminer la juridiction devant laquelle le pourvoi devra être porté (I). Cette difficulté de rattachement produit un phénomène assez inhabituel ; la juridiction saisie du pourvoi est fréquemment amenée à se prononcer sur sa compétence, ce qui conduit à s'interroger sur le véritable régime du pourvoi qui semble quelque peu imprécis (II).

I. Un rattachement problématique

La technique utilisée par le Traité OHADA pour assurer l'interprétation uniforme du droit communautaire est le pourvoi en cassation. L'article 14 du Traité qui est le siège de la question donne compétence à la CCJA pour statuer sur les pourvois dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort en application d'un Acte uniforme. Ce texte, en apparence clair, semble avoir établi un partage net de compétence entre la CCJA et les juridictions nationales statuant en cassation (A).

L'analyse des décisions rendues ces dernières années tant par la Cour commune que par les juridictions nationales statuant en cassation, révèle cependant que les conflits de compétence sont fréquents (B), ce qui montre que la délimitation n'est pas aussi précise qu'on aurait pu le penser.

A. Des problèmes de partage de compétence

L'article 14 du Traité OHADA qui donne compétence à la CCJA pour statuer sur les pourvois dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort en application d'un Acte uniforme, réserve expressément le cas des pourvois dirigés contre les décisions appliquant une sanction pénale. Ce texte semble consacrer la compétence exclusive de la CCJA chaque fois que la décision rendue en application d'un Acte uniforme est interve-

¹ Rappelons que depuis la réforme de 2008, (loi n° 2008-35 du 7 août 2008) la Cour suprême a été recréée sur les cendres de la Cour de Cassation et du Conseil d'État.

Voir P .M. Ndiaye, *La renaissance de la Cour suprême*, Dakar, Sénégalaise de l'Imprimerie, 2008.

nue dans les matières non pénales et sa marginalisation au profit des juridictions nationales statuant en cassation lorsque la décision est intervenue en matière pénale.

1. Le rattachement du pourvoi formé en matière pénale à la juridiction nationale statuant en cassation

À la lecture de l'article 14 du Traité OHADA, al. 3 in fine, on a l'impression que les pourvois en cassation en matière pénale doivent nécessairement être portés devant les juridictions nationales statuant en cassation et qu'ils ne peuvent, en aucun cas, être portés devant la CCJA, seraient-ils fondés sur un moyen tiré de la violation d'un Acte uniforme.

Une analyse plus attentive devait cependant conduire à une position plus nuancée, car la solution n'est pas aussi tranchée qu'on pourrait le penser.

L'article 14 ne visant que les décisions qui appliquent une sanction pénale, que décider si la décision, bien que rendue en matière pénale, ne porte pas de condamnation ? La compétence de la CCJA doit-elle être exclue lorsque le pourvoi est dirigé contre une décision prononçant une relaxe à la suite d'une erreur de qualification ou contre une décision émanant d'une juridiction d'instruction qui n'a pas pour mission d'appliquer une sanction pénale, mais de se prononcer sur l'existence ou non de charges justifiant le renvoi devant une juridiction de jugement ?

Même à supposer que, dans le vocabulaire des auteurs du Traité, « décision prononçant une sanction pénale » soit synonyme de décision rendue en matière pénale, peut-on dire que la compétence de la CCJA doit nécessairement être écartée ? Il ne le semble pas.

Il est vrai que la juridiction nationale statuant en cassation est seule compétente lorsque le pourvoi tend à faire sanctionner la violation d'une règle de procédure (nullité d'un acte de procédure), la violation d'une règle de compétence ou la violation de l'obligation de motiver.

Il est tout aussi vrai que le pourvoi tendant à faire censurer la violation de la norme de sanction ne peut être porté que devant les juridictions nationales statuant en cassation.

Tel est le cas du pourvoi fondé sur la violation de la norme de sanction qui est nécessairement la loi nationale : décision prononçant une peine complémentaire non prévue, décision prononçant une peine inférieure au minimum légal sans constater l'existence de circonstances atténuantes, décision prononçant une peine supérieure au maximum légal sans constater l'existence de circonstances aggravantes.

Mais peut-on écarter la compétence de la Cour commune lorsque le pourvoi est fondé sur la violation de la norme d'incrimination qui se trouve dans l'Acte uniforme.

L'obligation d'évoquer et de statuer au fond en cas de cassation semble constituer un obstacle à la compétence de la CCJA même dans ce cas, d'autant plus que la Cour ne comporte pas de ministère public. Mais ne faut-il pas envisager la possibilité pour la CCJA de se prononcer sur l'interprétation de la disposition d'incrimination, quitte à renvoyer en cas de cassation à la juridiction nationale ?

La même question se pose lorsque l'affaire pénale nécessite, pour être tranchée, qu'une affaire commerciale relevant normalement de la compétence de la CCJA soit d'abord réglée ¹.

¹ Voir Issa-Sayegh, « La fonction juridictionnelle de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », *Ohadata* D. 02-16.

Le rattachement des pourvois formés dans les matières non pénales à la CCJA suscite autant de difficulté.

2. Le rattachement à la CCJA des pourvois formés dans les matières non pénales

Il résulte de l'article 14 du Traité OHADA que le pourvoi est porté devant la Cour commune lorsqu'il est dirigé contre une décision rendue en dernier ressort dans une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes ou des Règlements prévus par ledit Traité. Selon la Cour commune de Justice et d'Arbitrage, par cette formule, le législateur communautaire vise les pourvois dirigés contre les décisions se rapportant au contentieux de l'application des Actes uniformes.

Il y a deux cas dans lesquels la mise en œuvre de cette disposition ne pose pas de problème particulier.

Le premier correspond à celui où la juridiction d'appel a rendu la décision uniquement sur le fondement d'un Acte uniforme. Le recours formé contre une telle décision doit être porté devant la CCJA lorsque l'applicabilité de cet Acte uniforme, compte tenu de la nature du litige, n'est pas contestée.

Le deuxième cas correspond à celui où le litige a été tranché par la juridiction d'appel exclusivement sur le fondement de la loi nationale parce qu'il ne soulève pas de questions relatives à l'application d'un Acte uniforme. Le pourvoi contre une telle décision ne peut, dès lors qu'il n'est fondé sur aucun moyen tiré de la violation ou de l'erreur d'interprétation d'un Acte uniforme, être porté devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage.

Cette juridiction a eu à rappeler, à plusieurs occasions, qu'elle ne pouvait examiner un pourvoi dirigé contre une décision rendue en dernier ressort sans aucune référence à un Acte uniforme.

On peut en trouver une illustration dans une affaire où le requérant a formé un pourvoi contre une décision rendue par une Cour suprême saisie sur requête aux fins de sursis à l'exécution d'une décision de Cour d'Appel, non pas en application d'un Acte uniforme, mais de la loi nationale¹. Pour écarter le pourvoi, la Cour, après avoir relevé que la procédure introduite et qui a abouti à l'arrêt attaqué, n'avait pas pour objet de suspendre une exécution forcée déjà engagée, mais d'empêcher qu'une exécution puisse être entreprise, a jugé que l'arrêt rendu en la matière ne rentre pas dans la catégorie des décisions spécifiées aux alinéas 3 et 4 de l'article 14 et ne peut donc faire l'objet de recours devant elle.

Cette solution a été reprise par la CCJA dans une affaire où la contestation dont elle était saisie portait, selon les prétentions des parties et les motivations tant du jugement que de l'arrêt attaqué, sur l'application ou l'interprétation des dispositions de la loi nationale².

La rigueur dont fait preuve la Cour commune dans l'appréciation de sa « compétence » ne cède même pas lorsque l'auteur du pourvoi évoque une disposition d'un Acte uniforme dès lors que celle-ci n'était pas applicable.

Ainsi, dans une affaire où une Cour d'Appel avait prononcé une condamnation au paiement de dommages et intérêts en application de la loi nationale, la Cour a estimé que le pourvoi ne pouvait pas être porté devant elle malgré la référence à l'article 144 de

¹ Voir CCJA, arrêt n° 001/2005 du 27 janvier 2005, Chérif Souleymane c/ Société Chronopost International, *Rec. CCJA* n° 5, janvier-juin 2005, p. 30.

² Voir CCJA, arrêt n° 024/2005 du 31 mars 2005, Société Générale Prestation Service dite GPS c/ Société Cartering International Service dite CIS, *Rec. CCJA* n° 5, janvier-juin 2005, p. 42.

l'Acte uniforme sur le Droit commercial se rapportant au mandat de l'intermédiaire de commerce ¹. Pour la Cour, s'il est vrai que le requérant évoque ce texte, c'est seulement à titre « de rappel du principe fondamental de la liberté de la preuve, mais... sans exposer un quelconque grief quant à l'application ou l'interprétation dudit article par la Cour d'Appel ».

Au vu de ce qui précède, il n'est pas possible de soutenir que le pourvoi doit être porté devant la CCJA uniquement parce que la décision est intervenue dans une matière régie par un Acte uniforme. La Cour l'a d'ailleurs très clairement relevé dans une espèce où l'instance qui a abouti à l'arrêt de la Cour d'Appel était relative à une demande de dommages-intérêts introduite aux fins de réparation de prétendus préjudices consécutifs à deux saisies conservatoires pratiquées ².

Pour rejeter le pourvoi comme ne relevant pas de sa compétence, la Cour a estimé que l'instance n'a pas pu soulever des questions relatives à l'application d'un Acte uniforme ou Règlement prévu au Traité, aucun grief, ni moyen tiré de la violation ou de l'erreur d'interprétation n'ayant été invoqué. La Cour a pris le soin de préciser, dans cette affaire, que l'évocation par la requérante de l'article 28 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dans l'argumentaire accompagnant l'exposé des moyens ne saurait changer ni le sens, ni la motivation de l'arrêt attaqué.

À côté de ces cas où le partage de compétence entre Cour commune et juridictions nationales statuant en cassation est très net, il en est d'autres où il peut y avoir hésitation dans la détermination de la juridiction habilitée à se prononcer sur le pourvoi.

Il en est ainsi tout d'abord lorsqu'il est fait à la fois application de la loi nationale et d'un Acte uniforme. Il peut arriver par exemple que, pour parvenir à la solution du litige, le juge d'appel soit amené à combiner une disposition du Code de Procédure civile avec un Acte uniforme. L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour suprême du Niger le 16 août 2001 ³ en est une parfaite illustration.

L'Assemblée générale d'une Société Anonyme intervenant dans le domaine des assurances (SNAR-LEYMA) avait décidé une augmentation de capital par l'émission de 70 000 actions nouvelles en ouvrant le capital à des partenaires. À cette occasion, une autre société (Groupe HIMA Souleye) avait fait part de son intention de participer à l'opération par la souscription d'actions. Postérieurement à l'opération, cette société qui prétendait avoir libéré ces actions a, face à ce qu'elle considérait comme une inertie du Conseil d'administration ou sa mauvaise volonté, saisi le juge des référés d'une demande tendant à la désignation d'un administrateur judiciaire avec pour mission de convoquer une Assemblée générale.

Le juge des référés ayant fait droit à cette demande, la société SNAR-LEYMA qui avait décidé de l'augmentation du capital, l'a saisi d'une demande de rétractation. Sa décision de rejet a été confirmée par la Cour d'Appel. Un pourvoi ayant été formé devant la Cour suprême, la société défenderesse (HIMA Souleye) au pourvoi a invoqué l'incompétence de cette cour en se fondant sur les dispositions de l'article 14, alinéas 3 et 4. L'examen de ce pourvoi impliquait la combinaison des dispositions du Code de Procédure civile qui fixe la limite des pouvoirs du juge des référés et les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt

¹ CCJA, arrêt n° 14/2005 du 24 février 2005, Brou Kouassi Firmin c/ Koffi Asse, la Société Générale de Banques en Côte-d'Ivoire, *Rec. CCJA* n° 5, janvier-juin 2005, p. 37.

² CCJA, arrêt n° 047/2005 du 7 juillet 2005, Société Kindi Mali SARL c/ Banque Internationale pour le Mali, *Rec. n° 6*, juillet-décembre 2005, p. 12.

³ Voir Cour suprême du Niger, arrêt n° 01-158/C du 16 août 2001, *RIDA*, EDJA n° 50, p. 75.

économique, précisément l'article 516 qui avait été invoqué pour obtenir la désignation du mandataire.

Face à une telle situation, quelle solution adopter ? Faut-il prendre en considération le texte dont la violation est alléguée ? Mais il ne faut pas écarter totalement l'éventualité d'un pourvoi fondé à la fois sur la violation de la loi nationale et sur la violation de l'Acte uniforme. Que décider dans ce cas ? Faut-il deux pourvois portés l'un devant la juridiction nationale statuant en cassation et l'autre devant la Cour commune ?

La Cour suprême du Niger, dans l'arrêt précité, avait suggéré une solution tenant compte de la part de chacune des normes dans la prise de la décision. Pour elle, si un pourvoi qui n'est pas exclusivement fondé sur un Acte uniforme est porté devant la juridiction nationale statuant en cassation, celle-ci n'est tenue de se dessaisir au profit de la CCJA, qu'à la double condition que l'application des Actes uniformes ait été prépondérante et que le pourvoi soit fondé sur ces textes.

La Cour de Cassation du Sénégal placée dans la même situation a, dans un arrêt rendu en Chambre civile et commerciale le 14 décembre 2007, fait preuve de plus de prudence. Saisie d'un pourvoi dont les moyens étaient fondés à la fois sur la violation de la loi nationale et la violation d'un Acte uniforme, elle s'est déclarée incompétente sur le moyen en ce qu'il invoque la violation des dispositions de l'Acte uniforme et a ordonné le sursis à statuer sur les autres moyens fondés sur la violation de la loi nationale¹ La combinaison d'un Acte uniforme avec la loi nationale est la principale source de difficulté, mais n'est pas seule.

Il peut arriver aussi, ce qui peut poser des problèmes de rattachement, qu'en raison d'un problème de qualification, il y ait une incertitude sur le texte applicable, loi nationale ou Acte uniforme.

La Cour de Cassation, avant sa disparition, a eu, dans un arrêt rendu le 23 janvier 2003, à connaître d'une affaire dans laquelle le problème se posait non pas en termes de combinaison de la loi nationale et d'un Acte uniforme, mais plutôt de choix. L'affaire qui avait donné lieu à cet arrêt était relativement simple. Un salarié avait obtenu par un jugement du Tribunal du travail, la condamnation de son employeur au paiement d'une indemnité d'un montant de 45 000 000 F. Poursuivant l'exécution forcée, il a introduit une procédure de référé sur difficulté devant le Président du Tribunal du travail qui a ordonné la continuation des poursuites. Pour infirmer l'ordonnance, la Cour d'Appel a retenu, en se fondant sur les articles L 257 du Code du travail, 247 du CPC et 49 de l'AU/PSRVE, que le juge social était incompétent pour statuer en matière de référé sur difficulté.

La Chambre sociale de la Cour de Cassation a cassé cet arrêt aux motifs qu'aucune disposition des textes visés n'était applicable. La motivation était quelque peu laconique ; un Acte uniforme étant en cause, la Cour aurait dû, pour écarter son application, se livrer à une analyse approfondie.

La Cour suprême elle-même a eu à se prononcer à deux reprises sur cette délicate question de détermination du texte applicable et donc de la juridiction habilitée à juger le pourvoi. Les deux décisions étaient rendues par la Chambre sociale, la première le 25 février 2009² et la seconde le 28 avril 2010³.

Dans la première espèce, une société avait saisi la Cour d'Appel d'une demande aux fins de défense à exécution provisoire ; celle-ci a ordonné la continuation des poursui-

¹ Cass. Civ. et com., 19 décembre 2007, Adnan Attieh c/ La Société Financo S.A.

² C.S. Soc. arrêt n° 45 du 25 février 2009, Papa Mactar Sarr c/ Elton Oil Cie.

³ C.S. Soc. arrêt n° 24 du 28 avril 2010, Gras Savoye Sénégal c/ La CIBA et Pape Ousmane Ndiaye.

tes en écartant les dispositions de l'article L 260 du Code du travail au profit de l'article 32 de l'Acte uniforme portant Organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Pour casser cet arrêt, la Cour relève qu'en statuant ainsi alors qu'il s'agit d'un jugement social dont l'exécution est régie par les dispositions autonomes de l'article L 260 du Code du travail, la Cour d'Appel a violé par fausse interprétation ledit article.

Étant donné que, dans cette affaire, l'arrêt d'appel a été rendu en application de l'article 32 de l'Acte uniforme sur les Procédures simplifiées et que le pourvoi était fondé sur le même texte, ne fallait-il pas laisser à la Cour commune le soin de trancher la question ?

On peut faire la même observation à propos de la deuxième espèce. L'instance qui a abouti à la décision attaquée devant la Chambre sociale semblait soulever des questions relatives à l'application d'un Acte uniforme. En effet, le Directeur général d'une société commerciale qui avait été révoqué, avait saisi le tribunal du travail ; cette juridiction se fondant sur ce que ce dirigeant était lié à la société par un contrat de travail a condamné celle-ci au paiement de diverses sommes pour licenciement abusif. La Cour d'Appel a infirmé le jugement au motif que le Tribunal du travail était incompétent. Un pourvoi ayant été formé devant la Cour suprême, la société défenderesse a soulevé l'exception d'incompétence en soutenant que la Cour d'Appel s'est prononcée sur la base du droit communautaire, en l'espèce, l'article 426 de l'AU/SC. Pour écarter l'exception, la Cour suprême relève que « les juridictions du fond ont été saisies d'une requête d'un Directeur général de société se prévalant d'un contrat de travail » et « que l'acte d'un salarié contre une société, fût-il dirigeant de celle-ci, relève de la compétence exclusive des juridictions sociales ».

Nous ne reviendrons pas sur la qualification de l'acte qui lie le Directeur général et la société. Nous nous bornerons simplement à relever que c'est l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui fixe le statut du Directeur général et qui prévoit les modalités de sa révocation. Si la Cour d'Appel a appliqué les dispositions de cet Acte uniforme, le pourvoi qui est formé contre sa décision ne peut être porté que devant la CCJA.

La solution devrait être identique, même si c'est à la suite d'une erreur d'appréciation que la Cour d'Appel avait appliqué l'Acte uniforme. Il s'agit en effet d'une fausse application du texte ; or si la cassation doit intervenir pour fausse application, c'est sous le visa de ce texte que l'arrêt attaqué a appliqué inexactement. Ce sera donc l'Acte uniforme, lequel ne peut être apprécié que par la CCJA.

Il est même possible de soutenir qu'il devrait en être de même si la Cour d'Appel n'avait pas appliqué l'Acte uniforme.

L'on sait en effet que la censure d'un arrêt rendu en dernier ressort peut être fondée sur le refus d'application d'un texte. Si ce texte est un Acte uniforme, la Cour commune devra être saisie ; elle va alors censurer l'arrêt sous le visa de la disposition de l'Acte uniforme qui aurait dû être appliqué et qui ne l'a pas été.

Cette difficulté à délimiter le domaine d'intervention respectif de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage et des juridictions nationales statuant en cassation, est nécessairement source de conflit de compétence.

B. Des problèmes de conflit de compétence

La technique habituellement utilisée pour assurer l'interprétation uniforme du droit communautaire est celle du renvoi préjudiciel qui instaure une relation de complémentarité et de collaboration entre la juridiction communautaire chargée de veiller à la

bonne interprétation des règles produites au niveau communautaire et les juridictions nationales. Cela s'explique aisément : « dans le cadre d'un recours préjudiciel, en interprétation, la juridiction qui traite le recours ne dispose pas du pouvoir d'invalider ou d'annuler les décisions des juridictions nationales, même lorsque l'application du droit communautaire est en cause »¹ ; il s'y ajoute que la juridiction qui traite le recours ne tranche pas le litige dont l'examen relève de la compétence exclusive de la juridiction nationale.

Dans le cadre de l'OHADA, cette technique est écartée au profit de la technique du recours en cassation qui est porté devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage et que l'on peut former contre les décisions rendues en dernier ressort.

Cette option est critiquée en raison des relations potentiellement conflictuelles qu'elle instaure entre la juridiction communautaire et les juridictions nationales statuant en cassation².

Certaines de ces juridictions se sont déjà ouvertement rebellées contre leur marginalisation au profit de la Cour commune ; il suffit, pour s'en convaincre, de se référer à l'arrêt rendu par la Cour suprême du Niger le 16 août 2001 dans l'affaire SNAR Leyna c/ HIMA Souleye³.

Les conflits de compétence (ou d'attribution selon l'expression de certains auteurs)⁴ qui découlent de l'imprécision de la délimitation des domaines d'intervention peuvent être négatifs ou positifs.

Le conflit est négatif lorsque la juridiction nationale statuant en cassation et la Cour commune de Justice et d'Arbitrage saisies de pourvoi dirigé contre la même décision, rendent des décisions d'incompétence. Plusieurs cas de conflit négatif ont déjà été notés. Ainsi, dans un arrêt rendu le 24 février 2005⁵, la Cour, qui avait relevé que le recours porté devant elle ne satisfaisait pas aux conditions prévues par l'article 14 du Traité, avait estimé devoir se déclarer incompétente nonobstant l'arrêt de dessaisissement de la juridiction nationale qui, d'après elle, ne la lie pas.

Dans un autre arrêt rendu le 2 juin 2005⁶, la Cour s'est déclarée incompétente tout en prenant le soin de préciser que le renvoi opéré par la juridiction nationale statuant en cassation ne la lie pas.

Il y a conflit positif lorsqu'à propos d'une même affaire, la juridiction nationale et la Cour commune se déclarent toutes les deux compétentes⁷. Quelle solution retenir en cas de conflit positif de compétences ?

Selon Levoa⁸, il y a un système de règlement des conflits même si le mode de fonctionnement pose problème du fait que c'est l'une des juridictions en conflit, à savoir la CCJA, qui règle le litige. Cette position est fondée sur les articles 16 et 18 du Traité.

Le premier texte prévoit la suspension de toute procédure de cassation portée devant la juridiction nationale en cas de saisine de la CCJA.

¹ P. Meyer, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Ohadata* D. 06-50 ; *Penant* n° 855, p. 151.

² Pour une critique de cette option, voir P. Meyer, *art. précit.*

³ CS, 16 août 2001.

⁴ Voir Levoa, *Les compétences juridictionnelles dans l'espace OHADA et dans l'espace CEMAC*, Thèse, Yaoundé 2, Soa 2009, spécialement n° 348 et ss., pp. 298 et ss.

⁵ CCJA, arrêt n° 014/2005 précité.

⁶ CCJA, arrêt n° 36/2005 du 2 juin 2005, affaire Soc. Chronopost International c/ Chérif Souleymane.

⁷ Sur cette question, voir Levoa, thèse précitée, n° 380 et ss., pp. 322 et ss.

⁸ Levoa, n° 429, p. 358.

Quant au second, il donne à toute partie la possibilité de soulever l'incompétence de la juridiction nationale et de saisir la Cour commune si elle estime que la juridiction nationale s'est déclarée compétente à tort.

La possibilité donnée à la CCJA de rendre une décision qui s'impose à tous montre que c'est elle qui tranche le conflit. En effet, si elle estime que la juridiction nationale s'est déclarée compétente à tort, la décision de celle-ci est considérée comme nulle et non avenue.

Au vu de ce qui précède, il ne nous semble pas possible de saisir les chambres réunies dans le cadre d'une procédure de rabat d'arrêt.

Ces conflits potentiels de compétence obligent le plus souvent les juridictions saisies de pourvoi à rendre une décision sur la compétence. Cela contribue à brouiller la perception que l'on a toujours eu de cette voie de recours qui est soumise à un régime de plus en plus ambigu.

II. Un régime ambigu

Voie de recours extraordinaire, non suspensive d'exécution, le pourvoi en cassation devrait rester exceptionnel. Mais en raison de ses finalités de plus en plus confuses, le plaideur abuse de son usage et les règles de procédures qui lui sont applicables sont véridiquement imprécises.

A. Des finalités confuses

Parlant de la Cour de Cassation française, Jean Foyer disait que son rôle se limite à juger la décision attaquée dans ses rapports avec la loi ou avec le droit ». Autrement dit, poursuit cet auteur, « elle juge le jugement et non le litige, ce qui explique qu'elle doit accepter les faits tels qu'ils sont souverainement constatés par les juges du fond sans contester les appréciations des juridictions inférieures »¹.

Nos juridictions nationales de cassation, qu'elles portent la dénomination de Cour de Cassation ou de Cour suprême, héritières de la Cour de Cassation française, jouent exactement le même rôle puisque leur mission se limite à vérifier la régularité formelle des décisions portées devant elles ou leur conformité aux règles de droit. Cela explique pourquoi le pourvoi en cassation qui permet de saisir ces juridictions a une finalité précise : l'annulation de la décision attaquée lorsque les règles n'ont pas été correctement interprétées ou appliquées.

Le pourvoi ne devrait donc être ni une voie de réformation, ni une voie de rétractation. Il se distingue ainsi de l'appel qui est une voie de réformation par laquelle une affaire jugée en premier ressort est portée devant une juridiction hiérarchiquement supérieure avec toutes les questions de fait et de droit qu'elle comporte.

Il se distingue également des voies de recours de rétractation qui permettent à un plaideur de faire revenir une affaire devant la juridiction qui l'avait examinée afin de la faire réexaminer.

L'examen des dispositions de la loi organique n° 2008-35 et des textes qui l'ont précédée montre que le pourvoi en cassation dans notre pays, aujourd'hui comme hier, a été et reste une voie de recours qui permet de juger le jugement et non le procès.

¹ Voir Jean Foyer, « La fonction juridictionnelle de la Cour de Cassation ».

Il résulte des articles 52 et suivants de la loi organique de 2008 que lorsque la Cour suprême est saisie d'un pourvoi, elle a deux possibilités :

- Soit elle le rejette ; c'est ce qui se passe lorsque le pourvoi n'est pas fondé.
- Soit elle casse la décision attaquée ; c'est ce qui se passe lorsque le pourvoi est fondé.

En cas de cassation, deux situations doivent être distinguées.

La première correspond à celle où la cassation est fondée sur l'incompétence ; elle renvoie alors à la juridiction normalement compétente.

La seconde correspond à celle où la cassation est fondée sur la violation de la loi ou de la coutume ; dans ce cas, elle indique la ou les dispositions violées et renvoie devant une autre juridiction du même ordre.

La cassation est donc suivie d'un renvoi sauf dans trois cas :

- d'abord lorsque la cassation est intervenue à la suite d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi ;
- ensuite lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond ;
- enfin lorsque les faits tels qu'ils sont souverainement constatés lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée.

La Cour ne peut, au regard de ces textes, évoquer le fond et substituer sa décision à celle qu'elle censure.

C'est cette figure procédurale à laquelle nous sommes habitués qui est bouleversé par le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, et, dans une moindre mesure, le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Ces textes communautaires mettent à la charge de la Cour Commune l'obligation d'évoquer et de trancher le fond en cas de cassation.

Il est vrai que dans sa démarche, la Cour essaie de gérer convenablement le dédoublement fonctionnel qui découle de l'exécution de l'obligation d'évocation.

Pour apprécier la pertinence du moyen, elle se comporte en véritable juridiction de cassation. En évoquant, elle va, à l'image d'une juridiction du fond, trancher le litige par une décision qui est appelée à se substituer à la décision censurée.

Mais il ne fait aucun doute que l'attitude des plaideurs qui se présentent devant la cour commune sera très différente de celle qui est la leur lorsque leur pourvoi doit être porté devant la juridiction nationale statuant en cassation.

Compte tenu des effets que son exercice produit, le pourvoi porté devant la CCJA s'accommode mal des principes classiques applicables en la matière, ce qui fait qu'en l'absence de dispositions propres, la procédure qui le régit se révèle très imprécise.

B. Des règles de procédure imprécises

Les rédacteurs du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique se sont montrés très discrets sur certaines questions intéressant le pourvoi porté devant la Cour commune, notamment sur les cas d'ouverture de cette voie de recours.

Ils se gardent d'énumérer ces cas d'ouverture, ce qui n'est pas en soi un mauvais choix, puisqu'une énumération qui se veut limitative, présente l'inconvénient, comme le rappelait le Conseil d'État français, de figer le contrôle de la Cour et de lui enlever toute souplesse et toute possibilité d'évolution. C'est le lieu de souligner que le législateur sénégalais ne semble pas avoir été impressionné par cette argumentation, puisqu'il

semble limiter les cas d'ouverture à l'incompétence et à la violation de la loi ou de la coutume ¹.

Les textes communautaires ne font même aucune allusion à ces cas d'ouverture, contrairement à certaines législations ² qui prévoient d'abord que le demandeur au pourvoi doit indiquer les moyens de droit invoqués contre la décision, ensuite que le moyen ou l'élément du moyen ne doit, à peine d'irrecevabilité, mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture, enfin que le moyen ou élément de moyen doit préciser, sous la même sanction, le cas d'ouverture invoqué, la partie de la décision critiquée, ce en quoi elle encourt le reproche allégué.

C'est à peine si l'article 28 du Règlement de procédure de la Cour commune évoque la question des moyens qui doivent être invoqués à l'appui du pourvoi. Il indique simplement que le recours contient les conclusions du requérant et les moyens invoqués à l'appui de ces conclusions et indique les Actes uniformes ou les Règlements prévus par le Traité dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la Cour.

L'on notera aussi, au passage, que le texte ne fait aucune référence à la notion de violation de la loi.

Cette discrétion du législateur communautaire, en ce qui concerne les cas d'ouverture, doit-elle être analysée comme un renvoi au droit national des États parties ? Nous ne le pensons pas, dans la mesure où le droit communautaire ne renvoie pratiquement jamais au droit des États pour régler les questions intéressant le fonctionnement de la Cour commune.

Doit-on alors considérer que par, son silence, le législateur communautaire a voulu faire du pourvoi devant la Cour commune une voie de recours comparable à l'appel, donc une voie de recours ouverte sauf dans les cas expressément prévus par la loi ? On peut d'autant plus le penser que la Cour peut être amenée à connaître des questions de fond. Il faut cependant se garder d'une telle analyse, car la Cour ne peut connaître du fond des affaires qu'après avoir cassé la décision déférée devant elle ; elle suit en quelque sorte une démarche qui la conduit à se comporter successivement en juge de cassation puis en juge du fond et seulement s'il y a cassation.

En définitive, la seule analyse qui semble acceptable est celle qui fait de ce silence une volonté de confier à la Cour la mission de fixer elle-même les cas d'ouverture. Celle-ci ne se prive pas d'ailleurs de le faire, ce qui lui permet d'exercer très souvent un contrôle normatif (violation de la loi), un contrôle normatif de motivation (plusieurs décisions sont censurées pour manque de base légale), voire un contrôle disciplinaire.

Il convient d'observer à ce propos qu'en l'absence de spécialisation des avocats, les moyens du pourvoi sont très souvent mal présentés ; il y a une formule qui revient, comme une clause de style, dans pratiquement tous les moyens : « l'arrêt attaqué a violé la loi ou fait erreur dans son application ou son interprétation » ³. Du fait de la mauvaise présentation des moyens, il arrive souvent que l'auteur du pourvoi invite la Cour à exercer un contrôle normatif en invoquant, au soutien de son pourvoi, une violation de la loi et que celle-ci exerce « un contrôle normatif de motivation » ⁴ en cassant la décision pour défaut de base légale.

¹ Voir l'article 2 de la loi organique n° 2008-35, sur la Cour suprême.

² Voir l'article 978, NCPC français ou l'article 35-1 de la loi organique n° 2008-35.

³ Voir par exemple, CCJA – 016/2004 du 29 avril 2004, Scierie d'Aguibilekrou Wahab Nouhab dite SDA / Hassan Sahly. *Rec. CCJA*, janvier-juin 2004, p. 116.

⁴ L'expression est empruntée au Président Jean-François Weber, qui l'a utilisée dans une communication intitulée « Comprendre un arrêt de la cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* 702 du 15 mai 2009.

Les erreurs d'appréciation ne sont d'ailleurs pas toujours imputables aux parties ; il arrive parfois que ce soit la Cour elle-même qui prend un cas d'ouverture à cassation pour un autre. Il est arrivé, par exemple, que la Cour considère comme un cas de manque de base légale un cas d'ouverture qui relève plutôt de la violation de la loi. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'arrêt rendu le 15 juillet 2004 ¹. Pour casser l'arrêt d'une Cour d'Appel qui, dans le cadre de saisies multiples, avait estimé « qu'il ne résulte nulle part, après analyse, que [l'article 154 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution] ait fait défense au créancier de procéder à des saisies multiples... », la Cour commune a décidé, en substance, qu'en se bornant à faire une telle affirmation, la Cour d'Appel ne l'a pas mise en mesure d'exercer son contrôle. Cette réaction de la Cour est étonnante. Il ne s'agit pas pour nous de lui contester le pouvoir d'exercer un type de contrôle différent de celui qui est demandé. En effet, comme on l'a fait remarquer ², à propos de la Cour de Cassation française, la Haute juridiction « depuis l'origine... s'est reconnue une liberté, celle de s'abstraire du cas d'ouverture formellement invoqué par le moyen, pour aller de la violation de la loi vers le défaut de base légale ou vice et versa. Elle le fait librement, sans contrainte et notamment sans s'assujettir aux formalités... du Code de procédure civile prévoyant l'avis aux parties chaque fois qu'un moyen est relevé d'office, fût-ce en défense pour rejeter le pourvoi ».

On peut en revanche s'étonner de voir la Cour retenir le grief de manque de base dans un cas où manifestement ce que l'on pouvait reprocher à la Cour d'appel c'était une fausse ou mauvaise interprétation de la disposition qui était en cause en l'espèce, à savoir l'article 154 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

Tous les auteurs s'accordent aujourd'hui pour dire que le manque de base légale correspond à une insuffisance des constatations de fait nécessaires pour statuer en droit. Comme le faisait remarquer Jean Foyer ³, « ... il s'analyse en une demande de supplément d'information sur les faits adressée par la Cour de Cassation à la juridiction de renvoi parce que la décision frappée de pourvoi n'a pas mis la juridiction supérieure en mesure d'exercer sa mission régulatrice ». Ainsi conçu, le grief de manque de base légale ne peut être retenu lorsqu'il y a une atteinte à la légalité, mais seulement lorsqu'il y a « une atteinte à la logique du jugement dont la cohérence et la suffisance ne permettent pas à la Cour de Cassation d'exercer son contrôle » ⁴.

Au vu de ce qui précède, la Cour devait, pour reprendre l'expression de D. Foussard ⁵, « dire le droit à l'adresse des usagers et des juges du fond », accomplissant ainsi un acte d'autorité à l'instar du législateur lorsqu'il édicte une loi et non se contenter d'une démarche pédagogique ⁶ consistant à « demander aux juges du fond d'être plus rigoureux dans leur méthode et plus précis dans leur raisonnement » ⁷.

Le législateur communautaire se montre également discret en ce qui concerne les suites de la cassation ; on sait seulement qu'après avoir cassé, la Cour ne renvoie pas, mais elle évoque. Il lui est cependant arrivé de dire après avoir cassé qu'il y avait lieu,

¹ Mobil Oil Côte-d'Ivoire c/ Les Centaures Routiers, Compagnie Ivoirienne d'Électricité, Société d'Étude et de Développement de la Culture bananière dite SCB, Maître Adou Hyacinthe, Rec. n° 4, juillet-décembre 2004, p. 29.

² D. Foussard, « Le manque de base légale », communication à l'occasion du cycle "Droit et technique de cassation 2009" : *BICC* 1^{er} avril 2010.

³ « La fonction juridictionnelle de la cour de cassation », *art. cit.*

⁴ Guinchard et Ferrand, *Procédure civile*, 28^{ème} édit. Paris, Dalloz, coll. Précis 2006, n° 1809, p. 1270.

⁵ Foussard, communication précitée.

⁶ Certains auteurs considèrent que la cassation pour manque de base légale à une fonction pédagogique ; Voir J.-P. Ancel, « Le manque de base légale », communication à l'occasion du cycle de conférences "Droit et technique de cassation, 2009" : *BICC* 1^{er} avril 2010 ; voir aussi Weber, communication précitée.

⁷ D. Foussard, communication précitée.

sans qu'il soit besoin d'évoquer, de restituer au jugement son plein et entier effet¹. C'était dans une affaire où une Cour d'appel qui, en méconnaissant une convention d'arbitrage, avait infirmé le jugement par lequel le tribunal s'est déclaré incompétent et avait tranché le litige.

Rien n'est prévu en ce qui concerne l'étendue de la cassation (cassation totale ou cassation partielle), ni son influence sur le périmètre de la saisine de la Cour commune lorsque celle-ci, après avoir cassé, décide d'évoquer l'affaire et de trancher le litige au fond. Il ne fait certes pas de doute que lorsque la Cour prononce une cassation totale, rien ne va subsister de l'arrêt attaqué, de telle sorte qu'en évoquant elle va, à l'image d'une juridiction de renvoi saisie après cassation², être investie de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit. Mais il y a une incertitude totale sur l'étendue de la saisine en cas de cassation n'atteignant que certains chefs de la décision. Dans les hypothèses où il n'y a pas indivisibilité ou dépendance nécessaire entre les chefs de la décision cassée et ceux qui ne sont pas atteints par la cassation, la Cour, en évoquant, va-t-elle se saisir de l'entier litige ? Doit-on au contraire considérer que la Cour ne va pas être saisie des chefs de dispositifs non cassés, lesquels doivent alors être considérés comme ayant acquis l'autorité de la chose jugée ?

On peut déplorer enfin l'absence de dispositions sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi défini dans nos législations comme le pourvoi qui est formé par le Ministère public (Procureur général près la Cour suprême ou la Cour de Cassation) « contre les décisions en premier ou en dernier ressort ayant définitivement acquis l'autorité de la chose jugée en vue de faire censurer ... dans un intérêt purement doctrinal et sans porter atteinte aux droits des parties les violations de la loi dont elles sont entachées »³.

En s'abstenant de consacrer cet instrument procédural qui conduit la Cour « à s'évader du cas pour la défense et l'illustration du droit pur »⁴, le législateur communautaire rate l'occasion d'éviter l'insécurité juridique et le trouble social qui pourraient résulter de la violation de la loi par une juridiction du fond dont la décision n'a pas été attaquée à temps par les parties. L'intérêt public est ainsi sacrifié dans l'organisation du pourvoi en cassation.

Conclusion

En signant le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, les États-parties ont accepté une limitation de compétence non seulement sur le plan législatif, mais aussi sur le plan judiciaire du fait de la création de la CCJA qui joue désormais un rôle non négligeable dans le contrôle de l'interprétation du droit communautaire ce qui est normal, et du droit national, ce qui l'est moins. Il arrive parfois que la Cour se prononce sur un pourvoi qui l'amène à apprécier l'interprétation de la loi nationale par le juge national. Cela peut à terme conduire à « une guerre des juges » pouvant mettre face à face non seulement la CCJA et les juridictions nationales statuant en cassation, mais aussi la Cour commune et les autres juridictions chargées de contrôler l'interprétation du droit communautaire dans leur système (Cour de Justice de l'UEMOA, Cour de Justice de la CEDEAO).

¹ CCJA, arrêt n° 012/2005.

² Voir, pour des applications en France : Civ. 2^{ème} 25 novembre 1987 : *Bull.*, II, n° 244 ; Ass. Plén. 27 octobre 2006, *Bull.* n° 13. Il semble que la règle ne cède même pas lorsque la cassation totale est prononcée par erreur. Voir Weber, communication précitée.

³ J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 3^{ème} édit. Paris, Dalloz, Coll. Dalloz-Action, 2003, n° 141 04, p. 458.

⁴ J. Foyer, *art. cité*.

Il convient d'adopter, dans les meilleurs délais, les règles appropriées non seulement pour prévenir et trancher les conflits de compétence, mais aussi pour fixer clairement le régime du pourvoi pour lui restituer sa véritable fonction d'instrument de contrôle de l'interprétation de la loi dans l'intérêt des plaideurs et dans l'intérêt public.

Recours en matière administrative et accès au juge

Pape Demba Sy

Agrégé des Facultés de Droit

Introduction

Le droit à la justice de manière générale peut être défini comme une disposition « *reconnue par la loi à une personne impliquée dans une situation de fait de voir son cas apprécié par un juge, organe indépendant* », sur la base d'une règle de droit clairement définie.

De cette définition il ressort quatre composantes constitutives du droit à la justice : le droit à la règle, le droit d'accès à la justice, le droit à une justice juste, le droit à l'exécution des décisions de justice.

Le droit à la justice a d'abord été proclamé par des textes internationaux et régionaux.

Au plan universel, l'article 10 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 dispose que « *toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi* ». Le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP) dispose dans son article 2 al b que les États parties à cet acte s'engagent à « *garantir que l'autorité judiciaire compétente (...) statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développe les recours juridictionnels* ».

Au plan régional notamment en Afrique, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) du 27 au 28 juin 1981 en son article 7 alinéa a reconnaît à toute personne « *le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur* ».

Le professeur Pierre Couvrat dit que le droit au juge est une composante nécessaire du droit à la justice. Mais le droit au juge ne doit pas se confondre avec l'accès à la justice qui n'en n'est qu'une composante (« L'accès à la justice et ses obstacles », dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, op. cit., pp. 257-261). Pour M. Jean-Marie Raynaud, le droit au juge dépasse le droit à l'accès à la justice. Le droit au juge est donc en définitive « *la prérogative reconnue par la loi à une personne impliquée dans une situation de fait de voir son cas apprécié par le juge organe indépendant* » (« Le droit au juge devant les juridictions administratives », in Joël Rideau, op. cit., pp. 33-48).

L'importance du juge dans la protection des droits fondamentaux et dans la promotion de l'État de droit n'est plus à démontrer. Son véritable rôle, qui est de rendre la justice, commence dès l'accès du justiciable à la justice. Mais l'accès n'est pas possible sans l'existence concrète des cas d'ouverture de la possibilité d'action. Cela suppose que le justiciable potentiel jouisse d'un droit fondamental : celui de disposer d'un droit de recours devant l'autorité compétente.

L'accès à la justice est fondamental dans un État de droit. Il est fondamental parce qu'il est une condition sine qua non de l'effectivité de la règle de droit. L'accès à la justice permet à toute personne de pouvoir obtenir la reconnaissance et l'exécution de ses

droits. Sans accès à la justice, les droits consacrés par la loi seraient purement théoriques.

Que recouvre la notion d'accès à la justice ? C'est avant tout le droit d'accès au juge et le droit de se faire conseiller, défendre et représenter. Mais c'est également, le droit à un recours effectif devant un tribunal ; le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial ; le droit de pouvoir obtenir une aide juridictionnelle si l'on ne dispose pas des ressources suffisantes.

L'accès à la justice suppose une action faite par l'auteur d'une prétention afin d'être entendu par le juge pour qu'il la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'accès est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention. Il correspond pour le demandeur à la concrétisation du droit d'agir par l'introduction d'une demande en justice.

Au Sénégal, en matière administrative, les justiciables disposent d'un certain nombre de recours : il s'agit du recours pour excès de pouvoir, du déferé du représentant de l'État, du pourvoi en matière électorale (contentieux des inscriptions sur les listes électorales et contentieux des élections aux conseils des collectivités locales) et du recours en cassation contre les décisions des cours et tribunaux en matière de plein contentieux. Il s'agit des décisions rendues essentiellement en matière de contrat administratif, en matière de responsabilité de la puissance, en matière de contentieux individuel de la fonction publique et en matière fiscale. Ces recours sont portés devant la chambre administrative de la Cour suprême.

La Cour statuant en chambres réunies est compétente pour se prononcer en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par les organismes administratifs à caractère juridictionnel.

L'accès comporte plusieurs aspects. Il peut s'agir de l'accès géographique (éloignement de la juridiction compétente en matière de recours pour excès de pouvoir) de l'accès financier (cherté des actions en justice : frais d'avocat, de timbre, d'huissier, de transport etc.). On pourrait aussi évoquer les aspects sociologiques et politiques qui constituent des obstacles à l'accès au juge. Mais nous ne retiendrons que la complexité des procédures d'introduction des recours, les formalités exigées de la requête introductive d'instance.

C'est surtout la procédure en matière de recours pour excès de pouvoir qui va retenir notre attention en raison de son originalité et de sa relative complexité. En effet, en matière de cassation, la procédure est la même que pour le droit privé (droit civil, droit pénal, droit du travail ; en matière électorale, la procédure est simplifiée (simple requête, pas de ministère d'avocat). Il en est de même en cas de contentieux de la légalité des actes des collectivités locales. Le représentant de l'État, lorsqu'il décide de déférer un acte devant la Cour suprême, ne fait qu'informer les dirigeants des collectivités concernées.

Pour le recours pour excès de pouvoir, les conditions de recevabilité ne seront pas abordées : nature de la décision, intérêt à agir, délais et recours parallèle.

Seules les formalités d'introduction du recours seront prises en compte.

Il s'agira de voir si l'accès au juge est effectif, s'il est aisé, s'il n'y a pas d'obstacles à cet accès. Or tous les observateurs estiment qu'il y a de nombreux obstacles.

Pour traiter de l'accès au juge en matière de recours pour excès de pouvoir, faudra au préalable présenter le droit écrit, le droit positif tel qu'il ressort de l'armature législative.

Il faudra ensuite apprécier la démarche du juge, lorsqu'il est confronté à une situation où il doit donner une solution prévue par la norme juridique.

I. Les textes

Les conditions d'accès au juge posées par les textes sont très strictes. Elles découlent des textes suivants qui régissent la juridiction suprême depuis l'indépendance jusqu'à maintenant.

- L'Ordonnance n° 60-17 du 13 septembre 1960 portant création de la Cour suprême (présentation de la requête, ministère d'avocat, consignation d'une amende, signification de la requête à la partie adverse).

- La Loi organique n° 96-30 du 21 octobre 1996 sur le Conseil d'État (suppression du ministère d'avocat, maintien des trois autres conditions et possibilité de régularisation).

La Loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême (suppression du ministère d'avocat et de la consignation de l'amende).

De l'analyse des textes il ressort que les formalités d'introduction du recours étaient nombreuses, complexes et sévères. Le législateur a tenté de les alléger progressivement.

A. Diversité des formalités

Une requête signée par un avocat exerçant légalement au Sénégal et chargé d'accomplir au nom du requérant tous les actes de procédure. Mais ni l'administration ni le défendeur ne sont tenus de constituer un avocat (article 34).

Les conditions de recevabilité

1°) La requête doit à peine d'irrecevabilité :

- indiquer les noms et domiciles des parties ;
- contenir un exposé sommaire des faits et moyens ainsi que les conclusions ;
- être accompagnée soit de l'expédition de la décision juridictionnelle attaquée et le cas échéant, de la copie de la décision infirmée ou confirmée, soit de la décision administrative attaquée ou d'une pièce justifiant du dépôt de la réclamation.

Il doit être joint à la requête autant de copies qu'il y a de parties en cause (article 35).

Le juge déclare irrecevable une requête dans laquelle il n'y a pas un exposé des moyens (CS 27 mai 1981, Aboubacar Sylla, *RIPAS* n° 10, avril-juin 1984, p. 663 ou de conclusions (CE 1^{er} février 2001 Abdoulaye Amadou Kane c/Conseil rural de Dabia Odedji) ou encore absence de moyens et de conclusions (CE 24 mai 2004 Mamadou Thiam, non publié).

2°) Quant au ministère d'avocat, il était obligatoire dans l'ordonnance de 1960 sur la Cour suprême (article 45), le non-respect de cette formalité entraînait l'irrecevabilité du recours (CS 30 mars 1983 Mamadou Moustapha Cissé, *RIPAS*, n° 10, p. 663).

Mais, depuis l'adoption de la loi organique n° 96-30 sur le Conseil d'État, le ministère d'avocat n'est plus obligatoire. Selon l'article 35 de la loi, « le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre une décision explicite ou implicite d'une autorité administrative. Le demandeur est dispensé du ministère d'avocat ».

Il en est de même de la nouvelle loi organique de 2008 sur la Cour Suprême (article 73).

Pourquoi exiger la signature d'un avocat si la constitution d'un avocat n'est pas obligatoire ?

Les cas de déchéance

1°) Le requérant, à peine de déchéance, devait consigner la somme de 5 000 F au greffe du Conseil d'État, somme qu'il perdait en cas de rejet de son recours (CE 24 mai 2004 GIE Touba Taïf (non publié).

Cette condition a disparu de la loi organique sur la Cour suprême de 2008. Désormais, le recours est gratuit.

2°) La requête, à peine de déchéance, doit être accompagnée d'une copie de la décision attaquée et doit être signifiée dans le délai de deux mois à la partie adverse, par acte extrajudiciaire contenant élection de domicile chez l'avocat (article 38 de la loi organique sur la Cour suprême).

Cet exploit doit, à peine de nullité, indiquer les dispositions de l'article 39 de la présente loi (article 38).

Selon l'article 39, la partie adverse a, à compter de la signification prévue à l'article précédent, un délai de deux mois pour produire sa défense, à peine d'irrecevabilité. L'original de l'exploit accompagné des pièces qui lui sont annexées est, dès la formalité accomplie, déposé au greffe.

Dès l'introduction du pourvoi ou du recours, le greffe central de la Cour suprême procède à l'enrôlement et à la mise en état du dossier.

Faute par le demandeur d'avoir satisfait dans le délai prévu aux dispositions du présent article, la Cour suprême le déclare déchu de son pourvoi (article 38).

Ainsi, il s'agit de conditions cumulées :

- défaut de signification : Voir : CS 26 avril 1984 Fara Ndiaye et autres, *RIPAS* n° 10 avril-juin 1984 p. 664. CS 28 avril 1984 Parti Démocratique Sénégalais (PDS) même référence. CS 7 janvier 1987 Adama Diaw, *EDJA* n°8 décembre 1987 p.12 note M.M. Mbacké ; CE 25 août 1993 Pierre Rossi *Bull.* n° 2, p. 9. Voir également CE 21 décembre 2000 Mamadou Sarr c/Ministère de l'Éducation Nationale et CE 21 décembre 2000, Mamadou Lamine Guéye et autres c/ Communauté rurale de Nioro Alassane Tall ; CS 25 septembre 2008 Ibrahima Ba (non publié), CS 9 juin 2009 Mbaye Thiam (non publié).
- signification hors délai, CE 30 novembre 2005 Bouré Sall (non publié).
- signification sans indiquer les dispositions de l'article 39 : voir CS 27 novembre 2008 Djibril Sarr (non publié), CS 27 janvier 2009 Ousmane LO et 18 autres membres du conseil rural de Sindia (non publié).
- signification à une personne non habilitée, CS 30 juin 2009, La Société DONI-SARL (non publié).
- Signification non accompagnée d'une copie de la décision attaquée, CS 24 septembre 2009 Cheikh DIOP (non publié).

Au total, à l'heure actuelle, seules deux règles de procédure sont exigées du requérant par la loi organique de 2008 sur la Cour suprême : la forme de la requête elle-même et la signification de la requête.

Nota Bene. Le législateur sénégalais avait apporté une innovation en prévoyant la possibilité pour le juge de procéder à la régularisation de certaines requêtes mal introduites : il s'agit des formalités prévues pour la requête elle-même et de la consignation de l'amende

de 5 000 F (articles 15 et 16 de la loi organique n° 96-30 du 21 octobre 1996 sur le Conseil d'État).

Mais le juge ne s'est pas limité à ces deux cas. Il a eu, en effet, à inviter des requérants à procéder à la signification de leur requête à l'État dans le délai de deux mois conformément à l'article 20 de la loi organique (voir CE 25 juin 1997 Mamadou Touré, *Bull.* n° 65 p. 131 ; 25 juin 1997 Adolphe Dodi Sow, *Bull.* n° 1, p. 134).

Cette possibilité ne se retrouve pas dans la loi organique de 2008 sur la Cour suprême.

B. Sévérité et complexité des formalités

Sévérité

Ces formalités ont été jugées sévères par la doctrine. Gautron et Rougevin-Baville constatent que les exigences de la procédure s'opposent au libéralisme du système français. Elles sont normalement « destinées à écarter un flux excessif de recours mal formés ou non motivés ; mais il est évident qu'elles diminuent l'intérêt du recours pour excès de pouvoir en tant que voie de droit largement ouverte à tous les administrés » (*Droit public du Sénégal*, Pedone, 1977, p. 339).

Alain Bockel considère que « ces conditions sont relativement sévères, et sources de dépenses importantes : paradoxalement, le recours pour excès de pouvoir est au Sénégal est plus coûteux que le recours en pleine juridiction devant le tribunal de première instance » (*Droit administratif*, NEA, 1978, p.469).

Il en est de même de J. M. Nzouankeu qui considère qu'« une proportion importante d'affaires dont le juge est saisi est rejetée par le fait que le requérant n'a pas satisfait l'une ou l'autre de ces règles de procédure, et ces arrêts de rejet continuent d'être rendus, ce qui tend à indiquer, plus de vingt ans après l'institution de la Cour suprême, que les règles de procédure ne sont toujours pas bien connues des requérants ».

Il évoque la responsabilité des avocats.

Pour cet auteur, le problème de fond demeure que le juge n'a pas le pouvoir de déroger aux règles de procédure qui présentent un caractère impératif sans violer la loi (« Les particularités du droit administratif sénégalais », *RIPAS* n°9, janvier-mars 1984, pp. 26 et ss.

Complexité

Plusieurs conditions : défaut de signification, signification hors délai, signification sans copie de la décision attaquée, signification sans indiquer que la partie adverse a deux mois pour se défendre, signification à l'autorité habilitée.

L'autorité habilitée : agent judiciaire de l'État, représentant de l'État dans les collectivités locales, exécutif local, dirigeants des établissements publics.

II. La jurisprudence

L'analyse de la jurisprudence révèle que depuis l'indépendance les décisions de rejet pour irrecevabilité ou déchéances sont nombreuses. Le juge admet que les formalités sont rigoureuses et complexes et propose des réformes.

Après la présentation de quelques statistiques, nous indiquerons les solutions proposées par le juge.

A. Quelques statistiques

L'analyse des quarante dernières années de jurisprudence révèle que c'est le défaut de signification de la requête qui entraîne le plus grand nombre de cas de déchéance.

Ancienne Cour suprême (1960-1992)

Durant la période 1960-1990, l'étude de la jurisprudence de la Cour suprême révèle l'existence de nombreuses décisions d'irrecevabilité et de déchéance (voir la chronique de C. Lapeyre dans les *Annales Africaines* de 1973 et les statistiques contenues dans la thèse de Mayacine Diagne qui a pris en compte la période de 1960 à 1987) (« L'efficacité du contrôle contentieux exercé sur l'administration sénégalaise », 1990).

Selon C. Lapeyre, pour la période 1961-1973, la Cour suprême a rendu 46 arrêts. Un grand nombre de requêtes (14) ont été jugées irrecevables principalement pour des raisons de pure forme (omissions des formalités relatives au ministère d'avocat, à la consignation de l'amende, à la signification de la requête).

Par exemple entre 1980 et 1989, il y a eu 24 décisions de déchéance, essentiellement pour défaut de signification (ancienne Cour suprême).

Conseil d'État (1992-2008)

Pour le Conseil d'État, entre août 1993 et juin 1995, sur 110 décisions, il y eu 33 décisions de déchéance soit 27,27 % ; entre 1995 et 1997, sur 100 décisions, il y a eu 18 décisions de déchéance soit près de 20 % de l'ensemble des décisions (*Rapport annuel du Conseil d'État*, 1997).

D'ailleurs le Conseil d'État note que l'examen des décisions rendues entre 1993 et 1993 (178 décisions) fait apparaître que dans la plupart des cas, le Conseil d'État n'est pas allé au fond du fait du formalisme contraignant de l'ancienne loi organique.

Entre 1998 et 2002, on note la même tendance : sur un total de 88 arrêts, il y a eu une vingtaine de décisions de déchéance (voir pour les détails, les rapports annuels du Conseil d'État de 1998, 2000 et 2002).

Entre 2004 à 2008, sur 51 arrêts recensés par nos soins, la déchéance pour défaut de signification a été prononcée 15 fois. Le juge considère qu'il s'agit de dispositions d'ordre public.

Nouvelle Cour suprême (depuis 2008)

Pour la nouvelle Cour suprême, entre 2008 et 2009, sur 77 décisions recensées, il a été noté 22 décisions de déchéance pour défaut de signification.

On constate donc que la réunion de ces conditions est strictement contrôlée par le juge qui n'hésite pas à déclarer irrecevables les recours ne remplissant pas les conditions requises ; de nombreuses requêtes sont ainsi rejetées. Près de vingt ans après l'institution de la première Cour suprême, les règles de procédure ne sont toujours pas bien connues des requérants et surtout de leurs avocats puisque l'essentiel des recours ont été introduits par des avocats.

Au-delà de ces statistiques globales qui sont révélatrices, l'analyse des différentes décisions fait apparaître que c'est soit le défaut de signification qui est sanctionné, soit la signification à une autorité non habilitée à recevoir la signification, soit la signification tardive, soit encore la non-indication des dispositions de l'article 39.

B. Quelles solutions ?

Dans son rapport de 1998, le Conseil d'État révélait que sur 26 affaires, il ne s'est prononcé au fond que sur 12. Il estimait alors que cela était dû non pas à la rigueur de la loi organique, mais à la méconnaissance ou à l'ignorance par les requérants de la procédure. Il recommandait l'organisation de rencontres et conférences pour vulgariser davantage le droit administratif et expliquer le caractère particulier de la procédure administrative contentieuse.

Mais dans son rapport annuel de 2002, le Conseil d'État observe que le nombre relativement très élevé de rejets pour irrecevabilité et déchéance résulte du « *formalisme excessif de la procédure* » et qu'il convient d'alléger la procédure. Pour le Conseil, « *pour jouer son rôle de recours d'utilité publique, le recours en annulation doit être complètement et définitivement jugé au fond* ».

C'est ainsi que le Conseil proposa une réforme de la loi organique allant dans le sens de l'allègement de la procédure du recours pour excès de pouvoir « *afin de rendre le Conseil d'État plus accessible aux justiciables, à ceux des collectivités locales en particulier, parce qu'ils ne disposent ni d'huissiers, ni d'avocats dans les terroirs* ».

Dans l'exposé des motifs du projet élaboré par le Conseil d'État, il est constaté que la procédure est caractérisée par un formalisme excessif qui est inadapté à l'évolution de notre société. C'est ainsi que le Conseil propose la suppression de la consignation de l'amende de 5 000 F (ce qui a été fait) et la transformation de la signification par voie d'huissier par la communication des requêtes à l'État par le greffe du Conseil (ce qui n'a pas été fait).

Recommandations

- Prendre des mesures immédiates d'information et de sensibilisation des requérants et des avocats sur les particularités de la procédure en matière de recours pour excès de pouvoir.
- Réintroduire la régularisation des requêtes.
- Aller dans le sens de la suppression de la signification de la requête à la partie adverse afin de rendre plus accessible les recours contre l'administration.

En guise de conclusion

Au terme de cette étude, on constate l'existence de nombreux obstacles qui empêchent l'accès effectif à la justice pour la grande majorité des Sénégalais. Un des obstacles notables à l'accès à la justice résulte des frais élevés des actes de justice à toutes les phases de la procédure. Le coût financier de la justice est prohibitif pour la majorité des couches défavorisées de la population. Pour la majorité des Sénégalais l'accès à la justice est sérieusement affecté par la mauvaise connaissance de leurs droits et des règles de procédure parfois complexes. La mauvaise répartition des tribunaux sur le territoire national est un autre obstacle à l'accès à la justice, surtout dans les zones rurales où les populations doivent parfois parcourir des grandes distances pour rejoindre un tribunal.

Il est donc urgent de se pencher sur cette question. Au-delà des règles de procédure, les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir doivent être revisitées pour aller dans le sens d'une large ouverture du recours au public.

Au total, une réforme d'ensemble est nécessaire pour permettre un développement de la fonction contentieuse, condition de l'émergence d'une jurisprudence créatrice.

Un barreau spécialisé devant les juges de cassation français : pourquoi et comment ?

Didier Le Prado

Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation

Compte tenu du fait que me revient l'honneur de prendre la parole le premier, je commencerai par un très bref rappel de l'organisation judiciaire française, même si celle-ci vous est connue.

Ce rappel sera d'autant plus bref que vous disposez, au Sénégal, d'une organisation très proche de la nôtre.

Le système judiciaire français est marqué notamment par la dualité des ordres juridictionnel, administratif, d'une part, et judiciaire de l'autre.

Au sommet de l'ordre administratif, le Conseil d'État est à la fois juge en premier et dernier ressort des recours en excès de pouvoir dirigés contre certains actes de l'exécutif et juge des recours en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par l'ensemble des juridictions administratives dites inférieures. Depuis la création des cours administratives d'appel en 1987, le recours en cassation a pris une part importante, et aujourd'hui majoritaire, dans l'activité du Conseil d'État.

Au sommet de l'ordre judiciaire, la Cour de Cassation est, quasi exclusivement, comme son nom l'indique, une juridiction de cassation. Elle connaît de tous les pourvois en cassation qui peuvent être formés à l'encontre des décisions rendues en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire.

Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, encore appelés avocats aux Conseils, dont j'ai l'honneur de présider l'Ordre, ont pour mission de permettre à chacun, dans des conditions égales, l'accès aux juridictions suprêmes et notamment au juge de cassation aussi bien administratif que judiciaire, selon l'approche particulière qu'est la technique de cassation.

Devant le Conseil d'État, leur ministère est obligatoire en matière de cassation (sauf deux exceptions : les pensions et l'aide sociale), mais ils peuvent intervenir aussi devant les autres juridictions administratives, tels les cours administratives d'appel, les tribunaux administratifs et les juridictions administratives spécialisées (par exemple : les conseils de discipline des ordres professionnels) ou encore devant l'administration active.

Devant la Cour de Cassation, leur ministère est obligatoire sauf dans les cas où la loi en dispose autrement ; en pratique leur ministère est obligatoire en matière civile.

Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation sont regroupés dans un ordre professionnel distinct de celui des avocats à la Cour.

Avocat ayant la qualité d'officier ministériel, ils ont ainsi une double mission : celle d'avocat, au titre de laquelle ils assurent avant tout, en toute indépendance, la défense des intérêts de leur client, et celle d'officier ministériel, qualité au titre de laquelle ils participent activement au bon fonctionnement des juridictions suprêmes dans l'intérêt de l'ensemble des justiciables.

L'origine de l'institution remonte à un édit de septembre 1643 pris par Louis XIV, puis à une déclaration de janvier 1644.

Ayant survécu tant bien que mal aux bouleversements de la Révolution française, dans sa forme actuelle, l'Ordre est essentiellement régi par une ordonnance du 10 septembre 1817, modifiée à plusieurs reprises.

Le nombre d'offices, à l'origine, a été fixé à 60 ; mais les avocats aux Conseils, peuvent, depuis 1978, constituer des sociétés civiles avec un maximum de trois associés par charge. Ils sont aujourd'hui une centaine.

En outre, un décret du 22 avril 2009 a modifié l'ordonnance de 1817 pour prévoir que le garde des sceaux peut, par arrêté, créer de nouveaux offices d'avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation pour des motifs tenant à une bonne administration de la justice, au vu notamment de l'évolution du contentieux devant ces deux juridictions.

L'ordre est dirigé par un président et par un conseil de l'ordre de 11 membres, tous élus pour trois ans par l'assemblée générale de l'ordre.

Le conseil de l'ordre, auquel l'ordonnance du 10 septembre 1817 a confié le rôle de conseil de discipline, a la mission essentielle de fixer, par ses délibérations et sous le contrôle des deux juridictions, la déontologie de l'avocat aux Conseils.

Chargé d'assister le président dans l'administration des affaires ordinaires, le conseil de l'ordre est également appelé à donner un avis sur les actions en responsabilité professionnelle dirigées contre un avocat aux Conseils et qui sont tranchées par le Conseil d'État ou la Cour de Cassation, selon la nature du litige à propos duquel la responsabilité est recherchée, conformément à un décret du 11 janvier 2002.

En ma qualité de Président de cet Ordre, je me dois aujourd'hui, bien entendu, de vous présenter le rôle, les missions, les caractères essentiels et l'organisation de ce barreau spécialisé, de vous exposer ses raisons d'être, son mode de fonctionnement et ses techniques de travail.

Mais pour ce faire, je ne saurais faire l'économie d'une rapide présentation des caractéristiques de la cassation à la française.

Puisque c'est bien pour servir un tel système que les avocats aux Conseils existent : les cours suprêmes françaises sont indissociables de leur barreau spécifique et réciproquement.

J'exposerai ainsi tout d'abord, comment les caractéristiques essentielles du système de cassation à la française (I), imposent un outil de sélection mis en œuvre par les avocats aux Conseils (II) et comment l'organisation et les caractères essentiels de la profession d'avocats aux Conseils permettent à ces derniers de jouer le rôle qui leur est ainsi dévolu (III).

I. Le recours en cassation à la française : liberté et égalité d'accès qui impose l'existence d'un outil de sélection pour un accès effectif aux juges de cassation

A. Liberté et égalité d'accès aux juges suprêmes

Par opposition au système anglo-saxon, la caractéristique essentielle du recours en cassation à la française est que l'accès aux juridictions suprêmes que sont le Conseil d'État et la Cour de Cassation est ouvert à tous.

À l'inverse de la Cour Suprême américaine qui ne se prononce que sur une centaine d'affaires par an qu'elle a sélectionnées pour l'intérêt des questions juridiques qu'elles

posaient, les hautes juridictions françaises ne choisissent pas les affaires qui viennent à leur rôle.

Le système que l'on peut qualifier de démocratique, offre à chaque plaideur qui considère que la décision rendue par la juridiction du fond est entachée d'une erreur de droit la possibilité de la déférer au juge de cassation quel que soit l'enjeu économique, politique ou sociétal du litige, et quelle que soit la nature de l'erreur entachant la décision déférée, qu'il s'agisse d'une illégalité formelle ou d'une erreur de raisonnement.

On distingue à ce dernier égard traditionnellement – et parfois artificiellement – le contrôle dit disciplinaire, du contrôle dit normatif, tous deux assurés par les juges de cassation français.

En effet, par le pourvoi en cassation, le Conseil d'État et la Cour de Cassation assument en France la double mission d'interprétation de la norme et de contrôle de la légalité de la totalité des décisions des juridictions du fond rendues en dernier ressort qui leur sont déférées.

Il n'est en effet de jurisprudence que celle du juge de cassation et celui-ci doit donc en permanence intervenir pour préciser ou compléter la règle de droit.

Dans un système de droit écrit et codifié, « *l'organisation de la Cour rejoint la démarche de codification. Une seule loi pour tout le territoire, donc une interprétation uniforme de cette loi imposée par une juridiction unique qui en est la gardienne* » pour reprendre les termes du Premier Président Guy Canivet. La citation pouvant tout autant être transposée au Conseil d'État.

Ouvert à l'égard de toutes les décisions, le contrôle exercé par les juges de cassation est un contrôle en droit et non en fait.

C'est une autre caractéristique de la cassation à la française. Le recours en cassation n'est pas un troisième degré de juridiction.

La juridiction de cassation ne se livre pas à un nouvel examen, en fait, des pièces et des arguments des parties. Elle statue, en droit, sur la base des constatations factuelles souveraines des juges du fond.

Ce large contrôle de droit s'exerce dans le respect du principe d'égalité qui a un double visage :

- la même solution doit, en dernière analyse, être retenue sur tous les points du territoire ;
- et tout justiciable doit pouvoir avoir accès aux juridictions suprêmes, aucun plaideur ni aucun litige ne pouvant être a priori écartés de leur prétoire.

Libre et égal accès, contrôle étendu à tous les vices susceptibles d'affecter la décision frappée de pourvoi : ces deux caractéristiques de la cassation à la française répondent aux exigences de la démocratie procédurale en vigueur dans notre pays.

Mais bien entendu, la réponse de ce juge du droit qu'est le juge de cassation, peut varier selon la difficulté de la question soumise.

B. Un traitement différencié des affaires

Si chaque affaire bénéficie des mêmes garanties procédurales au cours de son instruction, des mécanismes internes à chacune des deux hautes juridictions permettent d'orienter le dossier suivant sa difficulté vers des formations de jugement différentes.

Au Conseil d'État : assemblée du contentieux, section du contentieux, deux sous-sections réunies, sous-section jugeant seule, ordonnance d'un président de sous-section.

À la Cour de Cassation : assemblée plénière, chambres mixtes, chambre statuant en formation plénière, chambre statuant en formation de section, formation restreinte.

De même, devant l'une ou l'autre des hautes juridictions peuvent être rendues, lorsque la question soumise ne justifie pas une motivation spécifique, des décisions de « non-admission ».

Devant le Conseil d'État, « l'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux » (art. L822-1 CJA).

Tous les pourvois en cassation font ainsi l'objet d'une procédure d'admission. Le président de la sous section à laquelle le recours est transmis procède à un premier examen du dossier pour déterminer s'il peut y avoir matière à admission. Si tel n'est pas le cas, le dossier est confié à un conseiller rapporteur qui instruit seulement quant à l'admission, puis transmis à un rapporteur public qui présente ses observations en audience publique. En principe la décision de refus d'admission est prise par une formation collégiale.

Devant la Cour de Cassation, depuis 2001, une formation de trois magistrats « déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux » (art. L131-6 du Code de l'organisation judiciaire devenu 1014 du Code de procédure civile).

La décision de non-admission n'est pas issue d'un processus sélectif en amont soumis à une formation spéciale. Elle n'est qu'une forme de décision de rejet, non motivé, ou plus précisément motivé uniquement par le rapport de non admission du conseiller rapporteur. La décision d'admission n'est prise, par une formation collégiale de la chambre, qu'après que le dossier a suivi le cours normal de tout dossier.

La non-admission est un mode de traitement accéléré des pourvois et non un mode de sélection des pourvois : les pourvois déclarés non admis le sont par la Cour de Cassation après un plein examen.

Que ce soit devant la Cour de Cassation ou le Conseil d'État, l'avocat des parties a été informé des raisons pour lesquelles la formation de jugement envisageait de statuer par une décision non motivée, soit par les conclusions du rapporteur public devant le Conseil d'État, soit par le rapport déposé par le conseiller rapporteur devant la Cour de Cassation et les avocats ont été ainsi mis à même, si nécessaire, de contester cette proposition d'orientation.

C. Constat de bonne gestion du flux : un accès effectif

Cet accès libre et égal au juge de cassation est un accès effectif car les deux juridictions suprêmes françaises ont su au cours de ces dernières années maîtriser leur flux de contentieux.

Le nombre de saisines des juges français de cassation est traditionnellement important.

Devant le Conseil d'État le nombre des requêtes, après avoir atteint des niveaux plus élevés (12 000 en 2004 et 11 000 en 2005) s'est stabilisé avant de légèrement décroître, puisqu'il est aujourd'hui inférieur à 10 000 par an.

Mais le Conseil d'État en France n'est pas seulement juge de cassation, puisqu'il est dans de nombreux cas juge en premier et dernier ressort.

Le nombre annuel de pourvois en cassation devant le Conseil d'État est de l'ordre de 5 000 ; et ce nombre a diminué régulièrement au cours des quatre dernières années.

Devant la Cour de Cassation, le nombre de pourvois en matière civile a enregistré un plafonnement au cours des dix dernières années.

Le nombre annuel de pourvois civils est d'environ 14 000.

À quoi doit s'ajouter le fait qu'à la suite d'une réforme opérée par un décret du 20 août 2004, la représentation par un avocat aux Conseils est obligatoire en matière prud'homale depuis l'année 2005, de sorte que le nombre de pourvois qui était de l'ordre de 9 000 en 2004 s'est stabilisé depuis lors entre 5 000 et 6 000 pourvois par an dans cette matière.

Enfin, en matière pénale, environ 8 000 pourvois ont été introduits en 2009 dont 2 700 ont été soutenus.

Quant aux délais de jugement, ceux-ci ont été réduits de façon sensible au cours des dix dernières années.

Ainsi devant la Cour de Cassation le délai de jugement d'un pourvoi en matière civile était de 20 mois il y a dix ans ; il est aujourd'hui de 13 mois.

Devant le Conseil d'État la durée de jugement est d'environ un an.

La maîtrise ainsi opérée du contentieux permet d'assurer au plaideur un accès effectif au juge de cassation.

La maîtrise de ce flux est permise par la technique du moyen de cassation mise en œuvre par les avocats aux Conseils qui pratiquent une véritable sélection des questions soumises aux juges suprêmes.

II. Une technique permettant aux avocats aux Conseils d'assurer leur rôle de sélection

A. La technique du moyen de cassation

La technique du moyen de cassation permet aux juges de cassation d'exercer leur contrôle de légalité sur l'ensemble des décisions en dernier ressort qui leur sont déférées.

Le moyen de cassation est un outil extrêmement utile qui oblige les parties à poser au juge une question précise par laquelle elles dénoncent l'erreur qui entacherait la décision attaquée, et aux juges d'apporter à cette question une réponse tout aussi précise.

Afin d'éviter que le juge de cassation devienne un troisième degré de juridiction, les parties à l'appui de leurs moyens de cassation doivent, à peine d'irrecevabilité, invoquer un certain nombre de cas d'ouverture à cassation limitativement énumérés : excès de pouvoir, violation de la loi, manque de base légale, insuffisance de motifs, défaut de réponse à conclusions, dénaturation...

C'est en cela que le pourvoi en cassation, ouvert à tous, n'en est pas moins une voie de recours extraordinaire.

Cet outil se prête parfaitement tant à un contrôle classique de légalité des décisions des juridictions en dernier ressort, qu'au rôle normatif imparti à une Cour suprême lorsque celle-ci est appelée à donner son interprétation d'une disposition législative.

En effet, les cas d'ouverture comme l'excès de pouvoir ou surtout la violation de la loi permettent au juge de cassation de sanctionner la fausse application ou la fausse interprétation de la loi, et d'imposer ainsi sa définition du domaine d'application de la loi et son interprétation uniforme des textes.

Le manque de base légale lui permet de préciser les conditions d'application d'un texte en reprochant au juge du fond l'absence de caractérisation d'une condition essentielle qui se trouve ainsi identifiée par le juge de cassation.

Parallèlement, le contrôle disciplinaire est assuré par les griefs qui touchent à la motivation de la décision.

Sans faire un contrôle de l'appréciation des faits par les juges du fond, le juge de cassation s'assure de l'existence d'une motivation, de sa suffisance au regard des dispositions légales appliquées et des conclusions des parties – c'est le défaut de réponse à conclusions –, et il contrôle la cohérence de la motivation en sanctionnant la contradiction de motifs. Si le juge est souverain dans son appréciation des faits, il ne peut motiver sa décision par des motifs de faits qui se contredisent en affirmant un fait et son contraire. Sont également sanctionnés, par le contrôle de la motivation, les motifs hypothétiques.

Enfin, le grief de dénaturation, limité aux écrits, clairs et précis pour la Cour de Cassation et s'étendant à l'ensemble des faits pour le Conseil d'État, permet au juge de cassation de sanctionner une forme d'erreur manifeste d'appréciation qu'auraient commise les juges du fond.

La mise en œuvre de cette technique relève d'abord des avocats aux Conseils dans la rédaction de leur mémoire.

B. Le choix et la rédaction des moyens par les avocats aux Conseils

Concrètement, cette technique de cassation impose à l'avocat aux Conseils un formalisme qui, par tradition, est plus poussé devant la Cour de Cassation que le Conseil d'État, juge de cassation.

Le mémoire ampliatif, qui doit être déposé devant le Conseil d'État dans un délai de trois mois et devant la Cour de Cassation dans un délai de quatre mois à compter du dépôt du pourvoi, se présente ainsi.

Il contient tout d'abord un rappel des faits qui se veut assez objectif et épuré des faits qui n'ont pas de lien direct avec la question posée par le ou les moyens.

Vient ensuite la discussion qui débute devant la Cour de Cassation, par ce qui est l'essentiel du mémoire : la rédaction du ou des moyens de cassation.

La décision de formuler un ou plusieurs moyens dépend du nombre de chef de dispositif de l'arrêt que l'on souhaite attaquer. En effet, en principe, chaque moyen ne doit viser qu'un seul chef de dispositif de la décision attaquée.

Par exemple, si la décision attaquée a d'abord jugé qu'une action en responsabilité n'était pas prescrite, puis a reconnu la responsabilité du demandeur au pourvoi, on pourra faire un premier moyen faisant grief à la décision attaquée d'avoir déclaré l'action non prescrite, et un second, sur la reconnaissance de la responsabilité.

Le moyen commence donc ainsi : « *Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir...* », et suit le chef de dispositif attaqué.

Vient ensuite le rappel des motifs, repris de la décision attaquée et qui justifient le chef de dispositif attaqué. Ils doivent être une reprise fidèle et complète des motifs et en tout état de cause contenir l'intégralité des motifs de la décision attaquée qui peuvent justifier le chef de dispositif.

Puis vient enfin le ALORS QUE, qui énonce la critique dirigée à l'encontre de ces motifs.

Il contient en principe :

- une majeure : c'est l'énoncé de la règle de droit ;
- une mineure : c'est l'énoncé du raisonnement du juge ;
- et la conclusion : c'est la mise en exergue, fondée sur un cas d'ouverture à cassation, de l'erreur du juge.

Pour poursuivre l'exemple d'un moyen qui ferait grief à la décision attaquée d'avoir jugé non prescrite une action, on pourrait imaginer la rédaction suivante :

« ALORS QU'entre commerçants les actions en justice engagées avant 2008 se prescrivent par 10 ans (c'est la majeure) ; QUE les juges du fond ont relevé la qualité de commerçant des deux parties, X et Y (c'est la mineure) ; QU'en faisant néanmoins application de la prescription trentenaire pour juger l'action de X à l'égard de Y non prescrite, la Cour d'appel a violé par fausse application l'ancien article 2262 du Code civil et par refus d'application l'article L110-4 du Code de commerce dans sa rédaction alors applicable (c'est la conclusion) ».

Dans l'hypothèse l'arrêt attaqué n'aurait pas constaté la qualité de commerçant des parties, la critique serait fondée préférablement sur un manque de base légale. On pourrait l'imaginer ainsi :

« ALORS qu'entre commerçants les actions en justice engagées avant 2008 se prescrivent par 10 ans (la majeure est identique) ; QUE les juges du fond ont fait application de la prescription trentenaire ;

QU'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il leur était demandé, si les deux parties n'étaient pas commerçantes, ils ont privé leur décision de base légale au regard de l'ancien article 2262 du Code civil et de l'article L110-4 du Code de commerce dans sa rédaction alors applicable ».

Pourrait suivre un second moyen, tiré par exemple d'une violation de l'article 1147 du Code civil, relatif à la responsabilité.

Précise et opérante, c'est-à-dire pertinente, chaque critique doit être clairement présentée de façon distincte dans différentes branches du moyen, c'est-à-dire, différents « ALORS QUE ».

À défaut, le moyen peut être qualifié de complexe et encourt l'irrecevabilité.

Parfois difficile à appréhender pour des non initiés, y compris pour des juristes, cette technique n'est pas artificielle.

Elle impose au demandeur au pourvoi, par l'intermédiaire de son avocat aux Conseils, d'identifier et d'énoncer clairement et précisément ce qui est reproché à l'arrêt.

C. Nature et étendue de la sélection opérée par les avocats aux Conseils

Spécialiste précisément de cette technique du moyen de cassation, formé à la distinction et aux subtilités des différents cas d'ouverture, comme à la procédure devant les juridictions suprêmes, le barreau spécifique des avocats aux Conseils est un rouage essentiel de la rationalisation du contrôle de légalité.

Ce barreau spécifique garantit l'effectivité du principe de libre accès au juge de cassation, en permettant à celui-ci d'exercer sa mission de contrôle et d'élaboration de la norme jurisprudentielle.

Cela impose à l'avocat aux Conseils un triple rôle de sélection : – sélection des pourvois, – sélection des moyens, – sélection des espèces, susceptibles de conduire à un revirement ou à une évolution de jurisprudence.

Ainsi, les avocats aux Conseils ont l'obligation déontologique de délivrer à leur client une consultation écrite objective sur les chances de succès du pourvoi jouant ainsi un rôle de filtre dans l'intérêt à la fois du client et de la juridiction pour éviter à cette dernière d'avoir à se prononcer sur de trop nombreux moyens ou pourvois dépourvus d'intérêt et au client d'engager une procédure inutile.

Que le client le lui demande ou non, l'avocat au Conseil donne son avis.

Par exemple devant la Cour de Cassation, environ 20 % des clients qui saisissent un avocat aux Conseils d'un dossier abandonnent l'idée d'un recours avant même le dépôt d'un pourvoi au vu de la consultation objective qui leur est délivrée.

Si dans de nombreux cas cependant, l'avocat aux Conseils étant saisi peu de temps avant l'expiration du délai, un pourvoi conservatoire doit être déposé, 30 % des pourvois ainsi déposés à titre conservatoire donnent lieu à la suite de la consultation délivrée, à des ordonnances de déchéance ou de désistement, les pourvois n'étant pas maintenus.

Au surplus, de nombreux moyens qui avaient été invoqués devant les juges du fond, mais qui ne seraient pas recevables eu égard aux règles fixées par le Code de procédure civile et à la jurisprudence de la Cour de Cassation sont abandonnés à l'occasion des pourvois maintenus ; tel est le cas des moyens non fondés en droit, ou des moyens se heurtant à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Et s'il est vrai qu'un certain nombre de pourvois, il faut en convenir, doivent plus à l'insistance ou la personnalité du client ou du correspondant qu'à leur mérite intrinsèque, même en ce cas, l'avocat aux Conseils s'efforce, comme il en a le devoir, de limiter les critiques proposées à l'appui du pourvoi. Sa réputation, donc son efficacité future, en dépendent d'ailleurs.

Enfin, ayant un monopole de parole devant les Cours suprêmes, les avocats aux Conseils n'y prennent effectivement la parole qu'avec modération, que lorsque cela est nécessaire. Et ils veillent alors à limiter leur temps de plaidoirie en se concentrant sur le ou les seuls moyens déterminants.

Si ce filtre est une condition du bon fonctionnement du juge de cassation, il en va également de l'intérêt du justiciable ; l'accès aux juridictions suprêmes lui est largement ouvert, mais corrélativement il doit être éclairé sur l'inutilité d'une procédure si le pourvoi est voué à l'échec et, si le pourvoi mérite d'être tenté, sur ceux des moyens qui peuvent retenir l'attention du juge et sur la façon de les présenter.

À plusieurs reprises ces toutes dernières années, des commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'État, devenus aujourd'hui rapporteurs publics, ont évoqué ce rôle de filtre dans leurs conclusions, pour en vanter les avantages.

Citant des propos du président Denoix de Saint Marc, M Struillou a énoncé ainsi :

« Une cour suprême ne peut fonctionner que grâce aux avocats qui viennent devant elle représenter les justiciables (...). Leur haute technicité et leur déontologie propre offrent un double avantage : ils font comprendre aux justiciables la valeur d'un pourvoi éventuel, ce qui évite aux Cours suprêmes d'être accablées de trop de requêtes sans espoir etc ».

Et l'extension de la représentation en matière sociale, sollicitée par la Cour de Cassation elle-même, démontre que la sélection des pourvois et des moyens opérée par les avocats aux Conseils est nécessaire au bon fonctionnement des juridictions suprêmes et

à l'accès effectif des justiciables au juge de cassation par l'intermédiaire de spécialistes de la technique de cassation.

Comment ce barreau est-il organisé, quels sont ses caractères essentiels, pour pouvoir jouer son rôle de sélection des pourvois qui permet un accès effectif de tous au juge de cassation ?

III. Organisation et traits caractéristiques de la profession pour assurer sa mission

Pour participer efficacement et légitimement à leur rôle de sélection des moyens et pourvois, les avocats aux Conseils, qui exercent en nombre limité et auxquels est reconnu un droit de représentation exclusif, doivent présenter des garanties de compétence et d'indépendance.

Le droit de représentation exclusif qui leur est reconnu ne doit pas entraver, mais faciliter l'accès au juge de cassation. Les avocats aux Conseils participent activement au bon fonctionnement des juridictions suprêmes.

A. Compétence notamment par une pratique exclusive de la technique de cassation

La compétence découle de la formation rigoureuse et de la spécialisation.

Un avocat, pour pouvoir être nommé avocat aux Conseils, doit avoir suivi une formation complémentaire de trois ans minimum consistant à la fois à travailler dans un cabinet et à suivre un enseignement délivré par l'IFRAC (institut de formation et de recherche des avocats aux conseils) qui enseigne la technique de cassation dans les trois contentieux public, privé, pénal.

Cette formation est sanctionnée par un diplôme, le CAPAC, délivré par un jury alternativement présidé par un conseiller d'État et un conseiller à la Cour de Cassation et composé en outre d'un professeur de droit et de trois avocats aux Conseils.

La difficulté de cet examen très sélectif réside notamment dans son caractère pluridisciplinaire : technique de cassation en droit privé, droit public, droit pénal puisque l'avocat aux Conseils doit pouvoir exercer son ministère dans toutes les disciplines.

Par ailleurs, certains sont dispensés de toute condition de formation, d'examen et de stage : les conseillers d'État, conseillers à la Cour de Cassation, les conseillers maîtres à la Cour des Comptes ; ou encore les agrégés de droit, dont la compétence s'induit de leur qualification.

Mais la compétence de l'avocat aux conseils réside avant tout dans sa spécialisation quotidienne dans la technique du moyen de cassation.

C'est parce qu'il a une pratique quotidienne et exclusive de la technique de cassation qu'il en est un spécialiste, qu'il peut jouer le rôle de sélection qui lui incombe.

Devant les juridictions judiciaires, les avocats s'interdisent de représenter les parties devant les juges du fond. Ils pratiquent, exclusivement, la technique de cassation. C'est cette pratique exclusive qui garantit la qualité, unanimement reconnue, des mémoires qu'ils soumettent aux juridictions suprêmes.

Devant le Conseil d'État, ils sont les seuls à pratiquer la cassation ; le Conseil d'État n'étant pas seulement juge de cassation, et pour des raisons historiques, ils peuvent également représenter les parties devant les juridictions de fond en matière administrative.

Cette pratique exclusive leur apporte également une parfaite connaissance transversale des jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de Cassation dont ils peuvent participer à faciliter le rapprochement.

Elle permet aussi, avec le nombre limité des membres de l'Ordre, les relations privilégiées qu'ils entretiennent avec les magistrats des Cours suprêmes.

À ce titre, on peut souligner que des rencontres pour résoudre des questions de procédure ou de fond ont été récemment institutionnalisées au sein de chaque chambre de la Cour de Cassation. Des rencontres régulières ont également lieu avec le Conseil d'État. Ces contacts fructueux pour le bon fonctionnement des Cours suprêmes dans l'intérêt du justiciable sont essentiels.

Le droit de représentation exclusif accordé aux avocats aux Conseils et leur nombre limité, garantie de leur compétence, est également une garantie de leur indépendance.

B. Indépendance d'un barreau limité

L'indépendance juridique de l'avocat aux Conseils est une nécessité à la fois personnelle et collective.

À titre individuel, l'avocat aux Conseils ne peut évidemment accomplir le travail de qualité qui lui est demandé ni exercer son rôle de filtre que s'il n'a à obéir qu'à sa propre appréciation de la valeur du pourvoi envisagé, et si, une fois le pourvoi formé, il demeure maître des moyens à invoquer.

C'est notamment parce qu'il exerce exclusivement devant le Conseil d'État ou la Cour de Cassation que l'avocat aux Conseils, qui pose un œil neuf et objectif sur le dossier, peut efficacement identifier le pourvoi voué à l'échec et le déconseiller.

Il est essentiel d'insister notamment sur le fait qu'il est indépendant de son correspondant avocat qui a été chargé du dossier devant les juges du fond ; cela est déterminant lorsqu'il lui appartient d'apprécier la valeur de l'argumentation défendue – vainement, par définition – devant les juges du fond et de déterminer s'il convient ou non d'en saisir utilement le juge de cassation.

L'indépendance juridique doit aussi être collective, en ce que les règles professionnelles auxquelles les avocats aux Conseils sont soumis, en particulier en ce qui concerne les rapports avec les clients, les correspondants, mais aussi dans leurs relations avec les juridictions sont particulières, d'où la nécessité d'un ordre spécial, qui définit ces règles par son conseil de l'ordre et les fait appliquer rigoureusement.

Indépendant, l'avocat aux Conseils l'est également à l'égard de l'État. Si l'avocat aux Conseils, en raison de son statut d'officier ministériel, est nommé par arrêté du ministre de la justice, il s'agit seulement d'un agrément.

Cette nomination permet un contrôle objectif et neutre des conditions d'accès à la profession et place la fixation des conditions de la cession sous le regard vigilant des services spécialisés du ministère, ce qui interdit tout risque de dérive.

Elle ne remet en rien en cause l'indépendance totale de l'avocat aux Conseils vis-à-vis de l'État.

L'indépendance économique, enfin, de l'avocat aux Conseils est tout aussi nécessaire, pour atteindre ces objectifs.

Comme l'a exprimé la Cour constitutionnelle fédérale allemande (arrêt du 27 février 2008 n°129507), évoquant le système allemand d'un barreau spécialisé devant les Cours suprêmes comparable à l'Ordre des avocats aux Conseils (arrêt § 46) : « *Seuls des avocats bénéficiant d'une sécurité juridique suffisante sont suffisamment indépen-*

dants pour examiner les mandats qui leur sont confiés sans tenir compte des honoraires concrets auxquels ils sont en droit de prétendre ou des mandats subséquents. Enfin, un revenu économique suffisant favorise également la possibilité des requérants dont les litiges revêtent certes une importance fondamentale, mais présente une valeur financière réduite, de trouver également un avocat admis au Bundesgerichtshof qui accepte, nonobstant des honoraires ponctuellement faibles de les représenter ».

La détermination, d'un nombre limité d'avocats aux Conseils en découle tout naturellement.

Le nombre total d'avocats en France est de 50 000, alors que le nombre d'avocats aux Conseils est de 100 environ.

Ce nombre limité qui doit répondre aux besoins des deux hautes juridictions garantit l'indépendance économique et donc le maintien d'une sélection effective des pourvois.

Le droit comparé nous enseigne que le nombre des pourvois soumis aux Cours suprêmes augmente proportionnellement avec le nombre d'avocats. En Belgique ou en Allemagne, pays qui, comme la France, ont institué un barreau spécialisé et limité, le nombre de pourvois est limité alors qu'en Italie, où tout avocat ayant une certaine ancienneté peut former un recours devant la Cour suprême, cette dernière est saisie de plus de 80 000 recours par an.

Un nombre fixe de cabinets, à un moment déterminé, assure à chacun d'eux qu'il pourra traiter un nombre et une variété de dossiers suffisants pour acquérir cette grande pratique si nécessaire, on l'a vu, à l'exercice de la cassation.

En contrepartie, il existe dans la tradition de l'ordre un principe de modération des honoraires.

Traditionnellement les honoraires sont fixés à un forfait raisonnable qui comprend les honoraires de consultation, et couvre les éventuels incidents de procédure tels que requête d'urgence (article 1009), requête en radiation du pourvoi du rôle lorsque l'arrêt attaqué n'a pas été exécuté (article 1009-1), réinscription au rôle, dépôt de mémoires complémentaires (éventuelles répliques, défense à pourvoi incident, observations contestant une orientation en audience d'admissibilité) et le cas échéant plaidoirie.

Les honoraires sont réduits pour les justiciables qui, bien que non éligibles à l'aide juridictionnelle, ont des revenus modestes.

À ce titre, notamment, l'ordre s'est engagé à prendre en charge l'ensemble des dossiers des salariés à la suite de l'extension de la représentation obligatoire en matière prud'homale, et à assurer la représentation des clients aux revenus modestes mais qui dépassent le seuil de l'aide juridictionnelle ou de ceux dont la demande d'aide juridictionnelle a été rejetée pour défaut de moyen sérieux.

Autre contrepartie de ce droit exclusif reconnu à un barreau qui exerce en nombre limité, les avocats aux Conseils participent, au-delà de la sélection des pourvois et des moyens, au fonctionnement des juridictions suprêmes pour garantir à chaque justiciable un accès effectif à ces juridictions.

C. Participation des avocats aux Conseils à l'accès effectif de tous aux juridictions suprêmes

L'ordre participe activement et à plusieurs titres, au fonctionnement de l'aide juridictionnelle : c'est une garantie essentielle de la liberté d'accès au juge de cassation.

Tout d'abord, 30 avocats aux Conseils sont affectés aux bureaux d'aide juridictionnelle de la Cour de Cassation et du Conseil d'État et participent ainsi à la sélection fon-

dée sur l'existence d'un moyen de cassation sérieux qui est un des critères d'attribution de l'aide juridictionnelle en cassation. Membres à part entière des bureaux d'aide juridictionnelle conjointement avec les membres des Cours suprêmes, ils sont, comme eux, en charge de se prononcer, forcément à l'issue d'un examen au fond du dossier, sur le caractère sérieux des recours sachant que ce sont environ 3 300 demandes par an qui sont soumises au bureau d'aide juridictionnelle du Conseil d'État et plus de 10 000 en ce qui concerne celui de la Cour de Cassation.

D'autre part, tout avocat aux Conseils, quelle que soit son ancienneté, est désigné au titre de l'aide juridictionnelle, rétribué par une indemnité qui n'a pas varié depuis 1991 et qui est fixée à 382 euros, montant qui représente la totalité de la rémunération de l'avocat, que l'aide juridictionnelle soit totale ou partielle.

Ce sont ainsi, rien qu'en ce qui concerne la Cour de Cassation, plus de 2 300 dossiers d'aide juridictionnelle qui sont traités par les membres de l'Ordre, le traitement du dossier étant, bien entendu, identique à celui de tout autre dossier.

De surcroît, en accord avec la Cour de Cassation et le Bureau d'aide juridictionnelle, l'ordre a accepté des désignations automatiques, sans examen du caractère sérieux du moyen, dans certains domaines relevant de la Chambre criminelle ; il en va notamment ainsi pour les délais légaux (poursuites formées contre les arrêts rendus par les chambres de l'instruction en matière de détention provisoire ou de mise en accusation) et les poursuites des prévenus condamnés à une peine d'emprisonnement ou de réclusion d'une certaine durée; une permanence a été mise en place pour les mandats d'arrêts européens, le délai de dépôt du mémoire étant de cinq jours à compter de l'arrivée du dossier ; tout demandeur en révision se voit aussi désigner un avocat s'il le souhaite.

À cela s'ajoute, qu'une assistance, sans indemnisation, est proposée gratuitement aux justiciables lors des audiences de référé devant le Conseil d'État : une permanence est assurée toute l'année afin que toute partie puisse être assistée, quel que soit le jour de l'audience.

Un service de consultations gratuites assurées par des avocats aux Conseils a été mis en place au Conseil d'État, à raison d'une permanence mensuelle.

Enfin, tout justiciable qui ne trouverait pas d'avocat, quelle qu'en soit la raison, peut se tourner vers le Président de l'ordre qui lui désignera un avocat d'office sous réserve que son recours ne soit pas manifestement dépourvu de chances de succès (Jurisprudence *Magerand*, CE 22 avril 2005, Rec. p. 159).

Compétence, indépendance, nombre limité, exercice exclusif, nomination par le ministre : tous ces caractères de la profession sont autant de conditions complémentaires qui permettent aux avocats aux Conseils, dans l'intérêt des justiciables et du bon fonctionnement de la justice, d'être un rouage essentiel de l'accès effectif de tous et de chacun aux juridictions suprêmes.

Le contrôle exercé en France par la Cour de Cassation, la préparation et la rédaction des arrêts

Jean Louis Gillet

Le contrôle exercé en France par la Cour de Cassation sur les décisions rendues en dernier ressort par les juges du fond procède d'un raisonnement prenant pour base le *moyen de cassation*. Un moyen est un argumentaire émanant du demandeur au pourvoi, désignant la disposition attaquée, disant pourquoi elle est critiquée, et se terminant par la mention du texte ou du principe qui aurait été méconnu. La Cour de Cassation peut cependant relever d'office un moyen de cassation de pur droit, en respectant le principe de contradiction.

Ce contrôle ne s'exerce évidemment que si le pourvoi est recevable. Il répond à des *conditions*, tenant à ses raisons et à son étendue (I), et connaît un certain nombre de *modalités*, tenant à la préparation et à la rédaction des arrêts (II).

I. Les conditions du contrôle

Il faut exposer ici les principales raisons du contrôle et sa possible étendue.

A. Les principales raisons du contrôle

Les moyens de cassation formulent en général deux types de griefs : avoir méconnu un texte de fond ou avoir manqué à des règles de discipline de jugement (ces dernières règles sont contenues le plus souvent dans des textes de procédure, mais aussi dans des principes relatifs à des droits fondamentaux). Le juge peut ainsi avoir manqué à la loi par le contenu d'un jugement (méconnaissance des lois) ou par la façon de juger (discipline de jugement).

1. La méconnaissance des lois

Nous connaissons deux façons de méconnaître les lois de fond, textes de tous ordres ou principes généraux : leur violation pure et simple et leur application à des situations de fait insuffisamment caractérisées pour la justifier.

a. Ainsi se dégagent les notions de violation de la loi et de défaut de base légale.

- Dans le premier cas existe entre les faits livrés par l'arrêt et la règle appliquée une contradiction, dans le second cas existe entre eux un hiatus. Dans le premier cas, la loi a été faussement appliquée, appliquée à une situation qu'elle ne régissait pas, ou non appliquée à une situation qu'elle régissait, ou encore faussement interprétée. Dans le second cas, la loi a été appliquée sans que la décision soit justifiée par tous les éléments de fait nécessaires pour s'assurer que son application a été correcte. Autrement dit, dans le premier cas, tout est à refaire, dans le second il manque seulement quelque chose.

Un exemple classique est celui de la responsabilité pour faute : simple défaut de base légale si l'arrêt condamne une personne à réparation sans caractériser la faute ou le préjudice, violation de la loi si des motifs il ressort qu'une autre personne était le seul agent fautif à l'origine du dommage.

b. L'intérêt de la distinction de ces deux cas d'ouverture est souligné par la rédaction des arrêts de cassation ou de rejet des pourvois. Les messages adressés aux cours de renvoi en cas de cassation sont bien sûr différents. La violation de la loi interdit la persévérance dans la solution, sauf à ce que les faits soient bouleversés. Le défaut de base légale permet cette persévérance au prix d'une meilleure recherche de fait.

2. La méconnaissance d'une discipline de jugement

Les dogmes régissant cette discipline sont de deux ordres : le litige doit être géré de façon correcte au regard de ses éléments constitutifs, et l'arrêt doit être motivé.

a. La mauvaise gestion du litige revêt trois formes :

1 - *Le manquement à la règle de contradiction.* Manquement émanant des parties et que le juge n'a pas neutralisé ou empêché, manquement émanant du juge lui-même. La cassation, si elle intervient, est prononcée au visa de l'article 16 du Code de procédure civile. On peut faire sur ce terrain trois remarques :

- Un pouvoir souverain est reconnu depuis 2006 aux juges pour apprécier si des conclusions ont été signifiées "en temps utile".
- En procédure orale existe une présomption simple de respect de la contradiction.
- La plus grande partie des pourvois formés aujourd'hui se rattachent au relevé de moyens d'office, ce qui oblige à une appréciation fine des moyens qui sont ou non "dans le débat".

2 - *La méconnaissance des données du litige.* Cela consiste pour le juge à statuer sur un litige qui n'est pas celui qui lui est soumis par les parties, et qui dépend de leur seule volonté. Cela s'applique aux prétentions, caractérisées par leur objet, et aux moyens de preuve, comme à ce que les parties reconnaissent ou non. La cassation, si elle est prononcée, l'est en général au visa de l'article 4 du Code de procédure civile. On peut faire trois remarques :

- Ce qui est interdit, c'est la modification de l'objet des prétentions et non celle de leur fondement juridique et des moyens invoqués. L'article 12 du Code de procédure civile fait au contraire entrer cette modification dans l'office du juge.
- Cette interdiction s'accompagne, comme garantie, de "*l'exposé succinct*" des prétentions et moyens prévu à l'article 455 du code précité et qui peut prendre depuis le décret du 28 décembre 1998 la forme d'un simple visa des conclusions avec indication de leur date. Comme l'article 954 du même code oblige la Cour d'Appel, depuis le même décret, à statuer sur les dernières conclusions déposées, c'est la date de ces dernières conclusions et aucune autre qui doit être visée si la technique du visa est adoptée, sous peine de cassation pour avoir statué sur un litige autre que celui soumis. À moins qu'existe dans l'arrêt un "exposé succinct" permettant de reconnaître les dernières conclusions et d'exonérer le juge d'appel de ce grief (parfois un peu fallacieux mais assez fréquent) de méconnaissance des termes du litige.
- Cette interdiction s'accompagne d'un pouvoir reconnu aux juges d'interpréter les conclusions qui leur sont soumises, quand leur ambiguïté rend cette interprétation nécessaire.

3 - *La dénaturation.* Dénaturer un document (la dénaturation ne s'applique qu'à un écrit), c'est le lire autrement qu'il est écrit, lui faire dire ce qu'il ne mentionne pas ou le tenir pour ne disant pas ce qu'il mentionne pourtant. C'est lui donner un sens différent de son sens évident (ce n'est pas lui attacher des conséquences juridiques erronées). C'est dire que le grief, s'il est souvent allégué, est rarement admis. La cassation, lorsqu'elle est prononcée, l'est au visa de l'article 1134 du code civil si l'écrit dénaturé est une convention, de l'article 4 du code de procédure civile si c'est un acte de procédure ou un élément de preuve (attestation), ou du principe énoncé comme "*l'interdiction faite aux juges de dénaturer les documents de la cause*". On peut faire les remarques suivantes :

- Le moyen est irrecevable s'il vise autre chose qu'un écrit.
- Le moyen se heurte souvent au pouvoir des juges relatif à l'interprétation des écrits et à l'appréciation de la teneur des moyens de preuve.

b. - Les manquements à l'exigence de motivation

Ces manquements se présentent sous deux formes : les défauts de réponse à conclusions et les défauts spécifiques de motivation. La cassation, lorsqu'elle est prononcée, l'est au visa de l'article 455 du Code de procédure civile.

1- *Les défauts de réponses à conclusions.* C'est le fait, pour le juge, de n'avoir pas apporté de réponse à un ou plusieurs moyens opérants invoqués dans des énonciations le saisissant valablement. Cette définition fait apparaître des expressions-clés :

- énonciations saisissant valablement le juge : les conclusions prétendument délaissées doivent notamment avoir été antérieures à la clôture de l'instruction. Elles doivent être celles correspondant à l'obligation de reprise. En procédure orale, elles doivent avoir été soutenues à l'audience.
- énonciations développant un moyen. Un moyen nécessite une énonciation s'insérant dans un raisonnement juridique qui en tire de façon logique des conséquences de droit. C'est la distinction entre moyen et simple *argument*, moyen et *allégation*, moyen et "*détail de l'argumentation*".
- un moyen opérant. Les conclusions prétendument délaissées doivent avoir été de nature à avoir une influence sur l'issue du litige. Les juges n'ont pas à répondre à des conclusions inopérantes.
- une absence de réponse. La présence ou l'absence d'une réponse doit se déduire de l'ensemble de la décision. La réponse, lorsqu'elle n'est pas explicite, se déduit ou ressort de la décision, de ses dispositions, de son contexte.

Le moyen tiré d'un défaut de réponse à conclusions fait souvent l'objet d'une décision de non-admission. En cas de cassation, le renvoi est évidemment obligatoire.

2 - *Les défauts spécifiques de motivation.* La motivation peut pêcher par absence de motifs ou par motifs viciés. Inversement, elle peut être pourvue de motifs implicites ou de motifs adoptés des premiers juges.

- l'absence de motifs est rare. Elle se rencontre surtout en ce qui concerne des points secondaires que les parties n'ont pas cru bon de discuter et sur lesquels, par suite, les juges n'ont pas pris soin de s'appesantir.
- les motifs viciés répondent au catalogue suivant : incertains, dubitatifs, hypothétiques, contradictoires, inintelligibles.

On peut faire les remarques suivantes :

- Le contrôle de motivation est toujours réservé, même lorsque le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain. Le pouvoir souverain, en d'autres termes, ne dispense pas de motiver. Ce qui dispense de motiver, c'est le pouvoir discrétionnaire. D'où l'intérêt de la distinction, par exemple sur le terrain du pouvoir d'ordonner ou non une mesure d'instruction, pouvoir seulement souverain comme le décide un arrêt de la 2^{ème} chambre du 26 juin 2008).
- La présence de motifs viciés est inopérante lorsqu'on trouve dans l'arrêt des motifs qui ne le sont pas et qui sont suffisants, car les motifs viciés perdent alors leur qualité de soutien du dispositif. Certains motifs résultent nécessairement de ceux exprimés (approuver la position d'une partie signifie que l'on réfute la position inverse). Surtout, un arrêt confirmatif profite des motifs des premiers juges adoptés par lui.

B. L'étendue du contrôle

Le contrôle exercé par la Cour de Cassation connaît plusieurs degrés, et il ne s'exerce que dans une perspective générale qui est plutôt celle d'un sauvetage des arrêts.

a. Les degrés du contrôle

Le contrôle peut être absent (ou presque), mais bien sûr il peut être exercé.

1. Le contrôle est absent quand est reconnu au juge du fond un pouvoir discrétionnaire. Il est presque absent lorsque leur est reconnu un pouvoir souverain. Entre les deux la différence théorique réside dans le contrôle de motivation.

- *le pouvoir discrétionnaire* dispense le juge de justifier sa décision par une motivation (accorder des délais de grâce, fixer à une date autre que celle de sa décision le point de départ d'intérêts, modérer une clause pénale). S'il motive mal, la décision n'est pas cassée, car la motivation n'était pas nécessaire ; le moyen est alors irrecevable.

- *le pouvoir souverain* a un champ immense (exemples : constatation des circonstances de fait, intention des contractants, éléments de preuve, interprétation des actes, importance des préjudices, recours aux mesures d'instruction. Son exercice doit s'appuyer sur une motivation, qui est contrôlée ; La Cour de Cassation, quand elle rejette les pourvois, précise éventuellement "par un arrêt motivé", en se gardant d'approuver trop expressément les motifs pour ne pas paraître les reprendre à son compte.

2. Le contrôle exercé peut être « léger » ou « lourd », selon son degré de rigueur. Cette dualité de nature se manifeste dans la rédaction des arrêts de rejet des pourvois.

- Le contrôle est *léger* lorsque la cour de cassation vérifie simplement si la décision attaquée a adopté une solution échappant aux griefs du pourvoi : cette solution est admissible, mais ce n'est pas forcément celle qui s'imposait. La Cour d'Appel « *a pu* »... (réponse au grief de violation de la loi) ou « *a légalement justifié sa décision* » (réponse au grief de défaut de base légale).

- Le contrôle est *lourd* lorsque la Cour de Cassation exprime que la solution adoptée par la décision attaquée était la seule possible, en sorte qu'elle fait sien le raisonnement suivi, dont l'approbation est ainsi « lourde ». La Cour d'Appel a « *exactement* » ou « *à bon droit* »...

3. La légèreté ou la lourdeur, ainsi entendues, du contrôle, ne se manifestent pas de la même façon dans les arrêts de cassation. Elle emprunte plutôt à la distinction faite entre la violation de la loi et le défaut de base légale.

- En cas de violation de la loi, la solution adoptée n'avait aucune chance d'être la bonne, compte tenu de ce qu'elle livre au niveau des faits (« *En statuant ainsi la Cour d'Appel a violé* »...). S'ajoute éventuellement – si besoin seulement – une précision sur le contenu de la norme violée, explication supplémentaire de la violation (« *alors que* »... dans le conclusif, ou rappel dans un chapeau suivant le visa).

- En cas de simple défaut de base légale, la solution adoptée est présentée comme n'étant censurée que dans l'état actuel des choses, c'est-à-dire des éléments de fait livrés par elle. Des éléments plus complets pourraient la justifier, et l'arrêt indique éventuellement lesquels (« *en statuant ainsi sans relever que* »... ou « *sans rechercher si*... ». Il peut ne pas les indiquer (« *n'a pas mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle* »).

b. Le sauvetage des arrêts

Il est d'usage d'utiliser cette expression, qui implique textuellement que l'arrêt attaqué se trouve « en danger », c'est-à-dire à tout le moins fragile. Il arrive que la Cour de Cassation trouve dans l'arrêt lui-même les moyens de le sauver, il arrive qu'elle le sauve par des moyens qu'elle se donne elle-même.

1. Le sauvetage tiré de l'arrêt lui-même passe par la constatation de l'irrecevabilité pour défaut d'intérêt d'un moyen attaquant l'arrêt, ou par la constatation de son inopérance (dans la mesure évidemment où le moyen n'est pas irrecevable pour nouveauté).

- *Sauvetage par défaut d'intérêt du moyen* : c'est le cas en situation de juridiction. La Cour d'Appel s'est prononcée sur la compétence et sur le fond, et elle était juridiction d'appel aussi bien au regard de la juridiction de premier degré qui s'était prononcée que de celle dont la compétence était revendiquée. Le moyen critique la décision sur la compétence. Il est sans intérêt car en cas de décision différente la Cour d'Appel aurait eu de toute manière à se prononcer sur le fond, ce qu'elle a fait

- *Sauvetage par inopérance du moyen* (le moyen est peut-être fondé, mais cela n'a aucune incidence sur la solution retenue). C'est le cas en situation de surabondance : un motif est erroné et le moyen le critique à juste titre, mais la décision comporte d'autres motifs qui suffisent à la justifier. Le moyen est inopérant, car il critique des motifs surabondants. Les arrêts précisent parfois « *des motifs erronés, mais surabondants* ». Ce procédé est applicable même si la décision attaquée présente le motif satisfaisant comme étant surabondant au regard du motif erroné.

2. Le sauvetage par adjonction à l'arrêt. La technique employée est celle des motifs substitués.

Ce procédé s'apparente à celui, jouant certes en sens opposé, des moyens de cassation relevés d'office : il ne peut concerner que des motifs de pur droit, il doit être employé dans le respect du principe de contradiction, il est indépendant du caractère éventuel d'ordre public de la règle de droit mobilisée.

Il consiste à mettre à la place du motif critiqué (à bon droit) par le moyen un autre motif, qui justifie la décision prise, ce qui interdit d'accueillir le moyen, qui autrement aurait été fondé.

II. Les modalités du contrôle

Les arrêts se préparent et se rédigent selon des pratiques éprouvées.

A. Les pratiques de préparation

La préparation de l'arrêt connaît des étapes et se concrétise dans divers instruments.

1. Les étapes de la préparation

Sur la base d'une répartition détaillée des attributions de chaque magistrat de la chambre saisie, l'affaire, sitôt expirés les délais d'instruction, est distribuée à un rapporteur. Ce dernier engage alors une réflexion aux fins, notamment, d'identification des questions à juger, de détermination de leur degré de nouveauté ou de difficulté, de recherche des précédents et références, de suggestions éventuelles s'agissant de moyens à relever d'office, et de vérification de l'opportunité de solliciter des avis auprès d'autres chambres de la cour. Cette réflexion concerne aussi le degré de célérité nécessaire au jugement et les opportunités ou nécessités de rapprochement avec d'autres affaires. Elle débouche sur une orientation de l'affaire en formation restreinte ou en formation de section, à moins que ne soit purement et simplement proposée une non-admission du pourvoi. Se tient ensuite, entre le président et le doyen de la chambre, la « conférence » préparatoire à l'audience, qui décidera ou non de réflexions supplémentaires ou d'une nouvelle orientation de l'affaire, par exemple en audience plénière, au vu des documents de travail préparés par le rapporteur et qui constituent les instruments de préparation de l'arrêt

2. Les instruments de la préparation

Il existe classiquement trois instruments de préparation de l'arrêt :

a. *Le rapport* qui, de façon plus ou moins détaillée selon les affaires, rappelle les faits et la procédure, analyse les moyens, expose les questions à juger et leur problématique, indique les références de jurisprudence et de doctrine, et apporte tout autre éclairage à la réflexion. Bien qu'« enrichi » par l'exposé de la problématique, il doit rester « objectif » et ne pas comporter l'avis du rapporteur sur la solution du pourvoi, puisqu'il est communiqué aux parties et au Ministère public.

b. *L'avis du rapporteur*. Ce document, autrement appelé « note », énonce de façon circonstanciée la position personnelle du rapporteur sur la solution à donner au pourvoi. Il est donc un élément de délibéré et n'est communiqué ni aux parties, ni au Ministère public.

3. **Le ou les projets d'arrêts**, préparés selon la forme des arrêts, éventuellement complétés par des variantes. Ces projets correspondent à l'idée que se fait le rapporteur des éventuelles rédactions d'un arrêt. Dans les affaires simples, ils sont des mises en forme de l'avis du rapporteur. Dans les affaires plus complexes ils sont multiples, donc respectueux de toutes les solutions envisageables, y compris celles conformes ou contraires à l'avis du rapporteur. Ils servent en quelque sorte de support matériel au délibéré de la chambre. La conférence qui les examine avant l'audience donne au rapporteur toutes instructions utiles pour les compléter ou les enrichir.

B. Les pratiques de rédaction

Aborder la difficile question de la rédaction des arrêts suggérerait de distinguer leur *structure* et leur *écriture*. Nous nous bornerons à des observations sur la structure, laissant la question de l'écriture à la discrétion de chacun, selon ses traditions ou son style. Notons de façon introductive que les questions de rédaction ne se posent pas lorsque le pourvoi est traité, faute de moyens sérieux de cassation, par la technique de non-admission, dans laquelle la décision se contente d'indiquer qu'« *il n'y a pas lieu de statuer sur les moyens, qui ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi* ».

Il apparaît évident que tout arrêt doit réunir les éléments nécessaires à sa compréhension. Ces éléments sont au nombre de trois : les faits, tels que les livrent la décision attaquée, les moyens qui cadrent le débat en désignant la disposition attaquée et en disant pourquoi elle est critiquée, et le droit tel que va l'appliquer l'arrêt, et qui doit être caractérisé d'une part dans sa provenance et d'autre part dans son contenu. Mais la façon de réunir ces éléments toujours nécessaires varie selon que l'arrêt est un arrêt de rejet du pourvoi ou un arrêt de cassation.

1. La structure des arrêts de rejet

a. Ces arrêts commencent en général par un exposé des faits tels que les livrent la décision attaquée et la procédure. La Cour de Cassation ne reprend pas les faits à son compte, car elle n'a pas le pouvoir de les constater ni de les relever. Ils sont rappelés comme donnée du problème à régler, et l'usage est de les limiter à ce qui est strictement nécessaire à la compréhension de ce qui va suivre. Il arrive qu'il soit commode en la forme de conserver certains faits pour la construction du raisonnement de droit, par exemple pour souligner le caractère correct ou erroné de la décision attaquée, mais l'usage est plutôt de les concentrer dans un exposé liminaire.

b. Viennent ensuite les moyens de cassation, fournis par le mémoire en demande. La pratique est soit de les renvoyer en annexe de l'arrêt, soit de les reproduire. Cette reproduction, lorsqu'elle est estimée nécessaire, est intégrale et littérale, sauf rectifications commandées par la logique syntaxique. Les « synthétiser » exposerait éventuellement à un grief de dénaturation qu'il a été décidé de prévenir ainsi. Ces moyens sont repris avec, le

cas échéant, leur articulation en branches. Ils sont annoncés par une formule telle « *attendu que X fait grief à l'arrêt de..... (indication de la disposition attaquée) alors, selon le moyen, que...(reproduction du moyen, avec numérotation de paragraphes successifs si les moyens sont multiples)* ».

c Le droit est ensuite appliqué dans un paragraphe constituant la réponse au moyen ou à plusieurs moyens qui auraient été réunis. Cette réponse est la réfutation du moyen ou des moyens, et cela lui permet d'être brève. En substance, elle consiste à dire pourquoi la décision attaquée ne doit pas être censurée. Elle se compose ordinairement du rappel d'une règle de droit et du rappel des motifs qui, dans la décision attaquée, attestent que cette règle a été correctement appliquée. Mais il est possible soit d'épargner le rappel textuel de la règle de droit lorsqu'elle est notoire, soit de se dispenser du rappel des motifs lorsque l'énoncé du droit est tel qu'il caractérise de façon suffisamment péremptoire et sans aucune ambiguïté le mal fondé du moyen.

À noter qu'il peut être répondu moyen par moyen, dans des énonciations chaque fois détaillées, ou de façon ramassée, et réunissant plusieurs moyens auxquels peut être apportée une réponse bloquée. À noter aussi que la réponse à un moyen peut se faire de façon allusive au sein d'une phrase répondant par ailleurs de façon développée à un autre moyen.

d. L'arrêt se termine par un conclusif (« *d'où il suit que...* ») qui indique que le moyen n'est pas fondé ou qu'il est irrecevable. Il peut aussi exprimer que le moyen, « *pour partie irrecevable, n'est pas fondé pour le surplus* ».

2. La structure des arrêts de cassation

Si ces arrêts répondent au fond à la même logique s'agissant des éléments nécessaires, force est de constater que les nécessités de la compréhension et de l'analyse commandent ici, comme d'ailleurs des exigences procédurales évidentes, une construction différente. Le droit, notamment, doit être mis en exergue, car l'arrêt va faire œuvre de censure. Les faits constatés et livrés par la décision attaquée vont souvent révéler en quoi elle est juridiquement erronée et la cassation prononcée, en ce qu'elle consacre le bien-fondé d'un ou de plusieurs moyens, dispense évidemment de les reproduire pour y répondre. On peut insister sur les points suivants.

a. La mise en exergue du droit se manifeste de plusieurs façons

Elle se manifeste tout d'abord par le *visa*, par lequel commence tout arrêt de cassation. Il s'agit du visa d'un ou de plusieurs textes ou de celui d'un principe général de droit. Lorsque plusieurs textes sont visés, cela signifie qu'ils sont les composantes indispensables d'une norme juridique à laquelle ils apportent chacun un élément. L'expression « *ensemble* » indique éventuellement, si elle est employée, que tel texte offre une occasion particulière d'application de tel autre.

Elle se manifeste en second lieu, le cas échéant, par le « *chapeau* », qui sous la forme d'un motif, énonce le contenu du ou des textes visés, en y ajoutant éventuellement une ou plusieurs conséquences normative logiques. Le « *chapeau* » prend plus ou moins de distances avec la lettre du texte selon le degré de création normative de l'arrêt. Il est inutile si le contenu du texte visé est particulièrement notoire ou si la cassation gagne à ne pas être péremptoire, ce qui est souvent le cas en situation de défaut de base légale. Il peut être « *liminaire* » (immédiatement après le visa, par exemple « *attendu que... (suit le texte lui-même)* ») ou « *attendu qu'en application de ce texte...* ») ou « *intérieur* » (après le rappel de la décision attaquée et dont il va motiver la censure, la formule étant alors « *attendu cependant que...* »).

Elle peut se manifester enfin par certains termes du conclusif, qui expriment que l'arrêt est cassé parce qu' « *en statuant ainsi, alors que... (formulation de la règle ignorée)... la Cour d'Appel a violé etc.* ».

Il convient évidemment d'éviter que chapeau et conclusif ne fassent double emploi.

b. Si les faits livrés par la décision attaquée font très souvent (après le visa et l'éventuel chapeau liminaire) l'objet d'un exposé très proche de celui des arrêts de rejet, il arrive souvent qu'ils soient complétés ou que leur rappel soit renforcé par une expression du conclusif telle « *qu'en statuant ainsi alors qu'il résultait de ses constatations que... (faits qui attestent du caractère vicié de la solution juridique adoptée)..., la Cour d'Appel a violé, etc.* ».

c. Les motifs de la Cour d'Appel étant promis à la censure, il est utile de cantonner leur rappel à ce qui a, de façon erronée, conduit à la disposition attaquée par le moyen qui va être estimé fondé. La formule employée est « *Attendu que pour... (énoncé de la disposition attaquée)... la Cour d'Appel retient que... (motif erroné) ...* ».

L'ensemble des principes qui viennent d'être énoncés, et qui composent le socle intellectuel d'un arrêt de cassation, conduit en définitive à une rédaction dont les composantes se succèdent comme suit :

Visa (*Vu l'article...*)

Chapeau liminaire (*Attendu que... qu'il en résulte que...*)

Exposé des faits (*Attendu, selon l'arrêt attaqué, que...*)

Motifs venant à l'appui de la disposition attaquée (*Attendu que pour... l'arrêt retient que...*),

Conclusif (*Qu'en statuant ainsi la Cour d'Appel a...*)

ou

Visa (*Vu l'article...*),

Exposé des faits (*Attendu, selon l'arrêt attaqué, que...*),

Motifs venant à l'appui de la disposition attaquée (*Attendu que pour... l'arrêt retient que...*)

Chapeau intérieur éventuel (*Attendu cependant que...*)

Conclusif (*Qu'en statuant comme elle l'a fait ainsi la Cour d'Appel a...*)

L'ensemble de ces éléments est illustré par les arrêts distribués à titre d'exemples aux participants au séminaire.

Méthodes de traitement des dossiers contentieux au Conseil d'État

Nicolas Boulouis

Introduction

Nous proposons d'abord :

- quelques rappels sur la compétence du Conseil d'État au contentieux (premier ressort, appel et cassation) ;
- quelques chiffres (en annexe) ;
- une présentation de « l'unité de base » de la section du contentieux, la sous-section (il y en a dix) : un Président, Conseiller d'État, deux assesseurs, Conseillers d'État, deux rapporteurs publics (maître des requêtes) et des rapporteurs (auditeurs, maître des requêtes et Conseillers d'État). Les sous-sections sont en partie spécialisées.

I. Le cheminement d'un dossier en dix étapes

Il est présenté dans le schéma figurant en annexe, à la suite du texte, et comporte les étapes suivantes.

1. Arrivée au Bureau du greffe
2. Affectation à une sous-section
3. Attribution à un rapporteur
4. Transmission à un réviseur
5. Examen, le cas échéant, en séance d'instruction
6. Transmission du dossier au rapporteur public
7. Inscription au rôle d'une formation de jugement
8. Intervention éventuelle de la « Troïka »
9. Lecture de la décision
10. Notification aux parties.

1. Arrivée au Bureau du greffe

Les requêtes sont enregistrées au fur et à mesure de leur arrivée au greffe où sont saisies un certain nombre d'informations (nom du requérant, décision attaquée, etc.).

Le dossier est ensuite transmis à une sous-section, sauf s'il relève des compétences propres du président de la section du contentieux (référé, renvoi pour compétence aux autres juridictions administratives, recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle).

2. Affectation à une sous-section

- Une analyse de la requête est opérée et une première sélection est faite (le traitement de la requête par ordonnance est possible à ce stade pour celles entachées d'une irrégularité non régularisable – par exemple pour tardiveté).
- Instruction de la requête (procédure contradictoire) avec le cas particulier des pourvois en cassation qui sont passés au filtre de la procédure d'admission (pas d'instruction contradictoire, si non-admission du pourvoi) : plan d'instruction, com-

munications des requêtes, des mémoires complémentaires et des pièces du dossier aux défendeurs et éventuellement aux autres parties.

La dispense d'instruction est possible (R. 611-8). En pratique, les requêtes dispensées d'instruction relèvent le plus souvent d'un traitement par ordonnance en application de l'article R. 122-12 du Code de Justice administrative ¹.

3. Attribution à un rapporteur

- Vérification que le dossier est en état (c'est-à-dire qu'il a fait l'objet des mesures d'instruction nécessaires sauf en ce qui concerne les pourvois en cassation qui sont au stade de la procédure d'admission).
- Examen systématique des questions dites « DINI » : Désistement, Incompétence, Non-lieu, Irrecevabilités (et réaction du rapporteur à la découverte de l'un de ces problèmes), ce qui peut déboucher sur des compléments d'instruction et des moyens d'ordre public.
- Puis examen au fond, avec production d'une note, d'un projet (ou deux) de décision et d'une documentation.
- Note exposant les données de l'affaire et les considérations de fait et de droit qui justifient la solution proposée, proportionnée à la difficulté du dossier. Projet(s) de décision qui correspond(ent) à la note. Documentation (textes, jurisprudence, doctrine et autres).

4. Transmission à un réviseur

- Réviseurs : le président de la sous-section et les deux assesseurs.
- Rôle du réviseur : vérification et contrôle du travail du rapporteur.
- Décision à prendre sur la formation de jugement adéquate : si la sous-section juge seule (formation la plus basse pour les dossiers ne posant aucune véritable question), la transmission du dossier est faite au rapporteur public ; si la formation est supérieure, on procède à l'inscription du dossier à une séance d'instruction.

¹ Article R122-12.

Le président de la section du contentieux et les présidents de sous-section peuvent, par ordonnance :

- 1° donner acte des désistements ;
 - 2° rejeter les requêtes ne relevant manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative ;
 - 3° constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une requête ;
 - 4° rejeter les requêtes manifestement irrecevables, lorsque la juridiction n'est pas tenue d'inviter leur auteur à les régulariser ou qu'elles n'ont pas été régularisées à l'expiration du délai imparti par une demande en ce sens ;
 - 5° statuer sur les requêtes qui ne présentent plus à juger de questions autres que la condamnation prévue à l'article L. 761-1 ou la charge des dépens ;
 - 6° statuer sur les requêtes relevant d'une série, qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit des questions identiques à celles tranchées ensemble par une même décision du Conseil d'État statuant au contentieux ou examinées ensemble par un même avis rendu par le Conseil d'État en application de l'article L. 113-1 ;
 - 7° rejeter, après l'expiration du délai de recours ou, lorsqu'un mémoire complémentaire a été annoncé, après la production de ce mémoire, les requêtes ne comportant que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé.
- Ils peuvent, en outre, rejeter par ordonnance des conclusions à fin de sursis à exécution d'une décision juridictionnelle.

5. Examen en séance d'instruction

- Réunion de l'ensemble de la sous-section (avec un seul des deux rapporteurs publics) qui délibère sur les dossiers inscrits par les réviseurs. Adoption d'un projet de décision par la sous-section.

6. Transmission du dossier au Rapporteur public

- nouvel examen ;
- préparation des conclusions ;
- éventuelle nouvelle discussion sur le dossier en séance d'instruction, s'il y a désaccord avec le projet adopté.

7. Inscription au rôle d'une formation de jugement

Différents types de formations :

- jugeant seule : président de la sous-section, un assesseur, un rapporteur ;
- sous-section réunies, présidées par le président de la section du contentieux ou un président adjoint et comprenant les deux présidents de sous-sections, les quatre assesseurs et le ou les rapporteurs ;
- section du contentieux : présidée par le Président de la section du contentieux avec principalement les présidents adjoints et les présidents de sous-sections ;
- assemblée du contentieux : présidée par le Vice-Président du Conseil d'État avec principalement le Président de la section du contentieux, les présidents des sections administratives, les présidents adjoints de la section du contentieux et des présidents de sous-sections.

Comme la procédure est essentiellement écrite, l'essentiel de la séance publique réside dans le prononcé des conclusions du rapporteur public. Le délibéré se tient ensuite. Le rapporteur public y assiste, mais n'y participe pas.

8. Contrôle des délibérés de sous-sections réunies par la Troïka pour les sous-sections réunies

Troïka : réunion hebdomadaire du Président de la Section du Contentieux avec les présidents adjoints, destinée à s'assurer de l'absence d'incohérences ou de difficultés particulières dans les positions prises par les sous-sections réunies au cours de la semaine précédente.

9. Lecture de la décision

Il s'agit de la formalité par laquelle le président de la formation de jugement révèle publiquement l'existence de la décision rendue.

La date de la lecture devient celle de la décision.

10. Notification aux parties

II. La rédaction des arrêts

Quelques exemples d'arrêts sont présentés en annexe.

1. Structure

- Tout arrêt (=décision) – ou ordonnance – comporte invariablement trois parties : visas, motifs, dispositif qui peuvent être plus ou moins développés.

Un cas particulier : les avis qui ne sont pas des décisions juridictionnelles.

- Une décision se compose, jusqu'à la fin de l'article 1^{er} du dispositif, d'une phrase unique :

« Au nom du peuple français,

Le Conseil d'État,

Vu (...)

Vu (...)

Vu (...)

Considérant(...),

Considérant(...),

Considérant(...),

Décide

Article 1^{er} (...)

Article 2 (...)

article X : notification aux parties

Les visas et les motifs de la décision sont donc subdivisés en membres de phrase séparés par des points-virgules.

La phrase unique trace un chemin rectiligne orienté vers le dispositif

2. Contenus

A. Visas

Sous ce terme, sont regroupés, en tête de la décision et après la formule "Vu...", l'analyse des conclusions et mémoires présentés par les parties ou les intervenants ainsi que la mention des textes, placés suivant un ordre hiérarchique (Constitution, Conventions internationales, Codes, lois et règlements) dont la décision va faire application.

Les visas doivent mentionner le nom des parties à l'origine des mémoires, ainsi que la date à laquelle ceux-ci ont été enregistrés, mais aussi analyser les conclusions ainsi que les moyens – à l'exclusion des simples arguments – invoqués à leur appui.

Définitions

Analyser = montrer que les moyens existent et les synthétiser.

Conclusions = ce que l'on demande.

Moyen (en demande) = toute argumentation tirée de la méconnaissance d'une règle ou d'un principe.

Argument = tout élément présenté au soutien de la démonstration du bien fondé du moyen.

B. Motifs

- Motiver une décision, "c'est indiquer et, par conséquent, faire connaître les considérations de fait et les raisonnements de droit sur le fondement desquels cette décision a été

prise et qui ont entraîné la conviction du juge”. C’est, pour le juge, examiner, sous la forme de “considérant”, les questions qu’il doit aborder d’office, ainsi que les moyens présentés à l’appui des conclusions et y répondre de façon pertinente, c’est-à-dire juridiquement exacte et suffisamment précise.

L’ordre des “considéranants” ne résulte pas d’une pure fantaisie des juges. On retrouve l’ordre des questions qui doivent être abordées par le rapporteur (« DINI »). La décision reflète l’ordre de priorité dans lequel le juge examine les questions : désistement, compétence, non-lieu, recevabilité, légalité de la décision attaquée elle-même (décision administrative ou juridictionnelle) divisée en légalité externe puis interne.

Par exemple, en plein contentieux de la responsabilité quasi-délictuelle, les questions doivent être examinées, en principe, dans l’ordre suivant lorsque le Conseil d’État, réglant une affaire au fond après cassation, fait droit à la demande :

- responsabilité (principe et partage) ;
- préjudice (mais si l’action en responsabilité est rejetée parce que la réalité du préjudice ou du lien de causalité n’est pas établie, ces questions sont tranchées en premier sans qu’il y ait lieu de prendre parti sur le principe de la responsabilité) ;
- indemnité ;
- intérêts (s’ils sont demandés) ;
- capitalisation des intérêts (si elle est demandée) ;
- dépens éventuels (de première instance et d’appel), ce qui concerne essentiellement les frais d’expertise.

Des sous-titres permettent généralement de bien isoler ces questions successivement examinées. On termine par ce qu’il est convenu d’appeler les frais « irrépétibles » (frais non compris dans les dépens).

- Il y a quelques assouplissements à l’obligation de répondre véritablement à tous les moyens et à toutes les demandes :

a) cas particuliers des décisions de non-admission des pourvois en cassation : les motifs de la décision consiste simplement en une reproduction des moyens du pourvoi avec pour phrase terminale : « *considérant qu’aucun de ces moyens n’est de nature à permettre l’admission du pourvoi* ».

b) Le juge peut ne pas répondre à deux séries de moyens

Moyens d’ordre public non fondés et moyens inopérants. Le premier cas est celui dans lequel le juge, après avoir examiné d’office un moyen, estime finalement qu’il n’est pas fondé : il n’aura pas à expliquer les raisons pour lesquelles il ne retient pas ce moyen.

Moyens d’ordre public : ils sont divers : incompétence (de l’autorité ou de la juridiction), méconnaissance du champ d’application de la loi (le juge a appliqué une loi inapplicable et le juge qui le contrôle le soulève d’office parce qu’il devrait lui-même appliquer ce texte inapplicable à défaut)

De même, le juge peut – même s’il est toujours préférable d’y apporter une réponse explicite – traiter par prétériorité un moyen inopérant, dès lors que ce moyen a été visé par la décision : il sera alors considéré comme implicitement écarté. Moyens inopérants : les moyens qui sont sans rapport avec le litige (textes inapplicables, loi-écran, compétence liée)

c) le juge qui accueille un moyen pour annuler une décision juridictionnelle ou administrative peut se dispenser de répondre aux autres moyens invoqués.

C. Dispositif

L'article R. 741-6 du Code de Justice administrative énonce que « le dispositif des décisions est divisé en articles et précédé du mot "décide" ».

Il y a un ordre logique, qui reproduit la logique des motifs : prenons le cas d'une cassation d'un arrêt de CAA statuant sur un appel en cas de plein contentieux (admission des interventions, cassation, sort de l'appel, réforme du jugement du TA). Le dernier article est consacré à la notification. Le dispositif doit pouvoir se déduire entièrement des motifs qui précèdent.

3. Style

La rédaction doit être claire, sobre, précise et grammaticalement correcte. Il convient d'éviter les phrases trop longues, tout particulièrement la multiplication de subordonnées et d'incidentes emboîtées. Il faut aussi veiller à n'employer que des termes appartenant à la langue française. Le recours à des termes latins doit en particulier être évité. La décision juridictionnelle devant être compréhensible par les justiciables auxquels elle sera notifiée, doivent également être proscrits les mots vieillissés ou obscurs.

Le texte ne doit être ni trop long, ni trop court, même si dans la tendance récente, un effort est demandé pour développer plus qu'avant la motivation (voir les exemples en annexe).

III. Le contrôle de cassation

- Il s'exerce à l'égard de *juridictions très diverses* : juridictions administratives de droit commun non spécialisées : les CAA bien sûr mais aussi depuis quelques années les TA (pour les petits litiges, ceux ne justifiant pas un appel) ainsi qu'à l'égard des juges des référés (en tout cas certains) mais aussi les juridictions spécialisées qui sont très nombreuses : plus d'une vingtaine (sections disciplinaires des ordres des professions ou juridictions disciplinaires universitaires ou CCAS, Cour des Comptes, CDBF etc.).

- Juge du jugement et non du litige : c'est cette formule et ce principe qui gouverne la manière par le juge de cassation d'appréhender son rôle.

On le voit d'abord et notamment dans les conditions de recevabilité : par exemple seuls peuvent être invoqués les moyens déjà invoqués devant les juges du fond (avec les deux tempéraments : moyens d'ordre publics et moyens nés de l'intervention de la décision juridictionnelle attaquée ou qui ont été révélés par elle). De la même manière, le juge de cassation n'accepte de prendre en considération des pièces présentées pour la première fois devant lui et qui n'ont pas été versées au dossier soumis aux juges du fond.

1. Régularité externe

Il s'agit du contrôle exercé d'abord et bien sûr à l'égard de la manière dont les juges du fond ont appréhendé leur compétence et respecté les règles de forme et de procédure, autrement dit tout ce qui est la régularité externe.

Deux points sont importants dans ce contrôle, outre la composition de la juridiction et la publicité de l'audience lorsqu'elle est organisée par les textes.

A. Caractère contradictoire de la procédure : c'est un principe général du droit ; les parties doivent avoir la communication du dossier, qui s'effectuera dans des conditions permettant aux parties de répondre utilement. La jurisprudence est de plus en plus stricte sur tous les aspects de ce principe, sous la pression notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

B. Motivation : obligation en vertu d'un principe général du droit ; c'est le point d'entrée du contrôle : la question étant de savoir si en motivant ainsi, le juge a mis le juge de cassation à même d'exercer son contrôle. De fait censure en l'absence de réponse à moyen (sauf inopérance) ou conclusion, mais aussi si le juge de cassation ne comprend pas le raisonnement suivi, dans l'absolu ou eu égard à la teneur de l'argumentation qui était présentée au juge du fond. Les juges du fond doivent « relever les faits servant de soutien à leur appréciation pour permettre au Conseil d'État d'être à même d'exercer son contrôle de légalité ». Censure en principe des formules stéréotypées ou trop générales avec néanmoins des exceptions: « il résulte des pièces du dossier » ; « il sera fait une juste appréciation » et des exceptions aux exceptions (la décision qui chiffre globalement un préjudice sans en préciser les éléments alors qu'ils étaient contestés n'est pas suffisamment motivée) et censure des motivations auxquelles manque un maillon pour les rendre compréhensibles : irrégularité qui se situe à la frontière entre l'insuffisance de motivation et l'erreur de droit.

Contrôle de la cohérence des motifs et du dispositif et des motifs entre eux.

2. Régularité interne

La typologie des outils ou des cas d'ouverture est sujette à débat, mais on distingue généralement trois cas ou trois séries de moyens : le contrôle de l'erreur de droit, le contrôle de l'exactitude matérielle et le contrôle de l'adéquation, lequel recouvre soit la censure de la dénaturation, soit la censure de l'erreur de qualification.

A. Erreur de droit

Deux types d'erreurs peuvent être sanctionnées : l'erreur d'interprétation et l'erreur sur le champ d'application de la règle (qui va de la Constitution au moindre arrêté préfectoral, en passant par la loi, le décret, la jurisprudence, avec le cas particulier des contrats).

La censure, y compris lorsque le juge de cassation décide de changer la règle (autrement dit alors même que le juge a fait une application correcte de la règle applicable au moment où il a statué ; sous réserve de la question de la rétroactivité des changements de jurisprudence).

B. Exactitude matérielle

À l'opposé de l'erreur de droit (et à la différence de ce que fait la Cour de Cassation).

Ce contrôle s'exerce à partir des pièces du dossier soumis aux juges du fond, donc l'inexactitude matérielle commise par les juges du fond ne peut être établie par une pièce produite pour la première fois en cassation. Les hypothèses de censure sont réservées aux cas dans lesquels un élément factuel, déterminant dans le raisonnement, est *matériellement* erroné : une date, l'existence d'un fait, d'un événement ; un chiffre. Si l'élément n'est pas déterminant, la décision des juges du fond est simplement entachée d'une erreur de plume (et n'est pas censurée), et si l'erreur alléguée est une erreur de lecture des faits alors ce n'est pas une erreur matérielle, mais possiblement une dénaturation.

C. Dénaturation et qualification juridique

Outre la vérification que le jugement attaqué ne repose pas sur une description de la situation de fait erronée, le juge de cassation vérifie que les juges du fond n'ont pas dénaturé cette situation de fait.

La dénaturation est toujours contrôlable (sous réserve que les moyens soient présentés). La dénaturation est une interprétation « fautive et tendancieuse » de faits matériellement exacts. Les cas sont peu fréquents, mais pas rares. Le Conseil d'État exerce aussi un contrôle de dénaturation des actes juridiques pris en compte dans le raisonnement (mémoires, rapport d'expertise, jugement, acte administratif, contrats) qui est plus poussé au delà de l'identité terminologique et parce qu'il est plus facile au juge d'établir la dénaturation d'un acte que celle d'une situation factuelle.

En revanche, le juge de cassation ne contrôle pas toujours la qualification juridique, même si toute décision juridictionnelle comporte des qualifications.

Dans le choix fait par le Conseil d'État de contrôler ou non la qualification juridique, interviennent des considérations d'ordre juridique et des considérations de « politique jurisprudentielle ».

1. Critères juridiques

a) Cas dans lesquels on pourrait dire que la densité juridique est assez faible :

- *appréciations purement quantitatives* : par exemple évaluation d'un préjudice et fixation d'une indemnité ou montant d'une amende ou partage de responsabilité entre les coauteurs d'un dommage (CE, sect., 26 juin 1992, Cne de Béthoncourt, préc. *supra*, n° 112) ;

- *rechercher des intentions des parties aux litiges* : ainsi pour déterminer si quelqu'un a agi délibérément ou non ou avec une intention frauduleuse ou quelle est l'intention des parties à un contrat ;

- *appréciation de sens commun* : le caractère « urbanisé » d'une partie du territoire ; le caractère suffisant d'un délai, le caractère « impropre à sa destination » d'un ouvrage, le point de savoir si un agent public est physiquement apte à exercer ses fonctions.

b) Approche du rôle du juge du fond

Par exemple, le juge de cassation est plus enclin à faire un contrôle de qualification juridique lorsque le juge inflige une sanction. Qualifier de faute un comportement donné va au-delà de la simple constatation d'une situation de fait.

2. Considérations de politique jurisprudentielle

Le Conseil d'État, juge de cassation doit assurer l'unité de la jurisprudence mais il doit éviter l'engorgement et sa transformation en 3^{ème} degré de juridiction.

Une appréciation est laissée au pouvoir souverain des juges du fond plus volontiers si la notion en cause a déjà fait l'objet d'une jurisprudence abondante et précise que s'il s'agit d'une notion nouvelle ou rare. Au contraire, le Conseil d'État exercera sans doute un contrôle de qualification juridique lorsque seront en cause les droits fondamentaux de l'individu.

3. Quelques exemples

- *Responsabilité de la puissance publique* : qualification juridique sur l'existence d'une faute, causes exonératoires de responsabilité : la faute de la victime ou la force majeure mais appréciation souveraine si absence de lien de causalité (et qualification juridique pour le caractère direct et certain du lien de causalité) et appréciation souveraine sur la détermination du préjudice et l'étendue de la réparation.

- *Excès de pouvoir* : Appréciation souveraine sur le point de savoir sur une décision administrative est, ou non, entachée d'erreur manifeste d'appréciation comme le point

de savoir si une décision administrative est suffisamment motivée, mais contrôle de qualification pour l'abandon de poste ou la faute disciplinaire ou l'atteinte justifiée à la vie familiale protégée par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

En pratique, la différence entre contrôle de dénaturation et contrôle de qualification est plus d'intensité que de nature.

Tableau 4 – Affaires enregistrées (sauf séries) d'après le mode de saisine du Conseil d'État

	2008		2009	
	Nombre	%	Nombre	%
Premier ressort	2 605	25	3 044	31
Appels des jugements des tribunaux administratifs	720	7	304	3
Cassation des arrêts des cours administratives d'appel	2 994	29	2 854	29
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (référés)	706	7	605	6
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (autres) ^(a)	1 065	10	1 076	11
Cassation des décisions des juridictions administratives spécialisées	649	6	684	7
Renvoi des tribunaux et des cours (compétence et connexité)	275	3	224	2
Demandes d'avis (article L. 113-1 du code de justice administrative)	10	ns	19	ns
Divers	1 226	12	934	10
Total	10 250	100	9 744	100

^(a) Jugements rendus en dernier ressort (article 11 du décret du 24 juin 2003).

Tableau 5 – Affaires réglées^(a) (sauf séries) par les différentes formations du Conseil d'État

	2008	2009
Assemblée du contentieux	3	9
Section du contentieux	32	30
Sous-sections réunies	1 427	1 340
Sous-sections jugeant seules	3 433	3 724
Ordonnances du juge des référés	664	722
Ordonnances du président de la section du contentieux (y compris celles prises au titre des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle)	1 559	1 220
Ordonnances des présidents de sous-section	3 152	2 941
Total	10 270	9 986

^(a) Les chiffres indiquent le nombre de décisions qui règlent définitivement un dossier.

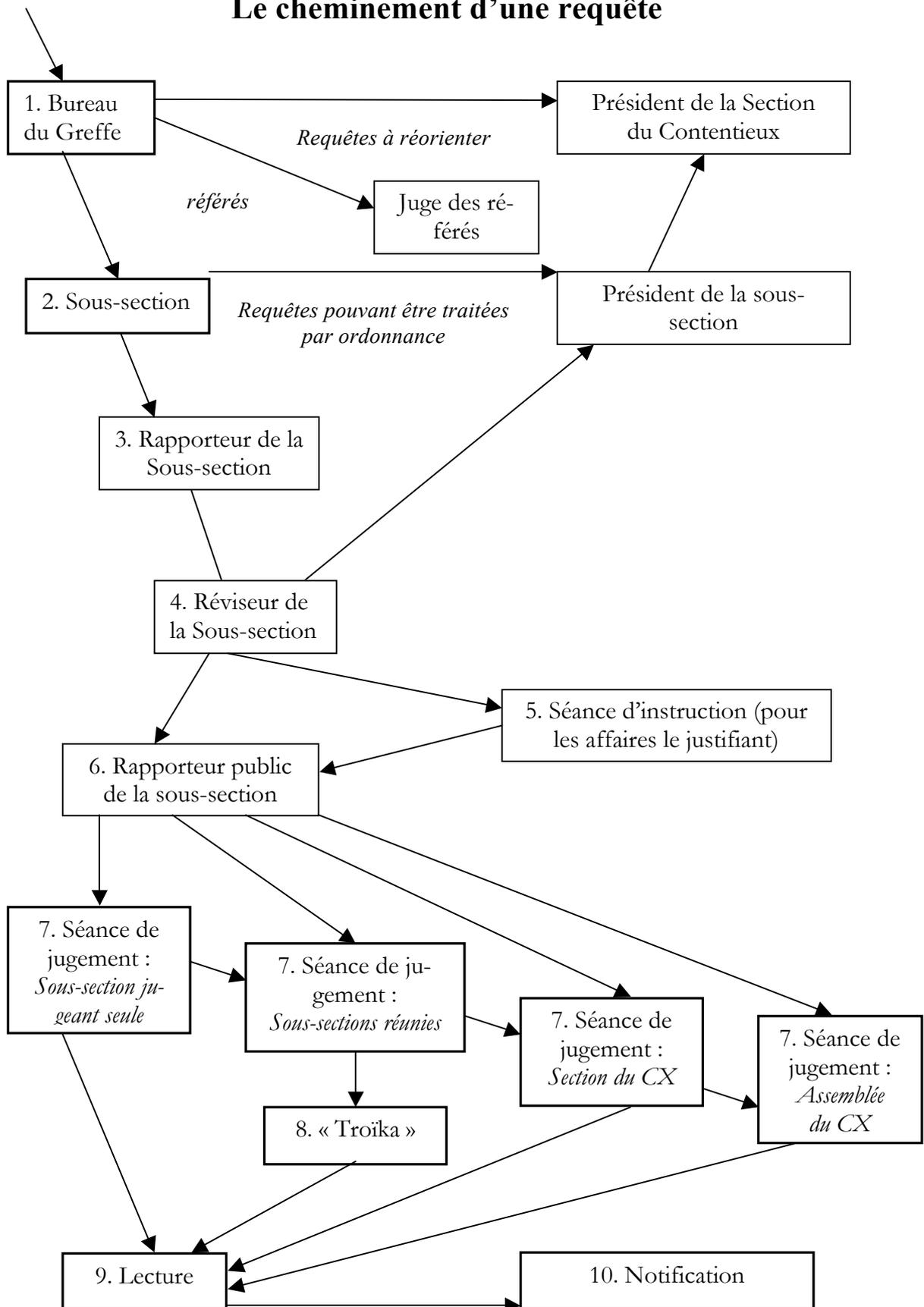
Tableau 6 – Durée des instances devant le Conseil d'État pour les décisions rendues

	2008		2009	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins d'1 an	44 %	36 %	42 %	36 %
Entre 1 et 2 ans	36 %	41 %	39 %	42 %
Entre 2 et 3 ans	14 %	16 %	14 %	16 %
Plus de 3 ans	6 %	7 %	5 %	6 %

^(a) Ensemble des décisions rendues (sauf séries).

^(b) Déduction faite de celles des ordonnances du président de la section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.

Le cheminement d'une requête



**CONSEIL
D'ÉTAT**
statuant
au contentieux

N° 297877

SOCIÉTÉ PREST'ACTION

M. Alban de Nervaux
Rapporteur

M. Nicolas Boulouis
Rapporteur public

Séance du
Lecture du

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Conseil d'État statuant au contentieux

Sur le rapport de la 7^{ème} sous-section
de la Section du contentieux

DÉBUT DES VISAS

▲ Vu le pourvoi sommaire et les mémoires complémentaires, enregistrés les 2 octobre 2006, 2 janvier 2007 et 16 avril 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentés pour la SOCIÉTÉ PREST'ACTION, dont le siège est à Rosny-sous-bois (93561) ; la SOCIÉTÉ PREST'ACTION demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'arrêt du 3 août 2006 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du 1^{er} juillet 2004 du tribunal administratif de Rouen en tant qu'il a rejeté les conclusions de sa demande tendant, d'une part, à l'annulation du titre de recettes d'un montant de 305 122,38 francs (46 515,61 euros) émis le 13 février 2001 à son encontre par la commune de Rouen, d'autre part, à la condamnation de la commune de Rouen à lui verser la somme de 279 519 francs (42 612,40 euros) en réparation du préjudice que lui a causé le comportement fautif de la commune dans l'exécution du marché de régie publicitaire dont elle était titulaire ;

2°) de mettre à la charge de la ville de Rouen une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elle soutient qu'en qualifiant le contrat du 4 mai 1999 de marché public, la cour administrative d'appel de Douai a entaché son arrêt d'erreur de droit et d'insuffisance de motivation ; qu'en jugeant que le mécanisme de perception de recettes par lequel le titulaire du marché encaissait des recettes publiques et se rémunérait sur elles ne violait pas les articles 11 et 12 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 et les rè-

gles de la comptabilité publique, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit et insuffisamment motivé son arrêt, dès lors que seul le comptable public ou son régisseur formellement et régulièrement habilité peuvent encaisser des deniers publics et que la ville ne pouvait en tout état de cause rémunérer le titulaire du marché par un abandon de recettes publiques ;

Vu l'arrêt attaqué ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 31 décembre 2008, présenté pour la ville de Rouen, qui conclut au rejet du pourvoi et à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la SOCIÉTÉ PREST'ACTION au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; elle soutient que le contrat litigieux, qui ne fait que très partiellement participer le titulaire à l'exécution du service public de l'information municipale, ne constitue pas une délégation de service public ; que la société n'avait pas fait valoir devant les juges du fond que les règles prévues par le décret du 29 décembre 1962 relatives aux régies de recettes n'avaient pas été respectées, de sorte qu'elle ne peut reprocher à la cour de ne pas avoir effectué une recherche sur ce point ; qu'en tout état de cause, les clauses relatives à la perception des recettes publicitaires par le titulaire et au reversement d'une partie de celles-ci à la ville sont divisibles du reste du contrat, de sorte qu'à les supposer illégales, elles n'entachent pas de nullité le contrat ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 6 janvier 2009, présenté pour la SOCIÉTÉ PREST'ACTION qui conclut aux mêmes fins que son pourvoi par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Alban de Nervaux, Auditeur,
- les observations de la SCP Célice, Blanpain, Soltner, avocat de la SOCIÉTÉ PREST'ACTION et de la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la commune de Rouen,
- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, Rapporteur public ;

DÉBUT DES MOTIFS

Considérant dit « considérant visa » : exposé des faits et des éléments de procédure qui n'appar-

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'aux termes d'un marché conclu en 1999 avec la ville de Rouen, la SOCIÉTÉ PREST'ACTION s'était engagée à commercialiser auprès des annonceurs des encarts publicitaires dans certaines publications d'information municipale ; qu'en exécution de ce marché, la société était chargée de la prospection des annonceurs, procédait à la facturation des espaces publicitaires et préparait la mise en page des publicités à

raissent pas dans les visas et peuvent être utiles à la compréhension de l'arrêt (ne figure pas dans tous les arrêts)

insérer dans les publications ; que la société se rémunérât en conservant une partie des recettes publicitaires issues de la vente des encarts publicitaires auprès des annonceurs, l'autre partie devant être versé à la ville, à charge toutefois pour la société de verser à celle-ci une somme annuelle minimale fixée à 650 000 francs (99 091,86 euros) pour la première année ; qu'à l'issue de cette première année la SOCIÉTÉ PREST'ACTION n'avait versé à la ville qu'une somme de 282 083,74 francs (43 003,39 euros) ; qu'en conséquence, le maire de Rouen a, le 13 février 2001, émis un titre exécutoire d'un montant de 302 155,38 francs (46 063,29 euros) à l'encontre de la SOCIÉTÉ PREST'ACTION ; que par un arrêt du 6 août 2006, la cour administrative d'appel de Douai a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du 1^{er} juillet 2004 par lequel le tribunal administratif de Rouen, après avoir réduit de 40 760,86 francs (6 213,95 euros) le montant du titre de recettes émis à son encontre, a rejeté le surplus des conclusions de sa demande tendant, d'une part, à l'annulation du titre exécutoire et, d'autre part, à la condamnation de la ville de Rouen à lui verser la somme de 279 519 francs (42 612,40 euros) en réparation du préjudice que lui aurait causé son comportement dans l'exécution du marché de régie publicitaire ; que la société se pourvoit en cassation contre cet arrêt ; qu'eu égard aux moyens soulevés par ce pourvoi, la société doit être regardée comme sollicitant l'annulation de l'arrêt en tant seulement qu'il a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du titre exécutoire ;

Formule d'économie de moyens : l'arrêt va être annulé

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant de droit : texte ou principes applicables

Considérant qu'en vertu de l'article L. 2343-1 du code général des collectivités territoriales : "le comptable de la commune est chargé seul et sous sa responsabilité, d'exécuter les recettes et les dépenses, de poursuivre la rentrée de tous les revenus de la commune et de toutes les sommes qui lui sont dues, ainsi que d'acquitter les dépenses ordonnancées par le maire jusqu'à concurrence des crédits régulièrement accordés" ; qu'aux termes de l'article 11 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique : "Les comptables publics sont seuls chargés : / De la prise en charge et du recouvrement des ordres de recettes qui leur sont remis par les ordonnateurs, des créances constatées par un contrat, un titre de propriété ou autre titre dont ils assurent la conservation ainsi que de l'encaissement des droits au comptant et des recettes de toute nature que les organismes publics sont habilités à recevoir ; /Du paiement des dépenses soit sur ordres émanant des ordonnateurs accrédités, soit au vu des titres présentés par les créanciers, soit de leur propre initiative, ainsi que de la suite à donner aux oppositions et autres significations ; /De la garde et de la conservation des fonds et valeurs appartenant ou confiés aux organismes publics ; /Du maniement des fonds et des mouvements de comptes de disponibilités ; /De la conservation des pièces justificatives des opérations et des documents de comptabilité ; /De la tenue de la comptabilité du poste comptable

Résumé ou
déduction

qu'ils dirigent." ; que si le troisième alinéa de l'article 14 du même décret prévoit que "les comptables publics peuvent déléguer leurs pouvoirs à un ou plusieurs mandataires ayant la qualité pour agir en leur nom et sous leur responsabilité", cette disposition ne trouve à s'appliquer qu'aux fondés de pouvoir, aux autres agents de la direction générale de la comptabilité publique et aux huissiers de justice en matière de recouvrement désignés par les comptables publics ; que de même, si l'article 18 du même décret dispose que "des régisseurs peuvent être chargés pour le compte des comptables publics d'opérations d'encaissement ou de paiement", le mandataire d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local, qui n'est pas le préposé du comptable, ne peut être qualifié de régisseur s'il n'est pas nommé dans les conditions fixées par les articles R. 1617-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ; **qu'ainsi, et sauf dans les cas où la loi autorise l'intervention d'un mandataire, il résulte des dispositions qui précèdent que, sous réserve des dispositions du troisième alinéa de l'article 14 et de l'article 18 du décret précité, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public, lequel dispose d'une compétence exclusive pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques ; qu'en outre, en vertu du principe d'universalité qui régit les finances publiques, des recettes publiques ne peuvent servir à compenser une somme due par l'administration et doivent être intégralement reversées au comptable public ;**

Appréciation
du raisonnement des
juges du fond

Considérant qu'il résulte de l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Douai que celle-ci a admis implicitement mais nécessairement que les recettes perçues par la SOCIÉTÉ PREST'ACTION, auprès des annonceurs, à l'occasion de la commercialisation d'espaces publicitaires dans les bulletins municipaux d'information présentaient le caractère de recettes publiques ; que si, en vertu de l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières du marché la SOCIÉTÉ PREST'ACTION était redevable envers l'entité publique, éditrice, d'un état trimestriel à produire comportant les tarifs publicitaires pratiqués par elle et les conditions de vente appliquées aux annonceurs, il ressort des mêmes pièces et n'est d'ailleurs pas contesté qu'elle ne pouvait être regardée comme un mandataire au sens du troisième alinéa de l'article 14 du décret précité et n'avait pas été nommé régisseur, au sens de l'article 18 du même décret, dans les conditions fixées par les articles R. 1617-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ; que, dès lors, en l'absence d'une loi autorisant l'intervention d'un mandataire, et en dépit du contrôle que le comptable public était à même d'exercer, la cour administrative d'appel de Douai, ayant admis que les recettes perçues par la SOCIÉTÉ PREST'ACTION auprès des annonceurs à l'occasion de la commercialisation d'espaces publicitaires dans les bulletins municipaux d'information présentaient le caractère de recettes publiques, a entaché son arrêt d'une erreur de droit en jugeant que la ville de Dieppe avait pu, par le contrat en cause, habiliter le titulaire

du marché à percevoir des recettes publiques et que, par suite, ce contrat ne méconnaissait pas les dispositions précitées du décret du 29 décembre 1962 et les règles de la comptabilité publique ; qu'il en résulte que la SOCIÉTÉ PREST'ACTION est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du titre exécutoire ;

Formule en cas de cassation et jugement au fond au lieu d'un renvoi

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler dans cette mesure l'affaire au fond, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que le contrat, qui attribuait au titulaire la prospection publicitaire pour les journaux municipaux, la facturation des annonces et la préparation de la mise en page des publicités à insérer dans les publications, la ville conservant l'entière maîtrise de l'organisation et de la gestion de son bulletin municipal, ne lui confiait pas ce faisant l'exécution même d'un service public, quand bien même l'activité du titulaire pouvait constituer une source de financement pour le service public de l'information municipale ; qu'ainsi, la SOCIÉTÉ PREST'ACTION n'est pas fondée à soutenir que la commune de Rouen aurait entaché d'irrégularité la procédure de passation du contrat litigieux faute d'avoir respecté les procédures applicables à la passation des délégations de service public ;

Considérant, en deuxième lieu, que le contrat conclu par la SOCIÉTÉ PREST'ACTION ne lui confiait pas le recouvrement de sommes dues par des tiers en contrepartie de biens ou services fournis par la ville de Rouen, mais la chargeait, ainsi qu'il a été dit, de la prospection des annonceurs, de la préparation de la mise en page des encarts publicitaires et de leur facturation aux annonceurs ; que les recettes ainsi perçues auprès des annonceurs lors de la vente des encarts publicitaires, constitutives des recettes commerciales de la société requérante dans le cadre de ce marché de services, ne pouvaient être qualifiées de recettes publiques au sens des dispositions précitées du décret du 29 décembre 1962, seules les sommes dues à la ville en vertu du contrat, et fixées en l'espèce en fonction d'un pourcentage des recettes commerciales de la société, assorti d'un montant minimal, revêtant une telle nature ; que, par suite, la SOCIÉTÉ PREST'ACTION ne peut soutenir que son contrat lui confiait la perception de recettes publiques en méconnaissance des dispositions de ce décret et des règles de la comptabilité publique ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte des stipulations de l'article 7 du cahier des clauses administratives particulières du marché dont il s'agit que ce cahier constitue le document qu'il convient prioritairement d'analyser pour connaître la nature des engagements pris par les contractants ; qu'aux termes de l'article 5-3 de cette pièce contractuelle, le titulaire du marché garantit à l'entité publique une recette minimale fixée par lui dans l'acte d'engagement, la recette proposée par le titulaire devant être égale ou supérieure au minimum garanti imposé par la commune, soit pour la première année 250 000 francs (38 112,25 euros) ; que dans l'acte d'engagement, la société re-

quérante a fixé, en application des stipulations du cahier des clauses administratives particulières, à 650 000 francs (99 091,86 euros) le montant de la recette minimale à verser pour la première année à la commune de Rouen ; qu'il est constant que la société PREST'ACTION n'a versé à la collectivité qu'une somme de 282 083,74 francs (43 003,39 euros) au titre de la première année d'exécution du marché ; que par suite, en émettant à l'encontre de la société requérante un titre exécutoire d'un montant de 302 155,38 francs (46 063,29 euros), la commune de Rouen n'a fait qu'exécuter les conditions financières du marché dont il s'agit ;

Considérant enfin, que la SOCIÉTÉ PREST'ACTION fait valoir que la commune de Rouen ne lui a remis, au cours de l'exécution du contrat, ni de lettre accréditive susceptible d'être présentée aux annonceurs démarchés, ni de listes de partenaires avec lesquelles la collectivité avait des relations professionnelles étroites ; que toutefois, aucune stipulation du contrat ne mettait à la charge de la collectivité de telles obligations ; que la société n'a d'ailleurs jamais, avant la décision de la commune de Rouen d'émettre le titre exécutoire litigieux, appelé ou mis en demeure la collectivité de lui transmettre de tels documents ; que par suite, la SOCIÉTÉ PREST'ACTION ne peut valablement faire état d'un comportement fautif de la commune dans l'exécution du contrat, tenant à l'absence de remise des documents évoqués ci-dessus, pour s'exonérer de sa propre obligation contractuelle de verser à cette dernière un montant minimal de recettes ;

Rejet de l'appel

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIÉTÉ PREST'ACTION n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort, que par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Rouen a rejeté les conclusions de sa requête dirigées contre le titre exécutoire émis à son encontre par la commune de Rouen ;

Réponse aux demandes portant sur les frais engagés par les parties et non compris dans les dé-

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SOCIÉTÉ PREST'ACTION une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés devant la cour administrative d'appel de Douai et le Conseil d'État par la commune de Rouen et non compris dans les dépens ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font en revanche obstacle à ce que la somme demandée à ce titre par la SOCIÉTÉ PREST'ACTION soit mise à la charge de la commune de Rouen ;

DÉBUT DU DISPOSITIF

DÉCIDE :

Cassation partielle correspondant aux motifs – annulation » en tant que »

Article 1^{er} : L'arrêt du 3 août 2006 de la cour administrative de Douai est annulé en tant qu'il a rejeté les conclusions de la SOCIÉTÉ PREST'ACTION tendant à l'annulation du jugement du 1^{er} juillet 2004 du tribunal

administratif de Rouen en tant qu'il a rejeté ses conclusions dirigées contre le titre exécutoire émis à son encontre par la commune de Rouen.

Sort réservé à l'appel et aux demandes de frais de l'appelante qui est ici la partie perdante

Article 2 : Les conclusions de la requête présentée par la SOCIÉTÉ PREST'ACTION devant la cour administrative d'appel de Douai tendant à l'annulation du jugement du 1^{er} juillet 2004 du tribunal administratif de Rouen en tant qu'il a rejeté ses conclusions dirigées contre le titre exécutoire émis à son encontre par la commune de Rouen ainsi que ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La SOCIÉTÉ PREST'ACTION versera à la commune de Rouen la somme de 3 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la SOCIÉTÉ PREST'ACTION et à la commune de Rouen.

Délibéré dans la séance du 7 janvier 2009 où siégeaient : M. Edmond Honorat, M. Rémy Schwartz, Présidents de sous-section ; M. Jean Musitelli, M^{me} Françoise Ducarouge, M. Christophe Chantepy, M^{me} Christine Maugüé et M. Gilles Bardou, Conseillers d'État

Lu en séance publique le [La date n'est pas renseignée]

Le Président :

Signé :

- rapporteur :

Signé :

Le secrétaire :

Signé : M^{me} Catherine Bonparis

La République mande et ordonne au ... en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Le secrétaire

Arrêt d'Assemblée (28 décembre 2009, Ville de Béziers)

« *Considérant Visa* » :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, dans le cadre d'un syndicat intercommunal à vocation multiple qu'elles avaient créé à cette fin, les communes de BÉZIERS et de Villeneuve-lès-Béziers ont mené à bien une opération d'extension d'une zone industrielle intégralement située sur le territoire de la commune de Villeneuve-lès-Béziers ; que, par une convention signée par leurs deux maires le 10 octobre 1986, ces collectivités sont convenues que la commune de Villeneuve-lès-Béziers verserait à la COMMUNE DE BÉZIERS une fraction des sommes qu'elle percevrait au titre de la taxe professionnelle, afin de tenir compte de la diminution de recettes entraînée par la relocalisation, dans la zone industrielle ainsi créée, d'entreprises jusqu'ici implantées sur le territoire de la COMMUNE DE BÉZIERS ; que, par lettre du 22 mars 1996, le maire de Villeneuve-lès-Béziers a informé le maire de BÉZIERS de son intention de résilier cette convention à compter du 1^{er} septembre 1996 ; que, par un jugement du 25 mars 2005, le tribunal administratif de Montpellier, saisi par la COMMUNE DE BÉZIERS, a rejeté sa demande tendant à ce que la commune de Villeneuve-lès-Béziers soit condamnée à lui verser une indemnité de 591 103,78 euros au ti-

tre des sommes non versées depuis la résiliation de la convention, ainsi qu'une somme de 45 374,70 euros au titre des dommages et intérêts ; que, par un arrêt du 13 juin 2007, contre lequel la COMMUNE DE BÉZIERS se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Marseille a, après avoir annulé pour irrégularité le jugement du tribunal administratif de Montpellier, jugé que la convention du 10 octobre 1986 devait être « déclarée nulle » et rejeté la demande de la COMMUNE DE BÉZIERS;

Formule d'économie de moyens = l'arrêt va être annulé

➔ Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérants de principe : énoncé de la règle de droit (ici ex nihilo)

Considérant, en premier lieu, que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation ;

Considérant, en second lieu, que, lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel ;

Considérant d'application à l'espèce

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 2-I de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, désormais codifiées à

l'article L. 2131-1 du code général des collectivités territoriales : « Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès lors qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans le département » ; que l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ; que, toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doit écartier le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doit pas être tranché sur le terrain contractuel ;

Considérant, dès lors, qu'en jugeant que la convention conclue le 10 octobre 1986 entre les communes de Villeneuve-lès-Béziers et de Béziers devait être « déclarée nulle » au seul motif que les délibérations du 29 septembre 1986 et du 3 octobre 1986 autorisant les maires de ces communes à la signer n'avaient été transmises à la sous-préfecture que le 16 octobre 1986 et qu'une telle circonstance faisait obstacle à ce que les stipulations du contrat soient invoquées dans le cadre du litige dont elle était saisie, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ; que, par suite, la COMMUNE DE BÉZIERS est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque ;

Réponse aux demandes sur les frais de l'instance

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la COMMUNE DE BÉZIERS, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la commune de Villeneuve-lès-Béziers demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, sur le fondement des mêmes dispositions, de mettre à la charge de Villeneuve-lès-Béziers une somme de 3 000 euros à verser à la COMMUNE DE BÉZIERS ;

DÉCIDE :

Renvoi de l'affaire pour (re) jugement au fond

Article 1^{er} : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 12 février 2007 est annulé en tant qu'il rejette la demande de la COMMUNE DE BÉZIERS .

Article 2 : L'affaire est renvoyée dans cette mesure devant la cour administrative d'appel de Marseille.

Article 3 : La commune de Villeneuve-lès-Béziers versera à la COMMUNE DE BÉZIERS la somme de 3 000 au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Etc...

VISAS

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'un contrat de concession, portant convention de gestion du stationnement sur le territoire de la ville de Toulon a été signé le 11 janvier 1988 entre cette ville et une société aux droits de laquelle est venue la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT, afin d'assurer, conformément à quatre cahiers des charges annexés à la convention, l'information des usagers, la réalisation et l'exploitation de deux parcs de stationnement, l'équipement de la voirie pour le stationnement payant et l'exploitation d'une fourrière ; qu'en vertu du cahier des charges n° 3, la société concessionnaire assurait l'installation, l'entretien et le remplacement des appareils horodateurs, dont les caractéristiques et le fabricant étaient choisis en accord avec la commune ; qu'à la suite d'un fonctionnement defectueux de ces appareils, la ville a demandé qu'il soit fait appel à un autre fournisseur ; que le concessionnaire, après avoir dénoncé le contrat qui le liait au premier fournisseur, a dû verser à celui-ci la somme de 5 037 634,97 francs en exécution d'un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 18 novembre 1994 ; que la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT a demandé réparation du préjudice subi à la ville de Toulon ; que le tribunal administratif de Nice a, par un jugement en date du 29 juin 1999, rejeté sa demande ; que, par l'arrêt attaqué, en date du 26 juin 2003, la cour administrative d'appel de Marseille a, rejeté la requête dirigée contre ce jugement ; que la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

Considérant que, pour le juge du contrat, la nullité du contrat est une question d'ordre public ; que, par suite, lorsqu'il constate la nullité de certaines stipulations du contrat, il appartient à ce juge de s'interroger, le cas échéant d'office, sur le point de savoir si ces stipulations sont ou non divisibles du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle de l'ensemble du contrat ;

Considérant que l'arrêt attaqué, qui juge que, les clauses du cahier des charges n° 3 ayant eu pour effet de déléguer à la société gestionnaire des prérogatives de police de stationnement sur la voie publique que seule l'autorité administrative pouvait exercer et de mettre à sa charge des dépenses étrangères à l'exploitation des ouvrages, le contrat était, pour ces raisons, frappé de nullité, doit être lu comme prononçant la nullité de l'ensemble du contrat, ce qu'il n'a pu faire qu'en regardant implicitement mais nécessairement les stipulations de ce contrat comme indivisibles ; qu'ainsi la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT **n'est pas fondée à reprocher à l'arrêt attaqué de n'avoir pas répondu au moyen tiré de ce que le vice entachant la partie du contrat relative au stationnement sur la voirie était susceptible d'entraîner non la seule nullité de celle-ci mais celle de l'ensemble du contrat et d'avoir commis une erreur de droit** en jugeant cette partie divisible du reste du contrat ;

Considérant qu'après avoir relevé, par une application souveraine exempte de dénaturation, que la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT s'est bornée, dans sa lettre du 10 mars 1993, dont elle soutient que les termes ont interrompu le délai de

prescription quadriennale, à faire état de son intention de réclamer l'indemnité qu'elle aurait à verser au cas où le jugement de la Cour d'Appel lui serait défavorable, la cour administrative d'appel de Marseille **n'a pas donné aux faits une qualification juridique inexacte** en jugeant que la société requérante ne pouvait être regardée comme ayant présenté une demande à la ville de Toulon au sens de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les communes et les établissements publics ;

Considérant que, pour rejeter sur le terrain de la responsabilité contractuelle les conclusions indemnitaires présentées en appel par la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT, la cour administrative d'appel, après avoir interprété le contrat de gestion du stationnement conclu le 11 janvier 1988 comme prévoyant la délégation par la ville de Toulon de prérogatives de police de stationnement sur la voie publique et mettant à la charge du concessionnaire des dépenses étrangères à l'exploitation des ouvrages, a constaté, pour ces motifs, la nullité de ce contrat ; **qu'elle n'a pas dénaturé les pièces du dossier en relevant que** le personnel communal de surveillance, habilité à la constatation des infractions, recevait des directives du concessionnaire pour assurer le bon fonctionnement du service public du stationnement dans la ville et qu'en rémunérant ce personnel, le concessionnaire prenait à sa charge des dépenses qui ne relevaient pas de l'exploitation de sa concession ;

Considérant **qu'en relevant, dans l'arrêt attaqué, que** la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT ne démontre pas que l'indemnité qu'elle demande puisse être regardée comme la contrepartie d'une fourniture ou prestation utile à la commune de Toulon et que son appauvrissement consécutif correspondrait à un enrichissement corrélatif de la commune, **la cour administrative d'appel n'a commis aucune erreur de droit dans l'application des règles relatives à** l'enrichissement sans cause selon lesquelles il appartient au demandeur d'établir le bien-fondé de ses prétentions ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ; que par voie de conséquence, les conclusions présentées par la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent être rejetées ; qu'il n'y a pas lieu dans les circonstances de l'espèce, de faire application des mêmes dispositions et de mettre à la charge de la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT la somme que la ville de Toulon demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DÉCIDE :

Article 1^{er} : La requête de la SOCIÉTÉ SOGEPARC-CGST-COMPAGNIE GÉNÉRALE DE STATIONNEMENT est rejetée.

ETC.

CONSEIL D'ÉTAT ik
statuant
au contentieux

**N° s 297711, 297870, 297892, 297919,
297937, 297955, 298086, 298087,
301171, 301238**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SYNDICAT EGF-BTP et autres

Mme Nathalie Escaut
Rapporteur

Le Conseil d'État statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7^{ème} et 2^{ème} sous-
sections réunies)

M. Nicolas Boulouis
Commissaire du gouvernement

Sur le rapport de la 7^{ème} sous-section
de la Section du contentieux

Séance du 11 juin 2007
Lecture du 9 juillet 2007

Vu, 1^o), sous le n^o 297711, la requête et le mémoire complémentaire, enregistrés le 25 septembre et le 23 novembre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentés par le SYNDICAT ENTREPRISES GÉNÉRALES DE FRANCE-BÂTIMENT TRAVAUX PUBLICS, dont le siège est 9 rue La Pérouse à Paris (75116) ; le SYNDICAT ENTREPRISES GÉNÉRALES DE FRANCE-BÂTIMENT TRAVAUX PUBLICS demande au Conseil d'État d'annuler les dispositions des articles 10, 48, 60, 65, 67, 135 et 138 du code des marchés publics annexé au décret du 1^{er} août 2006 ainsi que la circulaire du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du ministre délégué au budget et à la réforme de l'État, en date du 3 août 2006, portant manuel d'application du code des marchés publics ;

le SYNDICAT ENTREPRISES GÉNÉRALES DE FRANCE-BÂTIMENT TRAVAUX PUBLICS soutient que

.....

Vu, 2^o), sous le n^o 297870, la requête
Vu, 3^o),

Etc...

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 11 juin 2007, présentée

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu le Traité instituant la Communauté européenne ;
Vu le Traité sur l'Union européenne ;
Vu la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 31 mars 2004 ;
Vu la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 31 mars 2004 ;
Vu le Code général des Collectivités territoriales ;
Vu la loi du 5 octobre 1938 ;
Vu la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ;
Vu la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 ;
Vu la loi n° 85-595 du 11 juin 1985 ;
Vu la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ;
Vu la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 ;
Vu le décret du 12 novembre 1938 ;
Vu le décret n° 66-887 du 28 novembre 1966 ;
Vu le décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 ;
Vu le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 ;
Vu le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 ;
Vu le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 ;
Vu le Code de Justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M^{me} Nathalie Escaut, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Piwnica, Molinié, avocat du SYNDICAT EGF-BTP, de la SCP Boutet, avocat de la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment et de la SCP Vier, Barthélémy, Matuchansky, avocat de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS ET COMMERCIAUX ;
- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes présentées par ...concernent un même décret et une même circulaire ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une même décision ;

Sur l'intervention en défense présentée par la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment :

Considérant que la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment a intérêt au maintien du décret contesté ; qu'ainsi son intervention en défense est recevable ;

Sur la recevabilité de la requête de M. COSSALTER :

Considérant, en premier lieu, que si M. COSSALTER demande l'annulation des dispositions (...) toutes ces dispositions se bornent à confirmer des dispositions déjà contenues

Sur les moyens de légalité externe :

En ce qui concerne la décision du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie rejetant le recours de l'ORDRE DES AVOCATS À LA COUR DE PARIS, du CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et de la CONFÉRENCE DES BÂTONNIERS :

(...)

En ce qui concerne le moyen tiré de l'incompétence du Premier ministre pour édicter des règles applicables aux marchés des collectivités locales :

Considérant qu'aux termes de l'article unique de la loi du 5 octobre 1938 tendant à accorder au gouvernement les pouvoirs pour réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays : "Le gouvernement est autorisé, jusqu'au 15 novembre 1938, à prendre, par décrets délibérés et approuvés en conseil des ministres, les mesures destinées à réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays. Ces décrets, qui auront force de loi, seront soumis à la ratification des Chambres avant le 1er janvier 1939" ; qu'aux termes de l'article 1er du décret du 12 novembre 1938 portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales et des établissements publics, pris sur le fondement de cette habilitation et avant sa date d'expiration : "Les dispositions des textes législatifs et réglementaires relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'État peuvent être étendues, par règlements d'administration publique, contresignés par les ministres intéressés et le ministre des finances, et sous réserve des ajustements nécessaires, aux départements, aux communes et aux établissements publics relevant de l'État, des départements et des communes" ; que, par ce décret, le gouvernement a pu légalement renvoyer à des règlements d'administration publique à intervenir, y compris après la date d'expiration de l'habilitation qu'il tenait de cette loi, le soin d'édicter les mesures d'application de la règle, fixée par lui en vertu de cette habilitation, d'extension aux marchés des collectivités locales, sous réserve des ajustements nécessaires, des dispositions applicables aux marchés de l'État ; que, par suite, le Premier ministre tenait des dispositions du décret du 12 novembre 1938, qui n'a été légalement abrogé ni par le décret du 28 novembre 1966 ni par la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, compétence pour étendre aux collectivités locales, y compris les régions et les établissements publics de coopération intercommunale, les règles nouvelles qu'il édictait pour les marchés publics de l'État ;

En ce qui concerne le moyen tiré du défaut de consultation régulière du Conseil d'État :

(...)

En ce qui concerne le moyen tiré de la consultation irrégulière du conseil général de Saint-Pierre-et-Miquelon :

(...)

En ce qui concerne le moyen tiré du défaut de consultation du conseil national des barreaux :

(...)

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence de consultation de la commission supérieure de codification :

(...)

En ce qui concerne le moyen tiré de

(...)

Sur la légalité interne du décret attaqué :

Considérant que, ainsi qu'il a été dit, les dispositions précitées du décret du 12 novembre 1938 ont autorisé le gouvernement à étendre aux marchés des collectivités locales, sous réserve des ajustements nécessaires, les règles relatives à la passation des marchés publics de l'État ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le décret attaqué aurait méconnu le principe de libre administration des collectivités territoriales doit être écarté ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 10, 27, 48, 60, 65 et 67 du code des marchés publics ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne l'article 10 :

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code annexé au décret attaqué : "Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots./ Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ..." ;

Considérant qu'en posant le principe de l'allotissement des marchés, les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics ont pour objet de susciter la plus large concurrence entre les entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises générales ou non ; qu'elles prévoient d'ailleurs des exceptions dans les cas où l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence ; qu'il n'est pas établi que ce principe aurait en soi pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, lesquelles, au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché ; que, par suite, les moyens tirés de la violation du principe d'égalité, tant en droit interne qu'en droit communautaire, ainsi que de la liberté de prestations de services instituée par l'article 49 du traité instituant la Communauté européenne et de la liberté d'entreprendre doivent être écartés ; que de même, le principe de l'allotissement des marchés n'a ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à la liberté de choix du pouvoir adjudicateur et qu'ainsi doit être écarté le moyen tiré d'une prétendue méconnaissance de cette liberté, en violation tant de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ;

Considérant que dès lors que, conformément aux dispositions de l'article 27 III du code des marchés publics, la passation d'un marché en lots séparés prend en compte la valeur globale des lots, doit être écarté le moyen tiré de ce que l'allotissement méconnaîtrait les dispositions de l'article 9 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui interdit le fractionnement des marchés ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions tendant à l'annulation de l'article 10 du code des marchés publics ainsi que des dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 doivent être rejetées ;

En ce qui concerne

ETC...

En ce qui concerne les articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics en tant qu'ils autorisent la fixation d'un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre :

Considérant qu'aux termes de l'article 60 du code des marchés publics, relatif à l'appel d'offres restreint : "I. (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...); qu'aux termes de l'article 65 relatif aux procédures négociées: "I. - (...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...); qu'aux termes de l'article 67 relatif à la procédure de dialogue compétitif: "(...) Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer au dialogue. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois./ En outre, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. (...)" ; qu'enfin le dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics indique que "dans le cadre des procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de PME qui seront admises à présenter une offre" ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des requêtes ;

Considérant qu'en autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures d'appel d'offres restreint, de marché négocié et de dialogue compétitif, à fixer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre, les dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics, applicables respectivement aux trois procédures précitées, conduisent nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures ; qu'un tel critère qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique ; que, par suite, les requérants sont fondés à demander l'annulation du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1^{er} août 2006, qui sont divisibles des autres dispositions de ce décret, ainsi que des dispositions à caractère impératif du dernier alinéa du point 10.2.3 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics ; qu'il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes de ne pas donner d'effet rétroactif à l'annulation ainsi prononcée ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 28, 30, 146 et 148 du code des marchés publics en tant qu'ils concernent les marchés de prestations de services juridiques ainsi que les dispositions y afférentes de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics :

En ce qui concerne les moyens tirés de

Considérant, en premier lieu,
Considérant, en deuxième lieu, **etc.**

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de Justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'État, qui n'est pas, dans les instances n° 297892 et 301171, la partie perdante, les sommes que M. COSSALTER, l'ORDRE DES AVOCATS À LA COUR DE PARIS, le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX et la CONFÉRENCE DES BÂTONNIERS demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans l'instance n° 297919, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'État une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX et non compris dans les dépens ;

DÉCIDE :

Article 1^{er} : L'intervention de la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment est admise.

Article 2 : Le troisième alinéa du paragraphe I de l'article 60, le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 65 et le quatrième alinéa du

paragraphe I de l'article 67 du code des marchés publics annexé au décret du 1^{er} août 2006 ainsi que le dernier alinéa du point 10.2.3 et le point 16.1.1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, en tant qu'il précise que sont inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un réseau fixe, sont annulés.

Article 3 : L'État versera à l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des requêtes du SYNDICAT **etc.** est rejeté.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au SYNDICAT ENTREPRISES GÉNÉRALES DE FRANCE-BÂTIMENT TRAVAUX PUBLICS, **etc.**

Allocution de clôture

Papa Makha Ndiaye

Conseiller, Directeur du Service de Documentation et d'Études

Mesdames, messieurs,

À l'issue de nos travaux, le sentiment également partagé est la satisfaction. Il ne pouvait en être autrement après le constat de l'excellence des communications présentées, le grand talent des modérateurs et les interventions qualitativement substantielles de tous les participants.

Organiser une rencontre internationale pour réfléchir sur l'accessibilité de la Cour suprême, c'est envisager soit d'effectuer une démarche d'ouverture, pour une meilleure connaissance du phénomène jurisprudentiel ou encore mettre en œuvre une politique de solidarité, en vue d'une compréhension mutuelle, soit d'étudier ce sujet dans son sens contentieux.

Relevant à la fois de ces deux perspectives, la thématique de nos journées d'étude est un parti-pris délibéré sur l'orientation à imprimer à la conception renouvelée du rôle de la Cour suprême issue de la réforme du système judiciaire en 2008.

Ce qui est particulièrement remarquable, c'est l'instauration d'une coopération féconde et constructive tant avec les maîtres qui animent la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (UCAD) (A), qu'avec ceux qui illustrent le Barreau sénégalais, mais également avec les juridictions suprêmes françaises, le Conseil d'État et la Cour de Cassation (B).

À cet égard, il faut bien relever la démarche de ces dernières qui, pour élargir notre champ de vision institutionnel, se sont appuyées sur le président de l'Ordre des Avocats aux Conseils, lequel nous a présenté, dans sa brillante intervention, le modèle de barreau spécialisé, en France.

L'objet de cette coopération est dessiné en filigrane par des actions d'échange et de formation, incluses dans des mécanismes au service d'un dialogue scientifique autour de problématiques communes.

Par la voix de Monsieur le doyen Ndiaw Diouf et celle du professeur Pape Demba Sy, l'Université a enrichi nos connaissances sur « *Le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé* », ainsi que sur « *Les recours en matière administrative et l'accès au juge* ».

Cet office a révélé la complémentarité des fonctions de la Cour régulatrice et celles de l'Université, gardienne « *des champs du savoir* », l'articulation de deux organes d'expression du droit. Car, alors que les universitaires ont étudié la règle de droit à sa source matérielle et formelle, les hauts magistrats de la Cour, notamment les présidents de chambre, ont présidé les séances de discussions, en déterminant les points d'application des normes dégagées des textes de loi, par le juge.

A. Ainsi, un enjeu important a été analysé, qui est la coexistence de la Cour suprême nationale et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), dans l'espace communautaire de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA).

Dans la première intervention, le doyen de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'UCAD a insisté sur le flou juridique créé par l'intrication des sources textuelles, qui entraînent pratiquement une remise en question de la mission de la Cour suprême nationale.

Selon monsieur le doyen, la cohérence du dispositif juridique et judiciaire mis en place depuis l'entrée en vigueur du Traité relatif à l'OHADA fait défaut, et ses effets sur les rapports entre les deux Cours suprêmes ne sont pas toujours intelligibles.

En effet, si le pourvoi en cassation n'est pas suspensif d'exécution, aussi bien devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, que devant la Cour de Cassation nationale, l'on peut s'interroger sur la pertinence du caractère non suspensif du recours devant la CCJA qui, à l'évidence, n'est pas chargée exclusivement de veiller sur l'harmonie de la jurisprudence communautaire. Car elle est érigée, par le traité de son institution, à la fois comme juge de cassation, juge du fond et juridiction des conflits. D'où il suit qu'en cas de divergence entre elle et la Cour suprême, c'est son interprétation qui s'impose.

Ne peut-on pas considérer que cette technique du traité est la clé d'explication du dessaisissement de la Cour suprême, lorsque l'une des parties prétend que l'affaire soulève des questions relatives à l'application des Actes Uniformes ?

D'autres apories évoquées par l'éminent professeur, l'incertitude de la juridiction compétente pour statuer ou du droit applicable dans le dédale judiciaire, ainsi que la situation géographique de la CCJA, ont pour effet principal de dérouter les juridictions du fond, mais aussi les justiciables et leurs conseils.

Ayant relevé que « *la technique utilisée par le traité relatif à l'OHADA pour assurer l'interprétation uniforme du droit communautaire est le pourvoi en cassation* » et que ce « *rapprochement* » est à tous égards « *problématique* », monsieur le doyen estime que l'institution d'un « *renvoi préjudiciel* » constitue, notamment, un facteur d'apaisement des multiples contraintes qui en découlent et auxquelles sont confrontés les praticiens, dans le déroulement des procédures devant les juridictions compétentes dans les territoires des États membres de l'organisation communautaire.

Pour terminer, le conférencier a énoncé, en termes nets, que l'adoption « *dans les meilleurs délais* » de « *règles appropriées* » est ce qu'il y a mieux à faire pour améliorer les « *relations (...) entre la juridiction communautaire et les juridictions nationales statuant en cassation* ».

Au cours des débats qui ont suivi l'exposé de ce grand universitaire, monsieur le président Jean Louis Gillet, un autre universitaire et membre de la Cour de Cassation française, a suggéré la création « *d'un espace de dialogue* » pour pallier les carences du droit harmonisé, dans l'espace géopolitique où est instituée la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Restons encore un instant à l'Université, avec le professeur Pape Demba Sy. Au cours de la seconde intervention, il a insisté sur l'importance de l'accès à la Cour suprême, qu'il analyse comme un rayon de « *l'accès à la justice* ». Selon le professeur, « *l'accès à la justice* » suppose un accès aisé au juge. S'agissant « *d'un droit fondamental de l'homme* », son effectivité passe par la mise en œuvre d'une revendication citoyenne.

Le professeur a soumis les recours administratifs à un crible d'analyses, juridique et éthique, en incriminant le formalisme excessif qui traduit le taux très élevé de décisions de non-admission prononcées par la Cour suprême. À son tour, il a indiqué d'autres sources de difficultés constituées par la compétence exclusive de la Cour suprême en matière d'excès de pouvoir, ainsi que la situation géographique du siège de celle-ci.

Réfléchissant sur les réformes successives du système juridique sénégalais, le conférencier a reconnu l'existence d'avancées significatives et satisfaisantes, mais insuffisantes, au demeurant, pour réaliser l'adéquation escomptée entre le droit public et la mentalité des justiciables dont il régit les activités.

Le professeur préconise la nécessité de promouvoir l'admission des recours en annulation, afin qu'ils jouent « *leur rôle d'utilité publique par le renforcement de la qualité du droit administratif, condition de l'émergence d'une jurisprudence* » susceptible de servir de ferment à la promotion de l'État de droit.

Il est apparu dans les débats qui ont suivi cette brillante prestation que les projets de modifications élaborés à la Cour suprême prennent en compte, comme par anticipation, la plupart des propositions de réforme formulées par l'assistance et les participants, notamment :

- l'assouplissement et la simplification des formalités à accomplir devant la Cour ;
- le rétablissement du ministère d'avocat assorti de possibilités d'aide juridictionnelle ;
- l'accélération du cours de la procédure dans le cadre du traitement du sursis devant la chambre administrative de la Cour suprême ;
- le rapprochement de la justice des justiciables ;
- la mise en place d'un dispositif apte à réduire le volume du contentieux ;
- l'introduction d'un dispositif de régularisation pour réparer, dans des conditions à préciser, certains vices de forme inhibiteurs de la procédure administrative au seuil du prétoire ;
- la permanence de la formation complémentaire des magistrats et des auxiliaires de justice.

Les membres de la délégation française ont, à l'instar des universitaires sénégalais, présenté des communications de grande qualité.

L'accès à la Cour suprême exige la connaissance de plusieurs règles formelles et la maîtrise de nombreuses techniques dont les contours exacts ont été cernés par les conférenciers, de manière remarquable.

Monsieur Didier Le Prado, Président de l'Ordre des Avocats aux Conseils, a évoqué, avec un grand talent, le thème libellé « *Un barreau spécialisé devant les juges de cassation français : pourquoi et comment ?* »

Définissant le barreau spécialisé comme « *un rouage de rationalisation du contrôle de cassation* », Monsieur Le Prado estime qu'il constitue un « *contact essentiel avec le conseil d'État et la Cour de Cassation* », et « *participe activement à leur bon fonctionnement*, en vertu de « *la technique de cassation et sa mise en œuvre par la rédaction des mémoires caractérisée par un formalisme rigoureux* ».

Selon lui, toute cette orientation montre que le moyen de cassation est un instrument qui permet à l'avocat de « *poser au juge une question précise* » et d'attendre, en retour, de celui-ci, « *une réponse tout aussi précise* ». Néanmoins, si la précision est une condition de recevabilité du grief invoqué par le demandeur, elle n'en est pas la seule ; car, émanant nécessairement des motifs, qui servent de soutien à la décision attaquée, l'inspiration de l'auteur du pourvoi doit s'épuiser dans ce cadre, faute de quoi le moyen présente la caractéristique d'être un « *manque en fait* », d'où il suit qu'il est irrecevable.

Ainsi, de façon cohérente avec les principes directeurs du procès équitable, les Cours suprêmes, sous l'impulsion des avocats aux Conseils ont dégagé progressivement

« les normes garantant d'un accès libre, égal et effectif du justiciable au juge de cassation, dans un délai raisonnable ».

Un tel modèle a une vertu attractive évidente. Ainsi, réagissant à une question d'opportunité posée par monsieur le Premier Président de la Cour suprême, monsieur Le Prado a généreusement offert l'assistance de l'Ordre qu'il préside, si les avocats sénégalais expriment le désir de segmenter leur barreau pour faire évoluer l'un des Ordres vers la spécialisation.

À quoi les avocats présents dans la salle, au nombre desquels se trouvaient deux membres de leur Ordre, Maîtres Alioune Badara Fall et Ameth Bâ, ont répondu que la réflexion sera largement étendue dans leur sphère.

1. À la reprise des travaux, Monsieur le président Gillet et un maître des requêtes, Monsieur Nicolas Boulouis, magistrats à qui leurs fonctions respectives à la Cour de Cassation et au Conseil d'État ont traité parfaitement des questions relatives au « *Contrôle exercé en France par la Cour de Cassation, la préparation et la rédaction des arrêts* », et aux « *Méthodes de traitement des dossiers contentieux en Conseil d'État* ». Ils ont contribué à approfondir les débats et ont fait constater à l'assistance les multiples difficultés qui jalonnent l'itinéraire conduisant aux formations délibérantes de la Cour, gardienne de la sécurité juridique et qui, de ce fait, impliquent une responsabilité directe de celle-ci dans la régulation de la société, par le droit.

Il convient de saluer leur insistance sur cette compétence de la fonction de la Cour suprême.

En effet, l'abondance des rebellions des juges du fond pourrait exprimer une défiance face à une Cour suprême dont la fréquence des arrêts de cassation laisserait à penser qu'elle exerce sa mission de tutelle et de contrôle des juridictions inférieures, en faisant de l'arbitraire un principe fondamental de régulation.

Or, une telle conception de la mission de la Cour régulatrice s'inscrirait dans la perspective d'un univers judiciaire complexe et chaotique, où il est donné à voir, selon la formule bien connue du professeur Dominique Rousseau « *non pas un juge du fond soumis à la norme, mais un juge soumis « au bon plaisir » des hauts magistrats « qui en maîtrisent le sens en dirigeant l'application* ».

Selon le président Gillet et Monsieur Boulouis, il serait hasardeux de penser que la haute juridiction « *est une machine à casser* ». Bien au contraire, ont-ils dit en chœur ; celle-ci n'a d'existence et de sens que par les décisions rendues par les juridictions du fond ; en substance, la jurisprudence des Cours et Tribunaux est essentielle à la Cour suprême. Autant dire que l'organisation judiciaire s'apparente à la légende d'Aladin, ce personnage du conte des « *Mille et une Nuits* » qu'une puissance mystérieuse a guidé jusqu'au centre de la Terre, où il a trouvé une lampe magique pourvoyeuse de fortunes diverses.

La représentation de ce téléguidage induit l'attitude de la Cour suprême face aux juridictions inférieures.

La Cour suprême ? Elle est le principe de l'unité du droit national ; le symbole de l'unité de la jurisprudence ; elle joue un rôle essentiel dans la réalisation du principe d'égalité entre les citoyens, devant la loi et la justice.

Et, comme d'un tribunal à un autre, le même problème de droit peut recevoir des solutions divergentes ; que, d'une Cour d'appel à une autre, le constat est identique, la Cour régulatrice s'emploie à réaliser une assise doctrinale cohérente dans l'accomplissement de sa mission, qui est avant tout de sanctionner les violations de la loi commises par les juges du fond et aussi de corriger les erreurs constatées dans leur raisonnement.

Le travail collectif accompli en trois jours constitue désormais une référence indispensable à tous ceux qui sont préoccupés par la qualité du procès devant la Cour suprême.

Il a permis, dans l'intérêt de tous les participants, de dégager les caractéristiques principales de la rédaction des arrêts de la Cour suprême et, en même temps, circonscrire, avec précision, le domaine et la portée du contrôle de cassation.

D'emblée, Messieurs Gillet et Boulouis ont, chacun, à leur tour, tracé les contours de la liberté du juge du fond, souverain pour apprécier les éléments de fait et de preuve soumis à son examen. Dans ce cadre factuel, la Cour suprême exerce *un contrôle de motivation*, en principe, *léger*. Mais il n'en demeure pas moins que la Cour s'est arrogée le droit d'examiner et de contrôler la qualification des motifs invoqués et des actes juridiques, notamment pour vérifier leur licéité (cause de la rupture du contrat de travail) ou l'objectivité de leur caractère. En ce qui concerne la section du contentieux du Conseil d'État français, qui correspond à notre chambre administrative, le contrôle des faits est plus pesant, parce qu'ils sont indissociables du socle commun de la jurisprudence administrative. En réalité, le pouvoir souverain du juge du fond pour apprécier les faits ne découle pas d'un principe d'autonomie, puisqu'il appartient à la Cour suprême de contrôler une pléthore de termes juridiques résultant de la qualification des faits. À noter que dans cette activité de formalisation, les notions juridiques sont des paramètres. Est exemplaire à cet égard, la qualification de la faute.

En accomplissant sa mission de contrôle, la Cour suprême exerce une fonction explicative et, en même temps, une fonction corrective dans un processus aboutissant tantôt à un arrêt de rejet, tantôt à un arrêt de cassation. Dans le premier cas, la Cour constate que le raisonnement du juge du fond s'inscrit dans le cadre d'une logique irréprochable, à condition, bien évidemment, que la loi n'ait été aucunement violée ; car, dit le professeur Loïc Cadet, « *toute violation de la loi a vocation à être sanctionnée* ». *Lex Imperat*. Dans le second, elle constate que le juge du fond a dénaturé une pièce du dossier, en altérant ses mentions, ou qu'il a mal « *géré les termes du litige* » ou que son raisonnement comporte des erreurs, produit des motifs contradictoires et inconciliables, impliquant ainsi l'inexistence d'une base à l'application de la loi ; ou bien qu'il s'est déterminé sur des motifs insuffisants, dubitatifs, hypothétiques ou ambigus, ou encore qu'il n'a pas respecté le principe du contradictoire ou, certes beaucoup plus rarement, que la subsistance de la décision attaquée dans l'ordonnement juridique pourrait entraîner des conséquences désastreuses sur l'organisation sociale.

Cependant, on a beaucoup écrit pour stigmatiser le caractère rébarbatif du style de la Cour suprême. Mais, quel que soit le contrôle opéré (contrôle normatif ou disciplinaire), la Cour suprême, par une motivation circonscrite au moyen invoqué, donc brève et certaine, reprend l'argumentation qui prépare la décision attaquée, en employant des concepts et des réflexions susceptibles d'éclairer le cheminement intellectuel qui y a conduit, quitte même à examiner les travaux préparatoires de la loi pour guider le raisonnement du juge de renvoi ou parfaire celui du juge dont la décision n'a pas été annulée. Or, cette dernière hypothèse met en présence une interprétation analytique de la loi, c'est-à-dire conforme ; cas de figure dans lequel le juge n'a ni ajouté une condition à celle-ci, ni omis de tirer les conséquences légales de ses propres constatations (*violations de la loi*), ni retranché, par abstention, un élément nécessaire à son application (*manque de base légale*). Le « *sauvetage de l'arrêt* », formule usitée dans le sérail, résume ces descriptions.

Une dernière remarque : elle a trait au moyen articulé, en demande ou en défense, dans les conclusions des parties. Le juge du fond doit y répondre ; car le défaut de réponse constitue un germe de cassation.

Il ne me reste plus qu'à exprimer la gratitude de la Cour suprême. Et, pour vous remercier, naturellement la Cour suprême, son Premier Président et son Procureur général s'adressent, d'abord, comme le veut la traditionnelle hospitalité sénégalaise, à la délégation française conduite par notre collègue Madame Catherine Bolteau-Serre, chargée de mission « *relations internationales* » à la Première Présidence de la Cour de Cassation, et ainsi pour redire leur reconnaissance.

Avec le même enthousiasme, il convient, d'une part, de rendre hommage à la coopération française représentée ici par monsieur Hervé Rivière et monsieur Hervé Poinot, qui, en dépit de leurs lourdes charges, ont pu se joindre à nous, en toute amitié, et d'exprimer, d'autre part, le vœu que l'étroite coopération dans laquelle les Cours suprêmes, française et sénégalaise, se sont engagées, puisse encore se développer.

Qu'il me soit permis de saluer, avec infiniment de plaisir, le rapprochement entre l'Université et la Cour suprême et, par la même occasion, remercier profondément monsieur le professeur Ndiaw Diouf, doyen de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, ainsi que monsieur Pape Demba Sy, maître de conférences agrégé de grand renom, qui a contribué à la formation d'une bonne partie des participants à notre rencontre.

J'exprime aussi la gratitude de la Cour suprême, tout spécialement, aux avocats du barreau de Dakar, qui ont contribué par leur grand nombre à la richesse des discussions et, par suite, à la réalisation des objectifs portés par notre projet de rencontre. Ils ont accepté de quitter leurs études pendant quelques jours, pour venir donner à la Cour l'élan dont elle a besoin pour mettre en œuvre son programme de modernisation. Qu'ils en soient également remerciés.

Merci aux Présidents de Chambre de la Cour suprême, monsieur Ibrahima Guéye, madame Fatou Habibatou Diallo, madame Awa Sow Caba et monsieur Mamadou Badio Camara. Ils ont assuré, avec bienveillance, la présidence des différentes séances de discussions de la rencontre, tâche qui requiert un concours exceptionnel de qualités personnelles de dynamisme, de courtoisie, d'ouverture d'esprit, mais aussi d'autorité.

Merci également à monsieur Abdoulaye Dianko, agent judiciaire de l'État, ainsi qu'aux autres représentants de l'administration publique. Ils ont participé activement aux débats, concourant ainsi à l'émergence de la plupart des idées qui s'en sont dégagées.

Merci, aux organisateurs de nos assises, personnes et institutions, enfin tous ceux dont les concours, logistiques ou opérationnels, ont déterminé le succès incontesté des journées d'études organisées par la Cour sur l'accès à la Cour suprême, les mercredi 26, jeudi 27 et vendredi 28 mai 2010.

Puisse ce vendredi, étendard de la prière rituelle communautaire des musulmans, insuffler sa vertu d'espérance aux orientations de fond exprimées dans l'acte final de notre rencontre, dans l'intérêt de la justice et des citoyens.

Je vous remercie.

Annexes

Termes de références de l'Atelier & Projet de programme de travail entre le Conseil d'État français, la Cour de Cassation française et la Cour suprême du Sénégal

1. Contexte

La Cour suprême de la République du Sénégal est issue d'une réforme récente, portée par une loi organique n° 2008-35 du 8 août 2008. Depuis cette date, elle regroupe, en une haute juridiction unique, l'ancien Conseil d'État et l'ancienne Cour de Cassation dont elle exerce désormais les attributions.

C'est pourquoi, Monsieur Papa Oumar Sakho, précédemment Premier Président de la Cour de Cassation, nommé Premier Président de la Cour suprême, s'est préoccupé de l'élargissement au Conseil d'État français, de la convention de jumelage et de coopération liant depuis plusieurs années la Cour de Cassation française et l'ancienne Cour de Cassation sénégalaise.

À cet effet, après accord de principe de Monsieur le Premier Président Lamanda (Cour de Cassation) et de Monsieur le vice-président Sauve (Conseil d'État), il a instruit le Secrétaire général de la Cour suprême du Sénégal de préparer avec les collègues français un projet de programme de travail pour l'année judiciaire 2009-2010 (de décembre 2009 à juin 2010).

Le secrétaire général de la Cour suprême du Sénégal a ainsi tenu des séances de travail à Paris les 23 et 25 septembre 2009, respectivement, avec Madame Catherine Bolteau-Serre, Magistrat, chargée de mission Relations Internationales à la première présidence de la Cour de Cassation et Monsieur Terry Olson, Conseiller d'État, Délégué aux relations internationales du Conseil d'État.

2. Objectifs

Il s'agit, entre autres projets, d'organiser des journées d'études nécessitant le déplacement de quatre personnalités françaises : un magistrat de la Cour de Cassation, un magistrat du Conseil d'État et deux avocats aux Conseils et à la Cour de Cassation (dont un spécialisé auprès du Conseil d'État et un auprès de la Cour de Cassation).

Dans les autres pays africains, un Barreau spécialisé près le Conseil d'État et la Cour de Cassation, mais un Barreau unique près la Cour d'Appel composé d'avocats habilités, sur pouvoir spécial de leurs clients, à se constituer devant la Cour suprême à l'occasion des pourvois en cassation et recours en annulation.

Le problème susceptible de compromettre une administration de la justice rapide et de qualité est qu'en principe, ils n'ont pas reçu une formation spécifique en la matière.

3. Thème, date, durée et lieu

Les journées d'études sont prévues au siège de la Cour suprême du Sénégal, à Dakar, à une date à convenir d'accord parties, en mai 2010, pendant deux jours ouvrables, sur le thème suivant :

« Méthodologie de présentation des mémoires et de formulation des moyens devant le Conseil d'État et la Cour de Cassation ».

4. Public

Les magistrats de la Cour suprême du Sénégal, le Bâtonnier et les avocats du Barreau du Sénégal, et éventuellement, les représentants des Barreaux des pays africains, membres de l'AHJUCAF, intéressés.

Journées d'études

L'accès à la Cour suprême, la présentation des mémoires, la méthodologie de la rédaction des moyens de cassation, la préparation, la rédaction et la compréhension des arrêts

Programme

Mercredi 26 mai 2010

8h 00 - 9h 00	Accueil et installation des invités et des participants
9h 00 - 9h 15	Allocution de bienvenue : Monsieur le Premier Président
9h 15 - 10h 45	Première communication
10h 45 - 11h 00	Pause
11h 00	Débats

Première communication

Le pourvoi en cassation dans les matières de droit privé, par Monsieur le professeur Ndiaw Diouf, Doyen de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Modérateur Monsieur Ibrahima Guèye, Président de la Chambre civile et commerciale

Rapporteurs Monsieur Abdourahmane Diouf, Avocat général
Monsieur Amadou Mbaye Guissé, Auditeur
Monsieur Babacar Diallo, Auditeur
Monsieur Jean Aloïse Ndiaye, Auditeur

13h 00 - 15h 00	Pause
15h 00	Reprise des travaux
15h 00 - 16h 30	Communication
16h 30 - 16h 45	Pause
16h 45	Débat

Deuxième communication

Les recours en matière administrative, par Monsieur Pape Demba Sy, Maître de conférences agrégé à la Faculté des Sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Modérateur Madame Fatou Habibatou Diallo, Président de la Chambre administrative

Rapporteurs Monsieur Abdoulaye Ndiaye, Conseiller
Monsieur Seydina Issa Sow, Auditeur
Monsieur Idrissa Sow, Auditeur
Monsieur Sangoné Fall, Auditeur

Jeudi 27 mai 2010

9h 00 - 10h 30	Première communication
10h 30 - 11h 00	Pause
11h 00	Débats

Première communication, par Monsieur Didier Le Prado, Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation

- Un barreau spécialisé devant les juges de cassation français ; pourquoi et comment ?
- Présentation des mémoires et requêtes

Modérateur Madame Awa Sow Caba, Président de la Chambre sociale

Rapporteurs Monsieur Abdoulaye Ndiaye, Conseiller
Monsieur Seydina Issa Sow, Auditeur
Monsieur Idrissa Sow, Auditeur
Monsieur Sangoné Fall, Auditeur

13h 00 - 15h 00 Pause

Après-midi

15h 00 - 16h 30 Communication

16h 30 - 16h 45 Pause

16h 45 Débats

Deuxième communication, par Monsieur Jean Louis Gillet, Président de Chambre à la Cour de Cassation, Secrétaire général de l'AHJUCAF, Formateur à l'ENM

- Comment préparer et rédiger l'arrêt ?
- Comment faciliter la compréhension de l'arrêt ?
- Comment exercer un contrôle de cassation ?

Modérateur Monsieur Mamadou Badio Camara, Président de la Chambre criminelle

Rapporteurs Monsieur Abdourahmane Diouf, Avocat général
Monsieur Amadou Mbaye Guissé, Auditeur
Monsieur Babacar Diallo, Auditeur
Monsieur Jean Aloïse Ndiaye, Auditeur

Vendredi 28 mai 2010

8h 30 - 10h 45 Communication

10h 45 - 11h 00 Pause

11h 00 - 11h 45 Débats

12h 45 - 13h 00 Clôture

Communication par Monsieur Nicolas Boulouis, Maître des requêtes au Conseil d'État

- Traitement des dossiers contentieux
- Techniques de contrôle
- Préparation et rédaction des arrêts

Modérateur Monsieur Papa Makha Ndiaye, Directeur du SDE

Rapporteurs Monsieur Abdoulaye Ndiaye, Conseiller
Monsieur Seydina Issa Sow, Auditeur
Monsieur Idrissa Sow, Auditeur
Monsieur Sangoné Fall, Auditeur

Liste des participants

Délégation française

Madame Catherine Bolteau-Serre, chargée des relations internationales à la Cour de Cassation

Monsieur Jean Louis Gillet, Président de chambre à la Cour de Cassation, Secrétaire général de l'AHJUCAF, Formateur à l'ENM

Monsieur Nicolas Boulouis, Maître des requêtes au Conseil d'État

Monsieur Didier Le Prado, Président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation

Magistrats de la Cour suprême

Monsieur Papa Oumar Sakho, Premier Président de la Cour Suprême

Monsieur Abdoulaye Gaye, Procureur général

Monsieur Ibrahima Guéye, Président de Chambre

Madame Awa Sow Caba, Président de Chambre

Madame Fatou Habibatou Diallo, Président de Chambre

Monsieur Mamadou Badio Camara, Président de Chambre, Secrétaire général

Monsieur Youssoupha Diaw Mbodji, Premier Avocat général

Monsieur Mouhamadou Diawara, Conseiller

Monsieur Lamine Bousso, Avocat général

Monsieur Jean Louis Toupane, Conseiller

Monsieur Cheikh Tidiane Coulibaly, Conseiller

Monsieur Lansana Diabé Siby, Conseiller

Monsieur Mouhamadou Ngom, Conseiller

Monsieur Papa Makha Ndiaye, Conseiller, Directeur du SDECS

Monsieur Mamadou Abdoulaye Diouf, Conseiller

Monsieur Chérif M. Soumaré, Conseiller

Monsieur Abdoulaye Ndiaye, Conseiller, Directeur adjoint du SDECS

Monsieur Abdourahmane Diouf, Avocat général, Directeur adjoint du SDECS

Monsieur Bara Niang, Conseiller

Madame Madjiguène Diagne, Professeur de droit (UCAD)

Monsieur Amadou Hamady Diallo, Conseiller

Monsieur Dial Guéye, Avocat général

Monsieur Souleymane Kane, Avocat général

Madame Mama Konaté, Conseiller

Monsieur Seydina Issa Sow, Auditeur

Monsieur Amadou Mbaye Guissé, Auditeur

Monsieur Jean Aloïse Ndiaye, Auditeur

Monsieur Idrissa Sow, Auditeur

Monsieur Sangoné Fall, Auditeur

Monsieur Boubacar Diallo, Auditeur

Magistrats des Cours et Tribunaux

Cours d'Appel

Althouseynou Diallo, Cour d'Appel de Dakar
Mbacké Fall, Cour d'Appel de Dakar
Amady Diouf, Cour d'Appel de Kaolack
Monsieur Assane Seck, Cour d'Appel de Kaolack

Tribunal régional hors classe et Tribunal du Travail hors classe de Dakar

Monsieur Ousmane Diagne, Procureur de la République près le Tribunal régional hors classe de Dakar
Madame Aminata Ly Ndiaye, Présidente du Tribunal du Travail hors classe de Dakar
Monsieur Hamath Sy, Tribunal régional hors classe de Dakar
Monsieur Ibrahima Ndoye, parquet du Tribunal régional hors classe de Dakar

Tribunaux départementaux

Monsieur Mor Ndiaye, Tribunal départemental de Dakar
Monsieur Pape Ousmane Diallo, Président du Tribunal départemental de Guédiawaye
Monsieur Matar Diallo, Président du Tribunal départemental de Rufisque
Madame Ndèye Aïssatou Bâ Faye, Tribunal départemental de Rufisque

Greffe et Service de Documentation

Maître Ababacar Ndao, Greffier en Chef de la Cour Suprême
Maître Fatou Guèye Cheikh Dia Ba, Greffier en Chef
Madame Virginie Ndione Gomis, Conservateur
Monsieur Djibril Fall, Archiviste
Monsieur Marc Pascal Bassène, Archiviste
Madame Marie Pierre Ba Mbodj, Secrétaire de direction
Monsieur Mamadou Ndour, Commis d'administration
Madame Aïta Ndoye Sall, Secrétaire
Madame Aïda Diéye, Commis d'administration
Monsieur Abdoulaye Dianko, Agent judiciaire de l'État
Monsieur Mor Fall, Impôts et Domaines

Barreau

Maître Leïty Ndiaye, Avocat
Maître Mamadou Guéye, Avocat
Étude Maître Massata Mbaye, Avocat
Étude Maître Nafissatou Diouf et Jules Mbaye
Maître Khassim Touré
Maître Ahmed Bâ, membre du Conseil de l'Ordre des avocats
Maître Alioune Badara Fall, membre du Conseil de l'Ordre des avocats (actuel Bâtonnier)
Maître Ndéné Ndiaye
Maître Alioune Cissé

Installation du Réseau des correspondants

Allocution de Monsieur Papa Oumar Sakho

Premier Président de la Cour suprême

à l'ouverture de la première réunion des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême

Mesdames, Messieurs,

C'est avec un grand plaisir que j'accueille à la Cour les correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême.

La mise en œuvre de ce Réseau, prévue par l'arrêté n° 0093 du Ministre de la Justice, du 8 février 2010, est un motif réel de satisfaction, puisque je pense que le moment est venu pour les juges de s'engager résolument dans un dialogue constructif.

Pour la première fois, en effet, un texte donne un contenu concret à la mission jurisprudentielle de la Cour suprême, par la mise en place d'un dispositif de collecte et de transmission des décisions rendues par les Cours et Tribunaux.

Il découle du fonctionnement de ce système une convergence dont l'efficacité est portée par les qualités personnelles de dynamisme et d'ouverture d'esprit des magistrats désignés par les Premiers présidents des Cours d'Appel ; ils sont les principaux agents de liaison entre le Service de documentation et d'études de la Cour suprême et ses correspondants ; en cette qualité, ils doivent animer et coordonner les différents rouages du Réseau dans les ressorts respectifs des juridictions qu'ils représentent.

L'organisation de la collecte des décisions et leur transmission reposent sur deux approches, l'une sélective, l'autre exhaustive.

D'un côté, les correspondants communiquent au Service de Documentation et d'Études de la Cour « les décisions présentant un intérêt particulier », de l'autre, le directeur du Service de Documentation et d'Études peut demander, sous le couvert du premier président de la Cour suprême, la transmission de la totalité des décisions rendues dans des matières qu'il détermine.

Cependant, je ne voudrais pas encore prendre plus de temps sur celui, déjà réduit, dont nous disposons pour nous présenter les uns aux autres et, en même temps, prendre les orientations destinées à promouvoir l'intégration des arrêts et jugements collectés et transmis à la Cour, dans une base de données unique, instrument de stabilisation de l'application de la loi.

Je laisse au Directeur du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême, Monsieur Papa Makha Ndiaye, le soin de vous présenter, très concrètement, aussi bien le fonctionnement du Réseau des correspondants, que le dossier documentaire qui vous a été remis.

Je vous remercie.

Première réunion des Correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême

Présentation du Réseau des Correspondants de la Cour suprême

Papa Makha Ndiaye

Conseiller, Directeur du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême

Mesdames, Messieurs,

Nous sommes réunis aujourd'hui pour définir les contours du Réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême.

Ce qui, dans le champ de vision de la loi organique n° 2008-35 du 8 août 2008, apparaît être un signal fort du renouveau de la Cour suprême, substituée au Conseil d'État et à la Cour de Cassation.

Car la mission de la Cour suprême consiste essentiellement à assurer l'harmonisation du droit national, gage de la sécurité juridique ; or, dans ce contexte, on peut souligner que le décret n° 2009-367 du 20 avril 2009, pris en application de la loi organique sus-référencée, renforce le statut d'acteur principal de la Cour, dans la régulation des rapports sociaux, par le droit. Dès lors, ces textes sont au principe même de la situation nouvelle.

Pour ceux qui désirent maîtriser davantage le système d'action institutionnalisé par l'arrêté n° 0093 du 8 février 2010 du Ministre de la Justice, portant création du Réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême, j'esquisse ici à grands traits l'organisation réticulaire (I), les mécanismes d'articulation des formes d'action constitutives de ses applications (II) et la relation entre les acteurs du Réseau (III).

I. L'approche « réseau »

La lecture des dispositions de l'arrêté n° 0093 du Ministre de la Justice, portant Réseau des correspondants, évoque fortement à l'esprit la métaphore du filet proposé par le sociologue allemand Norbert Elias : « *Un filet est fait de multiples fils reliés entre eux. Toutefois, ni l'ensemble de ce réseau, ni la forme qu'y prend chacun des fils ne s'expliquent à partir d'un seul de ces fils, ni de tous les différents fils en eux-mêmes ; ils s'expliquent uniquement par leur association, leur relation entre eux. Cette relation crée un champ de forces dont l'ordre se communique à chacun des fils (...) La forme du filet se modifie lorsque se modifient la tension et la structure de l'ensemble du réseau. Et pourtant, ce filet n'est rien d'autre que la réunion des différents fils ; et en même temps chaque fil forme à l'intérieur de ce tout une unité en soi ; il y occupe une place particulière et prend une forme spécifique* »¹.

Le Réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études est constitué de l'ensemble des Cours d'Appel et des Tribunaux, mis en place dans le ressort territorial de la Cour suprême.

¹ Norbert Elias, *La société des individus* (1987), Paris, Arthème Fayard 1991, pp. 70-71, 97, 103-104.

L'objectif recherché est de conférer un aspect collectif à la doctrine des décisions rendues par les Cours et Tribunaux, en l'ajustant à celle de la production de la Cour régulatrice.

Dans cette perspective, la pertinence des arrêts de la Cour suprême est un indicateur opérant, dans le combat que celle-ci mène contre « *l'insécurité juridique* ».

En principe, bien diffusé, l'arrêt de la Cour doit fournir à l'ensemble des juges du fond des références communes dans leur manière de raisonner, de rechercher des justifications de mesures à adopter ou des solutions durables aux problématiques, auxquelles ils se retrouvent confrontés dans le traitement des contentieux qui leur sont soumis ; sa motivation leur permet de se repérer dans les moments de forte incertitude.

Mais, pour parvenir à cette convergence dynamique entre la Cour suprême, qui en assure le contrôle, les juridictions du fond, qui envoient ou qui reçoivent les décisions judiciaires que le Réseau transporte, et les correspondants et leurs assistants, qui assument les tâches de liaison, que leur attribue l'arrêté précité du Ministre de la Justice, l'importance de l'enjeu commande, à la fois, un pilotage et une stratégie où il s'agit de s'efforcer à une disponibilité totale dans l'activité exercée.

II. Le fonctionnement du Réseau

Nous savons que, conformément aux dispositions des articles 4 et 5 de l'arrêté n° 0093 du 8 février 2010 du Ministre de la Justice, portant Réseau des correspondants, un magistrat doit être désigné dans chaque Cour d'Appel et chaque tribunal de la République du Sénégal, en qualité de correspondant du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême. Pour l'accomplissement de leur mission, consistant essentiellement à veiller à la transmission de décisions sélectionnées au sein de la juridiction concernée, les correspondants sont assistés par un ou plusieurs greffiers désignés par les chefs des Cours d'Appel ou les présidents des Tribunaux.

Aux termes de l'article 8 de l'arrêté sus-indiqué, « *les décisions réunies et transmises conformément aux articles 4 et 5 du présent arrêté sont accompagnées des sommaires rédigés par les magistrats affectés dans les formations de jugement qui les ont rendues* ».

Selon l'article premier de ce texte, le classement, selon la nomenclature de la Cour suprême, de ses propres décisions et celles des juridictions ou commissions fonctionnant auprès d'elle est effectué à partir des sommaires des décisions collectées, lesquels sont rédigés par « *les magistrats rapporteurs* ».

À la réception des décisions enrichies de leurs sommaires, le Service de Documentation et d'Études réalise les titrages et procède à leur mise en ligne sur l'intranet de la Cour suprême.

Aussi, la Cour envisage-t-elle de mettre en place un comité de pilotage pour élaborer le dispositif technique de ces opérations et, en même temps, vous guider dans l'exécution de vos tâches aussi bien de sélection des décisions à publier, que de rédaction des sommaires, pour assurer la maîtrise et le suivi de la mise en ligne des arrêts.

Tout cela montre bien qu'il est fondamental, pour l'objectif poursuivi par les textes précités, que la Cour suprême s'engage dans le pilotage du Réseau des correspondants. L'enjeu est d'assurer la congruence des juridictions du fond dans l'accomplissement de leur mission, qui consiste à dire le droit.

Placée, en effet, au sommet de l'organisation judiciaire, la Cour suprême « *dispose* » selon la formule d'Evelyne Serverin, directeur de recherches au CNRS « *du pouvoir* ».

d'imposer une interprétation donnée aux autres juridictions, et qui est dotée de la mission d'unification de cette interprétation »².

La logique interne de fonctionnement du Réseau est mise en évidence par les articles 2 et 8 de l'arrêté du Ministre de la Justice, portant Réseau des correspondants ; elle oscille entre le principe de la sélection des décisions judiciaires présentant « *un intérêt particulier (...) et abandonné à l'appréciation de leurs rédacteurs* » (article 2) et celui de « *l'exhaustivité* » reposant sur l'exigence de sécurité juridique, qui s'affirme à travers l'incertitude normative engendrée par des solutions divergentes données à des questions de droit assimilables.

Les conditions de la mise en pratique de ce principe d'exhaustivité sont définies par le second alinéa de l'article 8, de l'arrêté ministériel précité, dans les termes suivants : « *Sous le couvert du premier président de la Cour suprême, le directeur du Service de Documentation et d'Études peut demander au premier président d'une Cour d'Appel la transmission de la totalité des décisions rendues, dans des matières qu'il détermine* ».

Certes, la transmission sélective fonctionne sur une rationalité d'autonomie, compte tenu du pouvoir reconnu aux correspondants, pour essentiellement apprécier l'intérêt juridique de la décision à transmettre au Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême. Mais, cette compétence est, pour ainsi dire, contrôlée dans la mesure où elle est à l'avenant d'une adhésion autour de certaines caractéristiques que doivent présenter les décisions présentant un intérêt particulier. En général, il s'agit des décisions qui « *fondent une nouvelle jurisprudence* », « *précisent une jurisprudence déjà acquise* », « *font application de lois nouvelles* », « *expriment une volonté délibérée de résister à la doctrine de la Cour suprême* », ou celles qui sont frappées de pourvoi en cassation.

III. Les acteurs du Réseau

Bien que les dispositions de l'arrêté ministériel précité dégagent clairement les conditions de la collecte des décisions judiciaires, une appropriation correcte de la dynamique organisationnelle qui en résulte exige de combler une lacune importante qu'elle comporte, qui concerne le rôle des interlocuteurs des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême.

Acteurs de la mise en œuvre des recommandations méthodologiques, par lesquelles la Cour suprême balise le tracé de l'activité juridictionnelle, ils mettent leur potentiel et leur motivation au service de l'efficacité, en vue d'améliorer les performances des correspondants et de leurs assistants. Ils décryptent les règles, les procédures, les décisions rendues par la Cour, ainsi que les normes qui s'en dégagent ; ils procèdent à des activités de conseil, organisent des actions de formation axées sur l'initiation des correspondants du service à l'analyse documentaire ou aux méthodes de rédaction des sommaires des arrêts à publier, d'autonomisation de la documentation ou d'utilisation des applications informatiques pour la transmission des décisions au Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême.

L'obligation de loyauté qui pèse sur les correspondants, leur impose de mettre à la disposition de la Cour suprême l'exclusivité des décisions judiciaires, qu'ils ont collectées. Ce faisant, sauf les dérogations rendues nécessaires par les textes qui réglementent la délivrance des décisions de justice à leurs destinataires naturels, les parties, ou l'hypothèse d'une autorisation expresse du premier président de la Cour suprême, ils ne

² Evelyne Serverin Université/CNRS, Université Paris Ouest - Nanterre La Défense, chronique extraite d'une note réunie au Service de Documentation et d'Études de la Cour de Cassation en janvier 2008.

peuvent délivrer des produits informationnels élaborés par les Cours et Tribunaux à des tiers non autorisés.

Le statut privilégié dont vous bénéficiez, en participant directement à la mission jurisprudentielle de la Cour suprême vous oblige à respecter les exigences d'une réserve traduite par l'interdiction de communication d'information ou de délivrance de décisions collectées indues.

En outre, cette obligation de réserve, à laquelle vous êtes également soumis, vous impose de vous entourer de garanties efficaces, pour éviter d'ouvrir les bases de données, constituées par les correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême, à la curiosité des tiers non autorisés dans les conditions et modalités fixées aux articles 10 et 11 de l'arrêté ministériel précité.

En effet, ces textes règlent les conditions d'accès des membres de Cours et Tribunaux, ou celles des fonctionnaires des services relevant du ministère de la Justice, à l'information documentaire créée par le Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême. Ainsi, aux termes de l'article 10 « *les membres des Cours et Tribunaux, ainsi que les fonctionnaires des services relevant du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice peuvent consulter la documentation du Service de Documentation et d'Études, sans déplacement* ».

L'article 11 dispose que « *le Service de Documentation et d'Études porte à la connaissance de ces juridictions et services une sélection de jurisprudence par la diffusion du bulletin d'information ou du bulletin des arrêts de la Cour suprême. Il diffuse la base de données qu'il a constituée sur l'Intranet de la Cour suprême* ».

Bien entendu, tout cela est connu de vous et n'est rappelé ici que pour donner du relief à la responsabilité, qui est la contrepartie de votre rôle éminent dans le fonctionnement des rouages du Réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême.

Enfin, toutes les informations, relatives aux modalités d'abonnement, de livraison de décisions ou autres documents, de facturation, de paiement et d'accès au service documentaire de la Cour sont disponibles auprès des responsables du bureau du fonds de concours du service de documentation d'études de la Cour suprême.

Je vous remercie.

Compte-rendu de la réunion des Correspondants du Service de Documentation et d'Études dans les Cours d'Appel et les Tribunaux

Abdoulaye Ndiaye

&

Abdourahmane Diouf

Conseiller
Directeur adjoint du SDECS

Avocat général
Directeur adjoint du SDECS

Monsieur le Premier Président de la Cour suprême a ouvert la séance en adressant ses remerciements aux participants à la réunion dont l'ordre du jour comportait deux points :

- Présentation des correspondants à leurs interlocuteurs au Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême.
- Méthodologie de la participation au Réseau des correspondants : *processus interne aux juridictions ou inter-juridictions*.

Il a appelé les correspondants, les assistants et leurs interlocuteurs, que sont les auditeurs à la Cour suprême, à s'engager résolument dans le dialogue des juges, comme y invitent notamment la loi organique n° 2008-35 du 8 août 2008 sur la Cour suprême, son décret d'application n° 2009-367 du 20 avril 2009 et l'arrêté n° 0093 du 8 février 2010 relatif au Réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême (SDECS).

Après avoir présenté les membres du Service de Documentation et d'Études, insistant sur leur disponibilité, il a, par des encouragements et des recommandations découlant d'une éthique de la sollicitude, exhorté les correspondants et leurs assistants à entrer en contact, s'il le faut, avec le secrétaire général de la Cour suprême.

Le Premier Président, qui a ensuite donné des éléments de méthodologie, a aussi présenté aux participants le dossier documentaire que le Service de Documentation et d'Études a mis à leur disposition, lequel comporte, entre autres documents, les textes applicables, deux exemplaires du *Bulletin des arrêts* de la Cour, une note rédigée par le directeur du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême.

Dans cette note, le directeur du SDECS donne un bref aperçu de l'organisation du Réseau (I) qui implique un pilotage par la Cour suprême. En outre, il résume le dispositif de l'arrêté du Ministre de la Justice relatif au Réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême (II), met l'accent sur certains aspects du statut de ceux-ci et de leurs assistants et analyse les relations qu'ils entretiennent avec leurs interlocuteurs au SDECS (III).

I. L'organisation du Réseau des correspondants

La Cour suprême envisage de mettre en place un comité de pilotage chargé de prendre des orientations stratégiques dans la poursuite de l'objectif défini par le Premier Président à l'appui du dispositif de collecte et de transmission des décisions juridiques, en vue aussi bien de leur classement à partir de la nomenclature de la Cour, que de leur intégration dans la base unique de données constituée par le Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême (*article premier – arrêté n° 0093 relatif au Réseau des*

correspondants du SDECS). Vont notamment figurer parmi ces orientations, la détermination des critères de sélection des décisions présentant un *intérêt particulier*, la définition de celles-ci, qui sont toujours assorties des sommaires rédigés par les magistrats rapporteurs, la configuration de l'application de transmission de la totalité des décisions rendues dans des matières déterminées, la diffusion de documents méthodologiques pour la rédaction des sommaires, voire l'organisation d'actions de formation à l'enrichissement des décisions de justice ou à la consultation des sites de la Cour suprême sur l'intranet ou sur internet.

II. Le dispositif de collecte et de transmission des décisions judiciaires

Les correspondants et leurs assistants, désignés en vertu des articles 4 et 5 de l'arrêté du Ministre de la Justice précité, doivent, en principe, sélectionner les décisions présentant un intérêt particulier.

Cependant, le Premier Président préconise un régime transitoire de transmission exhaustive des arrêts et jugements rendus par les Cours et Tribunaux, invitant ainsi le Service de Documentation et d'Études à conduire les exercices d'appréciation de l'intérêt juridique des décisions transmises, pour améliorer la lisibilité des critères établis en application des orientations définies par le comité de pilotage de la Cour suprême.

En ce qui concerne précisément la transmission des décisions, le directeur du SDECS a indiqué que les magistrats du siège des Cours d'Appel désignés par les Premiers Présidents, en vertu de l'article 4 de l'arrêté précité, assistés par un ou plusieurs greffiers en chef et greffiers sont, conformément à l'article 6 de ce texte, les agents de liaison entre la Cour suprême et les magistrats ainsi que les greffiers désignés sur le fondement de l'article 5 dudit arrêté, à savoir les correspondants qui sont dans le ressort de ces juridictions. À cet égard, ils ont pour mission d'animer le Réseau du ressort de leurs différentes Cours.

III. Les relations entre les correspondants et leurs interlocuteurs

Le Premier Président a rappelé l'importance qu'il attache à la collaboration qui doit s'instaurer entre les correspondants et leurs interlocuteurs au Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême.

Ensuite, le Premier Président est intervenu pour apporter des éclaircissements sur des éléments de réponse fournis à un participant qui s'enquerrait, auprès du directeur du SDECE, de la nature et du volume des moyens mis en œuvre pour animer le Réseau des correspondants.

À cet effet, il a pris acte de la nécessité d'élargir le cercle de réflexion et, s'il y a lieu, au niveau du Ministre de la Justice, pour corrélérer les objectifs assignés au Réseau et les moyens budgétaires à allouer pour y parvenir. Il a précisé que l'esprit de cette démarche consistera à inscrire la conception du pilotage du Réseau dans une perspective pluriannuelle, qui s'analyse en termes de définition des objectifs de progrès à réaliser et d'élaboration d'un plan d'actions prenant en compte l'accès des correspondants à une formation éclairée par des conseils, dans le cadre des dispositifs relatifs à la sélection des décisions à transmettre à la Cour suprême, à la rédaction des sommaires et à la gestion électronique de documents.

Dans sa présentation méthodologique, le directeur du SDECS a rappelé aux correspondants qu'ils sont soumis à des obligations qui, dans l'accomplissement de leur mis-

sion, leur interdisent de procéder indûment à des communications d'informations ou des délivrances de décisions, par exemple à des tiers non autorisés.

Cette perception a suscité une réaction exprimée par un participant, qui estime qu'entre le correspondant et son assistant, il ne peut s'agir d'une relation fusionnelle, ce dernier, en principe disponible et ouvert, devant néanmoins se maintenir à bonne distance du magistrat désigné dans les conditions fixées par les articles 4 et 5 de l'arrêté précité.

Poussé par l'intérêt du sujet, le Premier Président a longuement expliqué que, bien au contraire, correspondant et assistant doivent former une alliance véritable dans cette mission de service public, travailler la main dans la main et assumer ensemble leur responsabilité qui présente des caractéristiques à la fois éthiques et juridiques.

Enfin, le directeur a souligné que le rôle des membres du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême est d'aider les correspondants et leurs assistants par l'organisation d'actions de formation, de réunions, séminaires, journées d'étude, bref par tous moyens disponibles, à accéder à la qualification qui leur permettra de participer efficacement au fonctionnement du Réseau, au fur et à mesure de son évolution.

Présents

Cour suprême

Monsieur le Premier Président de la Cour suprême
Monsieur le Directeur du SDECS
Monsieur le Secrétaire général de la Cour suprême
Monsieur Abdoulaye Ndiaye, Directeur adjoint du SDECS
Monsieur Abdourahmane Diouf, Directeur adjoint du SDECS
Monsieur Seydina Issa Sow, auditeur
Monsieur Amamdou Mbaye Guissé, auditeur
Monsieur Jean Aloïse Ndiaye, auditeur
Monsieur Babacar Diallo, auditeur
Monsieur Idrissa Sow, auditeur
Monsieur Sangoné Fall, auditeur
Mme Fatou Dia Bâ, chef du secrétariat du SDECS
Mme Virginie Gomis, conservateur
Monsieur Djibril Fall, archiviste
Monsieur Marc Pascal Bassène, archiviste
Monsieur Mamadou Ndour, commis d'administration
Mme Aïta Ndoye Sall, secrétaire dactylographe
Mme Aïda Dièye, commis d'administration
Mme Marie Pierre Mbodj, secrétaire de direction

Cours et Tribunaux

M. Sémou Diouf, juge
M. Mamadou Diédhiou, greffier en chef
M. Mamadou Laba Cissé, juge
M. Mamadou Diop, juge
M. Jean Baptiste Coly, greffier en chef
M. Ibrahima Touré, greffier en chef
M. Abdoulaye Dondé, juge
M. Ibra Samba Yoro Diop, juge
M. Cheikh Mody Lô, greffier en chef
M. Abdou Khadre Dial, juge

M. Oumar Mbaye, greffier en chef
M. Abdou Diongue, juge
M. Mamadou Diallo, greffier en chef
M. Biram Sène, juge
M. Magatte Diop, greffier en chef
M. Cheikh Ngom, juge
M. El Hadji Amadou Rose Mbaye, greffier
M. Oumar Sall, juge
M. Boubacar Gaspard Ndiaye, greffier en chef
M. Mamadou Thioune, juge
M. Oumar Ly, juge
M. Abdourahmane Diallo, juge
M. Mbacké Kane, juge
M. Abdou Diédhiou, greffier en chef
M. Ousmane Mbodj, juge
M. El Hadji Rawane Dièye, greffier
M. Mamadou Diallo, juge
M. Alioune Badara Sarr, greffier
M. Gorgui Diouf, juge
M. Gallo Niang, greffier en chef
M. Hamidou Amadou Kane, juge
M. Alioune Badara Guèye, greffier
M. Abdou Aziz Barro, juge
M. Ibrahima Diop, greffier
M. Khokhane Sène, juge
M. Malick Ndour, greffier
M. Seydi Babayel Dia, juge
M. Seydi Sow, greffier
M. Issa Dioury, greffier
M. Mamadou Moustapha Diouf, juge
M. Mamadou Diouf, juge
M. Moustapha Pouye, greffier
M. Souleymane Teliko, juge
M. Ousmane Basse, greffier
M. Pape Assane Touré, juge
M. Ngor Diop, juge
M. Mbène Cissé, greffier
M. Arona Sène, juge
M. Pape Cheikh Mboup, greffier
M. Mamadou Fall, juge
M. Mbossé Sow, greffier
M. Ibou Sarr, juge
M. Aboubacry Bâ, greffier
M. Pathé Déna, juge
M. Abdoulaye Hassane Thioune, juge
M. Pape Sidy Lô, greffier
M. Malick Ibn Hanas Camara, juge
M. Mouhamédoune, greffier
M. Ibrahima Sarr, juge
M. Serigne Fallou Faye, juge
M. Ibrahima Guèye, greffier
M. Idrissa Diarra, juge
M. Babacar Sall, greffier
M. Seyni Bodian, juge
M. Moustapha Fall, juge
M. Latyr Niang, juge
M. Karim Diouf, greffier
M. Momar Fall, greffier en chef
M. Sidy Thioub, juge

M. Mamadou Ndéné Ndir, juge
M. Cheikh Oumar Baldé, greffier
M. François Jean Paul Diop, juge
M. Moustapha Fall, juge
M. Babacar Guéye, juge
M. Ibra Fall, greffier

Absent, mais représenté

M. Sabassy Faye, juge, représenté par M. Serigne Assane Diémé, juge

Absent

M. Boucounta Mendy, greffier
M. Abdourahmane Aw, juge
M. M. Madické Diop, juge
M. Meïssa Gaye Bâ, greffier en chef
M. Makhoury Bâ, greffier
M. Mame Mor Bitèye, greffier en chef
M. Aliou Kâ, greffier
M. Badara Néné Niang, greffier
M. Mamadou Mar Ndiaye, juge
M. Mamadou Guèye, greffier
M. Amadou Bâ, greffier
M. Ibrahima Sy, greffier
M. Mamadou Sine, greffier
M. Tidiane Sy, greffier
M. ElHadji Boubou Ndiaye, juge
M. Silma Niang, greffier en chef
M. Ousseynou Camara, greffier
M. Momar Fall Ousmane Ndong, greffier en chef
M. Moustapha Fall, greffier en chef

Absent et excusé

M. Monsieur Ibrahima Sy, secrétaire général de la Cour d'Appel de Saint-Louis

**Liste des Correspondants du Service de Documentation et d'Études
de la Cour suprême**

Cour d'Appel de Saint-Louis

<i>Ressort</i>	<i>Jurisdiction</i>	<i>Correspondant</i>	<i>Assistant</i>	<i>Interlocuteurs au SDE</i>
<i>Saint-Louis</i>	Cour d'Appel de Saint-Louis	Sémou Diouf Président de Chambre	Mamadou Diédhiou Greffier en chef	1- Jean Aloïse Ndiaye 2- Babacar Diallo
	Tribunal régional de Saint-Louis	Mamadou Laba Cissé Juge au siège	Mouhamadou Kane greffier	
	Tribunal départemental de Saint-Louis	Mamadou Diop Juge au siège	Boucounta Mendy Greffier	
	Tribunal départemental de Podor	Abdourahmane Aw Président du Tribunal	Jean Baptiste Coly Greffier en chef	
	Tribunal départemental de Dagana	Madické Diop Président du Tribunal	Ibrahima Touré Greffier en chef	
	Tribunal régional de Louga	Abdoulaye Dondé Juge du siège	Meïssa Gaye Bâ Greffier en chef	
	Tribunal départemental de Louga	Ibra Samb Yoro Diop Président du Tribunal	Cheikh Mody Lô Greffier en chef	
	Tribunal départemental de Kébémér	Abdou Khadre Dial Président du Tribunal	Oumar Mbaye Greffier en chef	
	Tribunal départemental de Linguère	Abdou Diongue Président du Tribunal	Mamdou Diallo Greffier en chef	
	Tribunal régional de Matam	Birame Sène Juge au siège	Magatte Diop Greffier en chef	
	Tribunal Départemental de Matam	Cheikh Ngom Président du Tribunal	El Hadji Amadou Rose Mbaye Greffier	
	Tribunal départemental de Kanel	Oumar Sall Président du Tribunal	Boubacar Gaspard Ndiaye Greffier en chef	
Tribunal départemental de Ranérou				

Cour d'Appel de Kaolack

<i>Ressort</i>	<i>Jurisdiction</i>	<i>Correspondant</i>	<i>Assistant</i>	<i>Interlocuteurs au SDE</i>
<i>Kaolack</i>	Tribunal départemental de Kaffrine	Mamadou Thioune Juge au siège	Daouda Ndiaye Barro Greffier en chef	
	Tribunal régional de Fatick	Oumar Ly Juge au siège	Makhoury Bâ Greffier	
	Tribunal départemental de Fatick	Abdourahmane Diallo Juge au siège	Mame Mor Bitèye Greffier en chef	

<i>Kaolack</i>	Tribunal départemental de Kaffrine	Mamadou Thioune Juge au siège	Daouda Ndiaye Barro Greffier en chef	1- M. Idrissa Sow 2- M. Amadou Mbaye Guissé
	Tribunal régional de Fatick	Oumar Ly Juge au siège	Makhoury Bâ Greffier	
	Tribunal départemental de Fatick	Abdourahmane Diallo Juge au siège	Mame Mor Bitèye Greffier en chef	
	Tribunal départemental de Foundiougne	Mbacké Kane Juge	Abdou Diédhiou Greffier en chef	
	Tribunal départemental de Gossas	Ousmane Mbodj Président du tribunal	El Hadji Rawane Dièye	
	Tribunal départemental de Bakel	Mamadou Diallo Président du tribunal	Alioune Badara Sarr Greffier	
	Tribunal départemental de Kédougou	Gorgui Diouf Président du tribunal	Gallo Niang Greffier en chef	
	Tribunal départemental de Tambacounda	Hamidou Amadou Kane Président du tribunal	Alioune Badara Guèye Greffier	
	Cour d'Appel de Kaolack	Abdou Aziz Barro conseiller	Ibrahima Diop greffier	
	Tribunal régional de Kaolack	Khokhane Sène Juge au siège	Malick Ndour greffier	
	Tribunal départemental de Kaolack	Seydi Babayel Dia Juge au siège	Seydi Sow – Issa Dioury greffiers	
	Tribunal départemental Nioro du Rip	Mamadou Moustapha Dioury Juge au siège	Aliou Kâ Greffier	
	Tribunal régional de Tambacounda	Mamadou Diouf Juge au siège	Moustapha Pouye Greffier	

Cour d'Appel de Dakar

<i>Ressort</i>	<i>Jurisdiction</i>	<i>Correspondant</i>	<i>Assistant</i>	<i>Interlocuteurs au SDE</i>
<i>Dakar</i>	Cour d'Appel de Dakar	Souleymane Teliko Conseiller à la Cour d'Appel de Dakar	Ousmane Basse Greffier	1-M. Seydina Issa Sow 2- M. Sangoné Fall
	Tribunal régional Hors Classe de Dakar	Pape Assane Touré Juge au siège	Badara Néné Niang Greffier	
	Tribunal du Travail Hors Classe de Dakar	Ngor Diop Juge au siège	Mbène Cissé Greffier	
	Tribunal départemental Hors Classe de Dakar	Arona Sène Juge au siège	Pape Cheikh Mboup Greffier	
	Tribunal départemental de Pikine	Mamadou Fall Juge au siège	Mbossé Sow Greffier	
	Tribunal départemental de Rufisque	Modou Mar Ndiaye Juge au siège	Mamadou Guèye Greffier	
	Tribunal départemental de Guédiawaye	Alioune Sarr Juge au siège	Aboubacry Bâ Greffier	

Cour d'Appel de Dakar

<i>Ressort</i>	<i>Jurisdiction</i>	<i>Correspondant</i>	<i>Assistant</i>	<i>Interlocuteurs au SDE</i>
<i>Thiès</i>	Tribunal régional de Thiès	Pathé Diéna Juge au siège	Amadou Bâ Greffier	1- M. Seydina Issa Sow 2- M. Sangoné Fall
	Tribunal départemental de Thiès	Abdoulaye Hassane Thioune Juge au siège	Pape Sidy Lô Greffier	
	Tribunal départemental de Tivaouane	Malick Ibn Hanas Camara Juge au siège	Mouhamédoune Diop Greffier	
	Tribunal départemental de Mbour	Ibrahima Sarr Juge au siège	Ibrahima Sy greffier	
<i>Ressort</i>	<i>Jurisdiction</i>	<i>Correspondant</i>	<i>Assistant</i>	<i>Interlocuteurs au SDE</i>
<i>Diourbel</i>	Tribunal régional de Diourbel	Serigne Fallou Faye Juge au siège	Ibrahima Guéye Greffier	1- M. Seydina Issa Sow 2- M. Sangoné Fall
	Tribunal départemental de Diourbel	Idrissa Diarra président	Babacar Sall Greffier	
	Tribunal départemental de Bambey	Seyni Bodian président	Mamadou Sine greffier	
	Tribunal départemental de Mbacké	Moustapha Fall Juge au siège	Tidiane Sy Greffier	
<i>Ressort</i>	<i>Jurisdiction</i>	<i>Correspondant</i>	<i>Assistant</i>	<i>Interlocuteurs au SDE</i>
<i>Ziguinchor</i>	Tribunal régional de Ziguinchor	Latyr Niang Juge au siège	Karim Diouf Greffier	1- M. Seydina Issa Sow 2- M. Sangoné Fall
	Tribunal départemental de Ziguinchor	Sabassy Faye Juge au siège	Momar Fall Greffier en chef	
	Tribunal départemental d'Oussouye	El Hadji Boubou Ndiaye président	Silma Niang Greffier en chef	
	Tribunal départemental de Bignona	Sidy Thioub Président	Ousseynou Camara Greffier	
<i>Ressort</i>	<i>Jurisdiction</i>	<i>Correspondant</i>	<i>Assistant</i>	<i>Interlocuteurs au SDE</i>
<i>Kolda</i>	Tribunal régional de Kolda	Mouhamadou Ndéné Ndir Juge du siège	Cheikh Oumar Baldé Greffier	1- M. Seydina Issa Sow 2- M. Sangoné Fall
	Tribunal départemental de Kolda	François Jean Paul Diop Juge du siège	Momar FalOusmane Ndong Greffier en chef	
	Tribunal départemental de Sédhio	Moustapha Fall Vice-président	Moustapha Fall Greffier en chef	
	Tribunal départemental de Vélingara	Babacar Guèye Vice-président	Ibra Fall Greffier	

Jurisprudence

Titres et sommaires des Arrêts

Chambres Réunies

_____ N°1 _____

Arrêt n° 12, Ch. R., 19/03/2009

1°) Rabat d'arrêt - Requête - Recevabilité - Conditions - Loi applicable

- Avant loi 2008-35 du 8/8/2008 - Défaut

2°) Rabat d'arrêt - Recevabilité - Conditions - Erreur de procédure - Défaut - Cas - Grief dénonçant une violation de la loi ou tendant à remettre en cause une décision irrévocable de la Cour de cassation

1°) Avant l'entrée en vigueur de la loi organique sur la Cour suprême, aucune disposition légale ne subordonnait la recevabilité de la requête en rabat d'arrêt à l'observation d'un formalisme ou délai de procédure.

2°) Ne constitue pas l'erreur de procédure, au sens de l'article 51 de la loi organique sur la Cour suprême, le grief qui dénonce une violation de la loi ou tend à remettre en cause une décision irrévocable de la Cour de Cassation.

_____ N°2 _____

Arrêt n° 11, Ch. R., 30/03/2010

Rabat d'arrêt - Requérent - Déchéance - Cas - Exploit de signification nulle

En application de l'article 38 de la loi organique sur la Cour suprême, doit

être déclaré déchu de son recours en rabat d'arrêt, le requérant dont l'exploit de signification produit au dossier n'indique pas les dispositions de l'article 39 de la même loi organique qui sanctionnent l'inobservation de cette formalité par la nullité de l'exploit, le défendeur n'ayant ni comparu ni fait valoir ses moyens de défense.

_____ N°3 _____

Arrêt n° 09, Ch. R., 30/03/2010

Action en justice - Prescription - Délai - Application

Fait une exacte application des articles 125 et 256 du Code du Travail, la Cour d'Appel qui, pour déclarer la prescription acquise, relève que « les appelants ont introduit leur action au-delà du délai de cinq ans ».

_____ N°4 _____

Arrêt n° 02, Ch. R., 30/03/2010

Contrat de travail, Rupture - Dommages et intérêts - Conditions d'évaluation - Application

Viole les articles L-56 du Code du travail et 55-5 de la loi organique sur la Cour suprême, la Cour d'Appel de renvoi qui, pour allouer des dommages et intérêts pour licenciement abusif a retenu que « le juge d'appel et de fond a, par des motifs pertinents que nous adoptons, apprécié et fixé le montant

des dommages et intérêts à 75 000 000 de francs, en reformant le montant de 350 000 000 de francs initialement alloué par le Tribunal du Travail hors classe de Dakar à titre de dommages et intérêts » alors que, saisie sur renvoi après cassation, elle était tenue d'identifier, au regard de l'article L 56 du Code du Travail, les divers éléments sur lesquels elle se fonde pour apprécier l'existence et l'étendue du préjudice du travailleur.

N°5

Arrêt n° 01, Ch. R., 30/03/2010

Rabat d'arrêt - Recevabilité - Conditions - Erreur de procédure - Défaut - Cas - Inobservation des articles 15 et 18 du traité de l'OHADA

Ne constitue pas une erreur de procédure au sens de l'article 51 de la loi organique sur la Cour suprême, le grief fondé sur la méconnaissance de la compétence de la CCJA, dès lors que le requérant, qui n'ayant pas invoqué devant la Cour un moyen fondé sur la violation d'un acte uniforme de l'OHADA, n'a pas cru devoir soulever l'incompétence de la Cour conformément aux articles 15 et 18 du Traité de l'OHADA.

Chambre Civile et Commerciale

N°6

**Arrêt N° 04, Civ. & Com.,
17/09/2008**

Succession - Partage judiciaire - Jurisdiction compétente en premier ressort - Tribunal régional - Cassation - Moyen relevé d'office - Moyen d'ordre public - Compétence d'attribution

Viole les articles 114, 547 et 548 du Code de Procédure civile et 470 du Code de la Famille, un Tribunal régional qui confirme une décision d'un Tribunal départemental portant sur un partage successoral, alors qu'il est juge du premier degré en la matière.

N° 7

**Arrêt n°16, Civ. & Com.,
18/03/2009**

Jugement et arrêts - Immunité juridictionnelle - Fondement - Attestation ministérielle d'accréditation - Annulation postérieure - Effet - Perte de fondement juridique

Se trouve privé de base légale, l'arrêt qui, pour reconnaître à une partie le bénéfice de l'immunité juridictionnelle se fonde sur une attestation d'immunité de juridiction et d'exécution délivrée par le Ministère des Affaires étrangères, alors que cette attestation a été, postérieurement à l'arrêt de la Cour d'Appel, annulée par le Conseil d'État.

N°8

Arrêt n° 19, Civ. & Com.
15/04/2009

Succession - Attribution préférentielle - Soulte - Paiement - Défaut - Sanction - Détermination

A violé, par refus d'application, les articles 476 et 481 du Code de la Famille, la Cour d'Appel qui, pour rejeter une demande d'annulation d'une attribution préférentielle, a énoncé « qu'il est de jurisprudence établie que les juges ne peuvent décider que, faute pour le débiteur de payer la soulte dans les conditions fixées par ceux-ci, celui-ci sera déchu du bénéfice de l'attribution préférentielle ».

N°10

Arrêt n° 69 Civ. & Com.
02/12/2009

Contrats et obligations - Mise en demeure - Moyens de preuve - Écrit - Lettre missive - Conditions

Au sens de l'article 8 du Code des Obligations civiles et commerciales, une simple lettre d'où il résulte une interpellation suffisante peut constituer une mise en demeure. Fait une exacte application de ce texte, la Cour d'Appel qui retient qu'une lettre qui ne vise aucune créance exigible et dont l'auteur ne sollicite qu'un acompte pour la poursuite des travaux ne constitue pas une mise en demeure.

N°11

Arrêt n° 12, Civ. & Com.
17/09/2008

Cassation - Moyen de pur droit - Moyen soulevé d'office - Nécessite de provoquer les explications des parties

N'a pas satisfait aux exigences de l'article 1 - 6 du Code de Procédure civile, le juge qui a soulevé un moyen de pur droit tiré de l'exception d'inexécution, sans, au préalable, provoquer les explications des parties.

N°12

Arrêt n° 31, Civ. & Com.
01/07/2009

Immeuble - Transaction - Obligation d'immatriculation - Champ d'application - Exclusion - Cas - Distinction entre le titre original et ses démembrements

Viola la loi par refus d'application des articles 131 du décret de 1932 et des articles 383 et 258 du Code des Obligations civiles et commerciales, la Cour d'Appel qui, ayant constaté que la transaction portait sur une parcelle à détacher d'un titre foncier, a distingué entre le titre original et ses démembrements pour écarter l'application des dispositions précitées.

Chambre Criminelle

N°13

Arrêt n° 01, Crim. 07/01/2010

**Viol - Âge de la victime - Circons-
tance aggravante - Cas - Élément
constitutif - Non**

L'âge de la victime n'étant pas un élément constitutif du délit de viol mais plutôt une circonstance aggravante, fait une exacte application de l'article 320 du Code pénal, la Cour d'Appel qui a retenu que la minorité de la victime ne suffit pas pour caractériser ladite infraction.

N°14

Arrêt n° 15, Crim. 16/12/2008

**Immunité familiale - Application -
Vol - Abus de confiance - Exclu-
sion**

L'immunité familiale, prévue par l'article 365 du Code pénal, s'applique exclusivement au délit de vol.

N°15

Arrêt n° 20, Crim. 03/02/2009

**Responsabilité - Dirigeants so-
ciaux - Exclu - Matière pénale -
Absence de faute directe et per-
sonnelle**

L'irrégularité tirée de la nullité de l'exploit de signification d'un pourvoi en cassation est couverte, par la sauvegarde du principe du contradictoire, lorsque la partie adverse a produit un mémoire en défense.

Est légalement justifié l'arrêt de la chambre d'accusation qui, pour ordonner le non lieu, a relevé qu'en l'état de la législation, la responsabilité pénale

des dirigeants sociaux ne saurait être retenue en l'absence d'une faute délictueuse directe et personnelle.

N°16

Arrêt n° 55, Crim. 02/06/2009

**Liberté provisoire - Délai pour
statuer - Point de départ - Trans-
cription - Demande - Greffe**

En application des articles 180 et 187 du Code de procédure pénale, le délai d'un mois imparti à la chambre d'accusation pour statuer en matière de détention provisoire ne court qu'à compter du lendemain du jour où la déclaration de l'appelant détenu a été transcrite sur le registre prévu à l'article 490 du Code de Procédure pénale et tenu au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée.

N°17

Arrêt N° 83, Crim. 04/08/2009

**Appel - Exception - Nullité - Acte
de procédure - Irrecevable -
Moyen Nouveau - Procédure
contradictoire - Première instance**

La nullité d'un acte ne peut être soulevée, pour la première fois, en cause d'appel, que dans le cas où la procédure de première instance n'a pas été contradictoire.

Chambre Sociale

N°18

Arrêt n° 81, Soc. 23/12/09

Cassation - Décisions non susceptibles de pourvoi - Cas - Ordonnances de référés rendues en premier ressort

Les ordonnances de référé rendues par le président du Tribunal du travail, en premier ressort, ne sont pas susceptibles de pourvoi en cassation.

N°19

Arrêt n° 83, Soc. 23/12/09

Contrat de Travail, Rupture - Licenciement - Légitimité du licenciement - Cas - Licenciement suite à une décision ministérielle infirmant le refus d'autorisation de l'Inspecteur du Travail

Justifie légalement sa décision, la Cour d'Appel qui, pour déclarer le licenciement légitime, a retenu que le ministre du travail a infirmé la décision de refus d'autorisation de l'Inspecteur du Travail et de la sécurité sociale.

N°20

Arrêt n° 84, Soc. 23/12/09

1) Cassation - Moyen - Irrecevabilité - Cas - Moyen vague et imprécis

2) Contrat de travail, Rupture - Dommages et intérêts - Critères d'évaluation - Applications diverses

1) Un moyen de cassation vague et imprécis est irrecevable.

2) Fait une exacte application de l'article L-56 du Code du Travail, la Cour d'Appel qui, pour fixer les dommages et intérêts considère que le préjudice ne peut être atténué par le seul fait de la mise en disponibilité du salarié, compte tenu des avantages requis au niveau de l'entreprise et de la position de cadre, de la perte des avantages acquis, des usages de la profession et de l'âge de ce dernier, compromettant ses chances de retrouver un emploi de la même catégorie.

N°21

Arrêt n° 85, Soc. 23/12/09

Contrat de travail, Rupture - Dommages et intérêts - Critères d'évaluation - Applications diverses

N'a pas donné de base légale à sa décision, la Cour d'Appel qui, pour justifier les dommages et intérêts, s'est déterminée de manière uniforme sans aucune individualisation des situations personnelles quant aux éléments d'appréciation du préjudice.

N°22

Arrêt n° 86, Soc. 23/12/09

Pouvoir des juges - Cour d'appel de renvoi - Dispositions non atteintes par la cassation - Autorité de chose jugée - Application

Viole l'article 1-6 du Code de Procédure civile et le principe de l'autorité de la chose jugée, la Cour d'Appel de renvoi qui, saisie d'une demande de liquidation des sommes dues, a débouté les travailleurs de leurs demandes en paiement comme mal fondés et injustifiées.

N°23

Arrêt n° 43, Soc. 11/02/2009

Cassation : a. L265 et 827 CPC

Délais - Relevé d'office - Condition - Caractère d'ordre public

Les formes et délais de l'appel ayant un caractère d'ordre public, une Cour d'Appel est fondée à statuer d'office sur la régularité de sa saisine.

N°24

Arrêt n° 44, Soc. 11/02/2009

Contrat de travail, rupture - Rupture à l'initiative de l'employeur - Refus par le travailleur d'une modification substantielle du contrat de travail - Effet - Licenciement

Lorsque le travailleur refuse une modification substantielle du contrat de travail, la rupture du contrat sera considérée comme résultant de l'initiative de l'employeur, ce dernier étant dès lors tenu de respecter les règles de procédure de licenciement.

Ajoute à la loi, une Cour d'appel qui énonce qu'il est de jurisprudence constante que le licenciement consécutif à une modification substantielle du contrat de travail constitue un licenciement pour motif économique.

N°25

Arrêt n° 45, Soc. 25/02/2009

1) Compétence - Jurisdiction sociale - Critère - Salarié

2) Jugement et arrêts - Constat de l'existence d'un contrat de travail - Effet - Validité

1) L'action d'un salarié contre une société, fut-il dirigeant de celle-ci, relève de la compétence exclusive des juridictions sociales.

2) Viole, par refus d'application, les articles L2 et L229 du Code du Travail, une Cour d'Appel, qui après avoir constaté l'existence non contestée d'un contrat de travail approuvé par le conseil d'administration, lui a dénié toute validité.

N°26

Arrêt n° 49, Soc. 26/03/09

Jugements et arrêts - Agrément au Code des investissements - Caducité de l'arrêté - Autorité habilitée

Seule l'autorité administrative est compétente pour vérifier les conditions de capacité de l'arrêté portant agrément d'une entreprise au Code des investissements.

N°27

Arrêt n° 57, Soc. 10-06-09

Différends du travail - Tribunal compétent - choix du travailleur - conditions - lieu de résidence

Le travailleur licencié a le choix, en vertu des dispositions de l'article L 231 du Code du Travail, entre le Tribunal de sa résidence et celui de son lieu de travail.

Chambre Administrative

N°28

Arrêt n° 16, Adm. 09/06/09

Acte administratif - Arrêté municipal ordonnant l'évacuation des occupants d'un immeuble - Validité - Motifs - Risque d'effondrement - Inexactitude matérielle - Cas

Est illégal, pour inexactitude matérielle du motif tiré du risque d'effondrement, l'arrêté municipal ordonnant l'évacuation des occupants d'un immeuble, dès lors que les conclusions de la visite de la Brigade de surveillance municipale qu'il vise ont été vainement réclamées au cours de l'instruction et que, de l'avis recueilli auprès du Chef du Service régional de l'urbanisme, le risque n'existe pas.

N°29

Arrêt n° 09, Adm. 05/05/09

Recours pour excès de pouvoir - Recevabilité - Condition relative à nature de l'acte - Exigence d'un grief et d'une modification de l'ordonnement juridique - Cas

La réponse d'une autorité administrative saisie d'un recours gracieux indiquant qu'elle avait instruit ses services compétents de prendre les dispositions nécessaires en vue du règlement de l'affaire n'est pas une décision au sens de l'article 35 de la loi organique sur la Cour suprême, puisqu'elle ne fait pas grief et ne modifie pas l'ordonnement juridique.

Par suite est irrecevable le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un tel acte.

N°30

Arrêt n° 11, Adm. 05/05/09

Acte administratif - Décision de refus d'autorisation de licenciement - Motifs - Erreur manifeste d'appréciation - Défaut

À l'inverse de la décision de l'inspecteur du Travail statuant sur le licenciement d'un délégué du personnel, celle du Ministre du Travail qui se prononce sur le recours hiérarchique n'a pas à être spécialement motivée, soit qu'il confirme ou qu'il infirme la décision qui lui est déférée.

Aussi, lorsque la décision du Ministre du Travail ne comporte pas de motifs propres, elle est censée avoir adopté ceux articulés dans la décision qu'elle confirme.

La faute lourde du délégué du personnel, pouvant justifier sa mise à pied, ne doit pas être présumée ; ce mandataire ne répondant pas, de plein droit, des agissements de la communauté des travailleurs.

Dès lors, n'encourt pas une annulation pour erreur manifeste d'appréciation, la décision du Ministre du Travail confirmant le refus de l'inspecteur du Travail d'autoriser le licenciement de délégués du personnel en se fondant sur la non-pertinence de certaines preuves produites et l'insuffisance de gravité d'autres faits imputables aux mis en cause.

N°31

Arrêt n° 50, Adm. 24/12/09

Acte Administratif - Arrêté du Gouverneur ordonnant la fermeture provisoire du siège d'un parti - Motif - Risques de troubles à l'ordre public - Preuve - Défaut - Cas

Est entaché d'excès de pouvoir, l'arrêté du gouverneur ordonnant la fermeture provisoire du siège d'un parti pour des risques de troubles à l'ordre public découlant du contexte exceptionnel caractérisé par un climat délétère à la suite du différend ayant opposé son secrétaire général et son secrétaire général adjoint, et d'informations concordantes reçues faisant état d'un télescopage inévitable entre les deux camps au niveau du siège du parti, alors qu'il n'est pas établi que le risque de télescopage allégué entre les partisans des deux adversaires fut de nature à menacer l'ordre public dans des conditions telles qu'il ne puisse être paré au danger par des mesures de police appropriées, lesquelles pouvaient être prises en l'espèce sans aller jusqu'à la mesure extrême de fermeture du siège du parti, constitutive d'une atteinte au droit de propriété privée et à la liberté de réunion et d'association.

N°32

Arrêt n° 24, Adm. 27/11/08

Recours pour excès de pouvoir - Cour suprême – Compétence - Acte de gouvernement - Exclusion

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article premier du décret n° 2003-384 du 28 mai 2003 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Agence Nationale de l'Aviation civile du Sénégal « l'Agence (...) est un service administratif de l'État placé sous l'autorité hiérarchique du Ministre chargé de l'Aviation civile ».

La représentation en justice de l'ANACS, qui n'a pas une personnalité juridique distincte de celle de l'État, incombe dès lors à l'Agent judiciaire de l'État, conformément au décret n° 70-1216 du 7 novembre 1970 portant création d'une Agence judiciaire de l'État et fixant ses attributions.

La décision prise par l'État du Sénégal, sujet de droit international, de réquisitionner une partie du personnel de l'ASECNA, également sujet de droit international, entre dans le cadre de la conduite des relations internationales de l'État du Sénégal avec l'ASECNA.

La réponse à la question de savoir si l'État du Sénégal, qui a dénoncé le contrat particulier du 7 décembre 1987, par lequel il avait confié à l'ASECNA la gestion de l'administration de ses activités aéronautiques nationales, peut réquisitionner des agents de cette organisation, appelle nécessairement l'interprétation de la Convention instituant l'ASECNA et ne saurait, ainsi, être soumise à l'appréciation du juge de l'excès de pouvoir.

Cette décision bien que tirant sa source dans l'ordre interne du Sénégal est entièrement tournée vers l'ordre international et ne saurait par conséquent être considérée comme un acte détachable de ces relations internationales.

Doctrine

Feu le délit d'émission de chèque sans provision : essai de réflexion sur une dépénalisation passée presque inaperçue ¹

Jean Aloïse Ndiaye

Auditeur à la Cour suprême

Ni dans les journaux qui font et alimentent la rumeur, ni dans les revues spécialisées encore moins dans les bruits du palais, aucune annonce sur la mort du délit d'émission d'un chèque sans provision. Curieuse manière d'enterrer une incrimination qui aura connu une célébrité incontestable devant nos prétoires !

Ceux-là même qui sont chargés d'appliquer la loi n'ont-ils pas continué à l'invoquer et à condamner des prévenus à tort ? Pourtant, nul besoin de rappeler au juge la maxime « *nul n'est censé ignorer la loi* » qui s'applique dans toute sa rigueur aux professionnels de la justice. Mais que faire face à l'insuffisance de l'accessibilité de la loi ² ?

Trêve de dispute devant le défunt au risque de heurter sa mémoire. Revenons à lui, pour au moins rappeler son histoire, comme c'est de coutume en Afrique.

« *Le chèque est un instrument de paiement efficace... si la provision existe* » disait Gavalda ³. Cette lapalissade, qui peut faire sourire avait justifié la création du délit d'émission de chèque sans provision. Même si le chèque a été institué en France depuis une loi du 14 juin 1865 en imitation de la pratique anglaise ⁴, l'émission de chèque sans provision n'a été incriminée que par une loi du 2 août 1917, reprise par un décret-loi du 30 octobre 1935 ⁵, avant d'être dépénalisée par une loi du 30 décembre 1991 ⁶. Cette oscillation entre pénalisation et dépénalisation, a poussé un auteur à parler d'une « *vicissitude du droit pénal du chèque* » ⁷, sans oublier que « *l'hésitation est congénitale au droit pénal, voire au droit lui-même* » ⁸.

¹ Loi uniforme n° 2008-48 du 3 septembre 2008 relative à la répression des infractions en matière de chèque, de carte bancaire et d'autres instruments et procédés électroniques de paiement, *JO* n° 6453 du 7 février 2009.

² Sur la portée du principe d'accessibilité de la loi, voir M.-A. Frison-Roche et W. Baranes, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Dalloz Chroniques* n° 23, p. 361.

³ C. Gavalda et J. Stoufflet, *Instrument de paiement et de crédit*, Paris, Litec, 2006.

⁴ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, Tome 2, 1994, 14^e édition, Paris, LGDJ, p. 261.

⁵ H. Verdun, « La répression des infractions en matière de chèque dans le décret-loi du 30 octobre 1935 », *JCP G* 1941, I, p. 213 ; J. Percerou et J. Bouteron, « La nouvelle législation française et internationale de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque », *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, année 1953, volume 5, pp. 778-780.

⁶ Y. Chaput, « La loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement », *D.* 1992, *Chron.*, p. 101. Sur ce rappel historique voir l'excellent ouvrage de A. Lepage, Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, Paris, Lex Nexis, Litec, 2008, p. 468, note 1129.

⁷ W. Jeandidier, *Les vicissitudes du droit pénal du chèque : Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier*, Grenoble, PUG, 1993, pp. 177 et ss.

⁸ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la cinquième République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 139.

Au Sénégal, l'article 380, contenu dans le Code pénal de 1965, n'a fait que reprendre les dispositions de l'article 66 du décret-loi du 30 octobre 1935, en vigueur pendant la période coloniale.

À l'époque déjà, au Sénégal récemment indépendant, l'incrimination de l'émission de chèque sans provision, comme la plupart des « *incriminations figurant dans le droit pénal sénégalais, tendent donc tout d'abord à éliminer certains facteurs criminogènes, et l'absence de propension à l'épargne qui est la cause d'un certain nombre d'infraction perturbatrice de la vie économique* »¹.

Ainsi la situation anormale et alarmante qui tient à la fréquence des émissions et des acceptations de chèque sans provision, et par conséquent à l'utilisation habituelle du chèque comme instrument de crédit², a été dénoncée, notamment par l'Honorable juge Kéba Mbaye³.

Dès lors, ce ne fut point une surprise, lorsque le législateur communautaire de l'UEMOA⁴, dans sa volonté de renforcer les échanges économiques et d'harmoniser les législations de ses États membres en matière monétaire, bancaire et financière, conformément à l'article 33 de son traité, adoptât une loi reprenant l'incrimination de l'émission de chèque sans provision à travers l'article 83 de la loi n° 96-13 du 28 août 1996 relative à la nouvelle législation et infraction relatives au chèque. Ainsi, cet article prévoyait qu' « est puni d'un emprisonnement d'un an à trois ans ou d'une amende de 100 000 F à 2 500 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement :

1°- le titulaire de compte ou le mandataire qui, de mauvaise foi, aura émis un chèque sans provision, ou aura, après l'émission d'un chèque sans provision, retiré par quelque moyen que ce soit, tout ou partie de la provision ».

Aujourd'hui, les facteurs criminogènes qui avaient motivé l'incrimination de l'émission de chèque sans provision n'ont pas disparu de la société sénégalaise. On peut même dire, sans risque de se tromper, que l'infraction a connu un boom sans précédent dans le contexte d'une crise économique et sociale, nous plongeant dans la même situation que celle décrite par le juge Kéba Mbaye en 1971.

Pourtant, le mouvement de politique criminelle du législateur s'est orienté vers la dépénalisation de ce délit en décrétant sa mort ! Mais que faut-il entendre par dépénalisation ?

La dépénalisation recouvre plusieurs significations en fonction de son contexte. Il faut rappeler, que dans une société en harmonie, l'idéal serait la disparition progressi-

¹ G. Rives, « Les problèmes et l'évolution de la politique criminelle du Sénégal depuis l'indépendance, le droit criminel sénégalais », p. 55.

² *Ibid*, p. 55.

³ S'exprimant lors de la rentrée des Cours et Tribunaux consacrée aux infractions en matière de chèque en 1971, Kéba Mbaye rappelle que « l'émission de chèque sans provision est en voie de devenir un véritable fléau... Certains créanciers pour se constituer une garantie, en provoquant la fabrication sous la forme de chèques postdatés, attendent la fin du mois pour en toucher le montant. Le débiteur lui, n'a aucune intention de respecter ses engagements. Et c'est ainsi, dit-on, que chaque fin de mois est l'occasion d'une véritable course poursuite entre les tireurs et les bénéficiaires de chèques postdatés, pour l'appropriation de la provision constituée par le virement du salaire mensuel du débiteur. La lutte est évidemment inégale. Le gagnant de la course est souvent le bénéficiaire, tel le commerçant à qui l'aide éventuelle, non désintéressée bien sûr, de l'employé de banque chargé de faire payer le chèque postdaté au moment même où le virement est effectué, vient apporter un avantage certain... La situation de ces tireurs de chèque sans provision battus en sprint, obligés de retourner auprès de leurs créanciers et de se livrer à eux comme des esclaves, doit susciter autre chose que le sourire. Il convient de mettre un terme à cette situation douloureuse ».

⁴ L'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a été créée par le Traité de Dakar signé le 10 janvier 1994 et regroupe aujourd'hui huit pays de l'Afrique de l'Ouest (Bénin, Burkina Faso, Côte-d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo) ayant en commun l'usage d'une monnaie unique, le franc CFA.

ve, graduelle et même complète du droit pénal. Comme le rappelle le Professeur Levasseur, « *c'est à la minceur de son droit pénal que l'on juge du degré de civilisation d'un État, et de l'harmonie entre ses citoyens* ».

C'est pourquoi, la dépenalisation comme modèle de politique criminelle a toujours constitué un idéal dans les sociétés démocratiques. Elle recouvre diverses formes selon l'option de politique criminelle du législateur. De manière générale, elle peut être définie comme un affaiblissement de la réaction sociale qui tantôt abandonne la voie proprement pénale, tantôt la modère, tantôt y substitue d'autres voies, moins traumatisantes et plus efficaces. Elle recouvre ainsi une réalité assez complexe dans laquelle le droit pénal procède par un mouvement constant d'éclatement et de recomposition ¹.

En effet, la dépenalisation peut consister soit à cesser d'incriminer un comportement, soit à maintenir l'incrimination, mais en atténuant plus ou moins la répression, soit enfin, par le biais de diverses techniques, à éviter l'incarcération au délinquant.

Mais la première forme, qui est la plus radicale, décrète la mort de l'infraction et c'est cette forme qui a emporté le délit d'émission de chèque sans provision ; on parle de « *décriminalisation* ». Dans la nouvelle loi uniforme, aucune référence n'est faite à l'incrimination de l'émission de chèque sans provision. Le législateur a fait sauter le point 1^{er} de l'alinéa 1^{er} de l'article 83 de la loi n° 96-13 du 28 août 1996.

Oui ! Le délit d'émission de chèque sans provision est mort, mais passé l'étape d'émotion qui accompagne toute mort, il faudra bien se demander ce qui a emporté cette incrimination (I) en procédant à son autopsie, avant de se pencher sur son héritage (II).

I. Autopsie du défunt délit d'émission de chèque sans provision : les raisons de la dépenalisation

À peine est-elle décédée que des voix en sourdine, dont on connaît la provenance, se posent la question tout à fait légitime du pourquoi ! Pourquoi dépenaliser alors que les émissions de chèques sans provision n'ont jamais connu de baisse ?

Si le droit pénal a pour ambition de protéger les valeurs sociales, il ne peut être sourd à l'appel des victimes de ce délit, à un moment où la victimologie occupe une place de plus en plus importante dans le droit pénal ².

C'est dire que, vouloir analyser les raisons qui ont motivé la dépenalisation de ce délit n'est qu'un prétexte pour, en même temps, apprécier la pertinence de cette option de politique criminelle législative. L'opportunité d'un tel choix du législateur ne se pose-t-elle pas ?

Pour répondre à ces interrogations, nous avons tenté de nous orienter vers l'exposé des motifs qui, comme son nom l'indique, a pour but de présenter les raisons de fait et de droit qui justifient, selon son auteur, l'adoption du texte ³.

Pourtant, curieusement, aucune référence n'est faite sur la dépenalisation du délit d'émission de chèque sans provision, sauf lorsque le texte renvoie au Règlement

¹ M. Van de Kerchove, « Éclatement et recomposition du droit pénal », *Revue de science criminelle*, 2005, p. 5.

² Pour une étude approfondie de la notion de victimologie voir J.A. Wemmers, *Introduction à la victimologie*, Presse Universitaire de Montréal, Coll. Paramètres, 2003.

³ Gérard Cornu le définit ainsi : « considérants accompagnant un projet ou une proposition (per ex. de loi) et en indiquant les raisons. (Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e édition, Paris, PUF 1987, p. 392. Fiche 3.1.1, "Exposé des motifs d'un projet de loi" dans *Le Guide de Légistique sur Légifrance* (fiche à jour au 6 juin 2005) (pour la fiche au format "pdf")

n° 15/2002/CM/UEMOA qui « établit un règlement préventif de l'émission d'un chèque sans provision grâce au dispositif de Centralisation des Incidents de Paiement qui permet à l'autre de régulariser, sous peine d'interdiction bancaire d'émettre des chèques ». Ainsi, selon toujours l'exposé des motifs, « de ce fait, le projet de loi ne réprime que les infractions intentionnelles sur les instruments de paiement scripturaux ». Mais cela ne nous renseigne pas suffisamment sur les raisons du législateur.

Ce quasi-mutisme nous amène à trouver des explications dans l'environnement même de cette infraction. Ainsi, la justification de cette dépénalisation pourrait se trouver dans l'insuccès du traitement pénal (A) et dans la promotion de la bancarisation au sein de l'espace UEMOA (B).

A. L'insuccès du traitement pénal de l'émission de chèque sans provision

C'est avec beaucoup de regret que le juriste aboutit à la conclusion que la loi est morte du fait de son insuccès¹. Pourtant, il s'agit là d'une réalité tout à fait courante. Comment oublier, dans ce cadre, la fameuse loi sur l'enrichissement illicite² qui n'a jamais connu le succès qu'on lui prédisait ? Que dire de la loi sur les dépenses excessives à l'occasion des cérémonies familiales ?³ Enfin, plus cruellement de la peine de mort⁴, abolie malgré certaines résistances ? On pourrait parler à propos des deux premières lois, d'une « *dépénalisation de fait* ».

Souvent, la passion qui anime le législateur lors de l'adoption des lois pénales, considérées à tort, comme une panacée, s'estompe avec la réalité de la réaction sociale. Ainsi, il n'est pas rare que la passion du législateur soit même à l'origine de l'insuccès du traitement pénal car, comme le dit l'adage, « *trop de droit, tue le droit* ».

S'agissant du délit d'émission de chèque sans provision, sans pour autant prétendre en maîtriser la raison principale, du fait du mutisme du législateur, nous sommes tentés de penser que le délit n'a jamais joué son rôle de dissuasion et de prévention générale. En effet, malgré les sanctions qui l'accompagnaient, le chèque sans provision n'a jamais connu de baisse. L'infraction s'est-elle dès lors banalisée au point de ne plus inquiéter ?

En effet, les personnes poursuivies pour émission de chèque sans provision bénéficiaient le plus souvent soit d'un « *arrangement* » face aux autorités de police, soit de la médiation face au Procureur de la République, soit enfin d'une peine d'emprisonnement, et là rarement. Même en cas de condamnation à une peine ferme, il n'est pas sûr que la partie civile puisse entrer dans ses fonds. Le législateur a-t-il pris « *acte de ce que l'arsenal répressif en la matière n'avait pas permis d'endiguer le flot, toujours croissant au contraire, des chèques sans provision. L'engorgement des tribunaux révélait, paradoxalement, un échec du droit pénal, qui avait failli dans sa fonction de dissuasion* »⁵ ? Dans ce cas, l'incrimination semblait ne plus être de mise. La dépénalisation de cette infraction se justifie, ici aussi, par la volonté de ne plus encombrer le parquet et les prétoires de ce délit qui ne fait plus peur.

¹ Le doyen J. Carbonnier rappelait ainsi que « *la perpétuité est dans le vœu de la loi* » (J. Carbonnier, « Essais sur les lois », *Répertoire du Notariat Deffrénois*, 1979, p. 9).

² Loi n° 81-53 du 10 juillet 1981 qui a donné naissance à l'article 163 bis du Code pénal et la même loi qui avait institué la Cour de répression de l'enrichissement illicite (*JO* n° 4846 du 24 juillet 1981, p. 713, publié dans la revue *RIPAS* n° 2, octobre-décembre 1981, pp. 274 et ss).

³ Loi n° 67-04 du 24 février 1967 tendant à réprimer les dépenses excessives à l'occasion des cérémonies familiales, *JO* du 1^{er} mars 1967.

⁴ Loi n° 2004-38 du 28 décembre 2004, portant abolition de la peine de mort, *JO* n° 6202 du 22 janvier 2005.

⁵ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *op. cit.*, p. 468.

Toutes ces raisons peuvent justifier l'insuccès de ce délit. Comme en France, au Sénégal « *la loi a fait basculer les tribunaux correctionnels vers les banques, donc amolli les sanctions des chèques sans provision : ils étaient trop nombreux pour que l'on fût sévère* »¹.

Pourtant, nous sommes tentés de penser qu'il y a des objections à ces arguments qui permettent de douter de la pertinence du choix du législateur. En effet, n'est-il pas légitime de s'interroger sur l'ampleur du phénomène dans la zone UEMOA et voir si, sur le plan sociologique, la pénalisation a eu l'impact escompté ou non ? En l'état actuel, aucune étude, à notre connaissance, n'a été menée pour permettre d'engager la voie de la dépénalisation.

Comment dépénaliser, alors que les cas d'infraction sont de plus en plus nombreux ? Le droit pénal ne doit-il pas garder son rôle de symbole dans la prévention générale des comportements illicites ?

Contrairement à ce qu'on pourrait penser, l'infraction ne s'est jamais banalisée au Sénégal. Tout au contraire, il nous semble que c'est au moment où elle a connu son apogée qu'elle a été dépénalisée. Comme notre secteur bancaire est faible et que nos économies restent fragiles, l'incrimination du phénomène de chèque sans provision, par la crainte qu'elle suscite au sein des acteurs de la vie économique, joue un rôle essentiel dans la préservation du bon ordre économique.

C'est dire simplement que la banalisation, facteur de l'insuccès de son traitement, n'a pu être la seule cause de sa disparition. En poussant l'autopsie plus loin, il apparaît qu'un courant plus moderne s'y est greffé, sous le couvert d'une promotion de la bancarisation.

B. La promotion de la bancarisation au sein de l'espace UEMOA

La bancarisation représente le pourcentage de la population ayant accès aux banques. Cette caractéristique traduit la croissance économique et le niveau de développement d'un pays.

Aujourd'hui, tout le monde s'accorde sur le fait que le taux de bancarisation au sein de l'espace UEMOA est assez faible. Il se situe, dans la zone, entre 5 et 7 %, bien qu'il existe des disparités entre les États membres². Ce faible taux constitue un obstacle majeur à l'amélioration de la croissance dans ces États.

Consciente de cela, l'UEMOA, à travers une démarche constante de modernisation de ses instruments de paiement, s'est également longtemps battue pour une promotion de la bancarisation. Une loi, éponyme, a d'ailleurs été adoptée le 4 juin 2004³. Cette promotion de la bancarisation s'est accompagnée d'une promotion des moyens de paiements scripturaux comme le chèque. Ainsi, désormais, tout paiement supérieur à 100 000 francs CFA devrait être effectué par chèque ou par virement sur un compte⁴.

Pourtant, malgré cette législation, généreuse dans ses ambitions, le taux de bancarisation demeure faible et les populations de la zone franc rechignent à utiliser les moyens scripturaux de paiement dans leurs transactions.

¹ *Ibid.*, p. 145.

² Par exemple le Sénégal est leader dans l'espace UEMOA, mais en dehors de l'espace il est dépassé par des pays comme la Gambie, le Cap Vert et le Nigeria. Voir *Sud quotidien* du 3 mai 2008.

³ Loi n° 2004-15 du 4 juin 2004 relative à la promotion de la bancarisation et également l'instruction n° 1 du 8 mai 2004 relative à la promotion des moyens de paiements scripturaux et à la détermination des intérêts exigibles en cas de défaut de paiement (voir : <http://www.bceao.int/>).

⁴ Voir les articles 3 à 6 de la loi n° 2004-15 du 4 juin 2004 relative à la promotion de la bancarisation et également l'instruction n° 1 du 8 mai 2004 relative à la promotion des moyens de paiements scripturaux et à la détermination des intérêts exigibles en cas de défaut de paiement notamment ses articles 1 à 7.

Le législateur a certainement pensé que l'incrimination du chèque sans provision constituait un frein à l'utilisation de ce moyen de paiement. En effet, par crainte de subir la rigueur de la sanction pénale, les populations préféreront effectuer leur paiement en espèces. Cela aura nécessairement pour conséquence le faible recours aux banques ou établissements financiers. Cela est tout aussi vrai pour le délinquant d'affaires qui s'accommode mal des contraintes inhérentes au procès pénal avec les risques d'une peine d'emprisonnement.

Toutefois cette analyse, malgré sa pertinence, recèle quelques incohérences. Il faut rappeler que le faible taux de bancarisation dans l'espace UEMOA traduit en grande partie le manque de confiance envers les banques et les établissements financiers. Cette défiance résulte de divers facteurs comme l'absence d'une culture bancaire, la faiblesse des revenus et du tissu économique, le faible taux d'alphabétisation dans la zone, l'insuffisance de la couverture bancaire, le coût élevé des frais bancaires¹, l'absence de politique soutenue de vulgarisation de la bancarisation etc. Ces phénomènes sont beaucoup plus pertinents et influent plus sur le non-recours aux banques.

Dès lors, le risque encouru est d'avoir un résultat contraire à l'effet escompté dans la dépénalisation. En effet, en dépénalisant le délit d'émission de chèque sans provision, le législateur pousse les acteurs de la vie économique à ne plus accepter le chèque dans leurs transactions. Avant même l'avènement de cette loi, ils acceptaient rarement le paiement par chèque, prétextant les risques de se retrouver face à un chèque qui se serait révélé impayé et de devoir porter l'affaire devant les tribunaux. Également, la voie pénale était considérée comme la voie royale pour rentrer dans ses fonds face à un chèque dont la provision est inexistante ou insuffisante. Ainsi, une simple convocation à la police, à la gendarmerie ou au Parquet permettait au créancier de se faire rembourser le chèque sans provision.

C'est pourquoi, nous pensons que dans un pays où le taux de bancarisation est encore très faible, où les mentalités ne sont pas encore bancaires, la sécurité même des transactions passe par une pénalisation de l'émission de chèque sans provision. Dès lors, n'est-il pas permis de se demander si la dépénalisation, au lieu d'être un facteur d'ordre, constituerait une source de désordre ?² Aussi, cette dépénalisation ne peut-elle pas paraître inutile, quand on sait que Montesquieu nous apprend que « *les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* »³.

En définitive, que retenir de cette autopsie, sinon que la mort du délit d'émission chèque sans provision, malgré le silence qui l'a accompagnée, n'a pas manqué de susciter des interrogations légitimes qui peuvent faire douter de la pertinence de ses causes profondes. Heureusement, il faudra bien liquider son héritage, et à cet égard, il nous en laisse un, particulièrement riche et bruyant, qu'il faudra étudier, pour mieux en appréhender toute la dimension.

II. La liquidation de l'héritage : les effets de la dépénalisation

En dépénalisant le délit d'émission de chèque sans provision, le législateur a pris une décision catégorique qui prive le droit pénal du chèque d'un pan entier de sa matière. Cette action qualifiée, sous d'autres cieux, de « *réforme spectaculaire* »⁴ a fini de

¹ Voir sur ce point, le quotidien *Le Soleil* du 19 novembre 2009 avec l'article intitulé : « Agios, Tob, Frais sur Chèques, etc : le client n'y trouve guère son compte ».

² J. Lefebvre, « La dépénalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ? », *Revue CURAP*, Collection PUF, 1997.

³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, LXXIX, ch. 16.

⁴ Par référence à l'accueil que lui a réservé une partie de la doctrine en France.

sceller le sort de ce délit et de mettre à nu « *les contradictions du droit pénal* » contemporain ¹.

Pourtant, elle s'inscrit dans une dynamique globale de la BCEAO ² « *qui a initié, depuis mars 1999, un projet d'envergure régionale visant à la modernisation des systèmes de paiement* ³ » dans les États membres de l'UEMOA afin, entre autres, de faciliter les relations économiques et commerciales entre les acteurs économiques de la sous-région, en vue de renforcer l'intégration régionale.

Ainsi, en décrétant la suppression du délit d'émission de chèque sans provision, le législateur n'a pas entendu laisser cet écart vis-à-vis de la norme sans sanction. Il s'agit plutôt d'un redéploiement de la sanction qui privilégie, dans une réponse globale, la prévention sur la répression.

Concrètement, cela se manifeste, sur le plan normatif, par la primauté des sanctions civiles et professionnelles (A) et la substance d'infractions en matière de chèque (B).

A. La primauté des sanctions civiles et professionnelles

Le droit pénal n'a jamais eu le monopole de la répression des écarts dans une société. Au contraire, les travaux sur le pluralisme juridique du doyen Carbonnier ⁴ et l'approche de politique criminelle de type systémale avec le Professeur Gérard Timsit et Mireille Delmas-Marty ⁵, ont révélé que face à un phénomène criminel, la société apporte différentes réponses. Le monopole de la réponse pénale peut s'écarter de manière stratégique au profit d'autres réponses comme celles administratives ou civiles ⁶, accélérant les mutations dans le champ pénal contemporain ⁷.

Ce repli stratégique du droit pénal, qui accompagne le mouvement de dépenalisation du monde des affaires, s'inscrit dans une volonté manifeste de suivre les courants de pensée de l'école de la Défense sociale nouvelle qui prône une politique criminelle humaniste ⁸.

Ainsi, même si elle n'est plus délit, l'émission de chèque sans provision reste sanctionnée. Tel que le précise l'exposé des motifs de la loi uniforme, l'UEMOA, à travers sa réglementation, privilégie un règlement préventif grâce au dispositif de centralisation des incidents de paiements qui permet à l'autre de régulariser, sous peine d'interdiction bancaire d'émettre des chèques. Ainsi, à la place des sanctions pénales, l'émission de chèque sans provision est sanctionnée selon une procédure civile et une procédure

¹ M. Delmas-Marty, « Les contradictions du droit pénal », *Revue de sciences criminelles*, 2000, p. 1.

² La Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) créée en 1962, est l'institut d'émission commun aux huit États membres dont le siège est fixé à Dakar. À ce titre, outre la gestion de la politique monétaire de l'Union, elle a en charge aussi la définition de la loi bancaire applicable aux banques et établissements financiers.

³ Voir : <http://www.bceao.int/>.

⁴ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2004 ou J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e édition, 2001, notamment sur l'hypothèse du Droit et du non-droit, pp. 11 et ss.

⁵ M. Delmas-Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1983.

M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politiques criminelles*, Paris, PUF, collection Thémis, 1992.

⁶ Ce repli se manifeste fréquemment en matière économique (création d'autorité de régulation du marché comme le conseil de la concurrence, la célèbre commission des opérations bancaires en France etc), en matière d'environnement par la transaction pénale administrative etc. Voir A. Cissé, « Justice transactionnelle et justice pénale », *Revue de science criminelle*, 2001, p. 509.

⁷ M. Vogliotti, « Mutations dans le champ pénal contemporain, vers un droit pénal en réseau », *Revue de sciences criminelles*, 2002, p. 721.

⁸ Le chef de file de cette école est Marc Ancel, à travers son ouvrage intitulé *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 1954, 3^e édition, 1951 p.

d'interdiction bancaire. À cet effet, un renvoi est fait au Règlement n° 15/2002 sus évoqué.

Il faut rappeler que le tireur qui émet un chèque est garant de son paiement, car si le chèque est payable à vue, la provision doit exister au moment où il est tiré, puisque le porteur peut le présenter tout de suite après réception¹. C'est pourquoi, le chèque ne saurait constituer un instrument de garantie, du moins en droit sénégalais². Aussi, face à un chèque qui s'est révélé sans provision ou dont la provision est insuffisante, deux conséquences en découlent :

La première est relative au recours à des sanctions pécuniaires de nature civile dont dispose le porteur. Aux termes de l'article 93 du Règlement n° 15/2002, « le porteur peut exercer ses recours contre les endosseurs, le tireur et les autres obligés, si le chèque, présenté dans le délai de paiement est constaté par un acte authentique (protêt) ». Les conditions d'établissement du protêt sont fixées par les articles 93, 94, 102 à 105 du même Règlement.

Ce qui est particulièrement intéressant, c'est que toutes les personnes obligées en vertu d'un chèque sont tenues solidairement envers le porteur. À cet égard, le porteur a le droit d'agir contre toutes ces personnes, individuellement ou collectivement, sans être astreint à observer l'ordre dans lequel elles se sont obligées. D'ailleurs, cette action intentée contre un des obligés n'empêche pas d'agir contre les autres, même postérieurs à celui qui était poursuivi³. Le porteur du chèque impayé pourra alors se tourner naturellement vers le coobligé le plus solvable.

L'efficacité de ce recours en matière civile ne fait l'ombre d'aucun doute. Si pour les professionnels et les entreprises cette procédure est une routine et ne pose pas de problème en soi, pour les simples particuliers, elle ressemble le plus souvent à un parcours du combattant. En effet, le recours au procès civil, outre son coût (coût du protêt et du procès), présente une certaine lenteur et une lourdeur qui peuvent affecter l'efficacité de cette action. La voie pénale qui permettait d'aller plus vite, sans recours au protêt, paraissait plus efficace car, l'objectif du porteur est de rentrer dans ses fonds le plus rapidement possible. Mais heureusement que le tireur court un risque plus grand, celui d'une interdiction bancaire.

La deuxième conséquence de l'émission d'un chèque sans provision, est l'interdiction bancaire prononcée contre le tireur. Cette interdiction, selon l'article 113 du Règlement, concerne « *la non délivrance de chèques autres que celles qui sont remises de fonds pour le tireur auprès du tireur ou pour une certification ou des chèques de banques* ». Elle concerne aussi bien le banquier tiré que tout autre banquier et ce, pendant un délai de cinq ans. Elle s'accompagne de sanctions fiscales sous forme de pénalités au profit du trésor public.

Toutefois, il faut préciser qu'avant l'interdiction prononcée par la banque, cette dernière doit informer, par lettre d'avertissement, le titulaire du compte de l'incident de paiement et une copie de l'avertissement est adressée à la Banque Centrale pour son enregistrement au fichier central des incidents de paiement (CIP)⁴. Cet avertissement précise le motif du refus, l'interdiction d'émission de chèques et l'injonction faite au tireur de restituer les formules de chèque en sa disposition⁵.

¹ Article 80 du Règlement n° 15/2002.

² En France quelques hésitations de la jurisprudence ont pu faire penser à l'admission du chèque de garantie. Voir H. Aubry, « Réflexion sur le chèque remis en garantie », *Recueil Dalloz* 2000, p. 555.

³ Article 97 du Règlement n° 15/2002.

⁴ Article 114 du Règlement n° 15/2002. Les modalités de la centralisation et de la diffusion des incidents de paiement sont précisées par les articles 127 à 129 du Règlement n° 15/2002.

⁵ Voir *Crim.* 8 février 1982, *Dalloz* 1982, 412, note Gavalda ; *Crim.* 19 mai 1980, *Dalloz* 1980, 513, notes Gavalda.

L'interdit peut recouvrer sa faculté bancaire s'il procède à la régularisation notamment en réglant le montant du chèque impayé ou en constituant une provision suffisante¹.

Cette sanction peut s'avérer redoutable pour une société commerciale et pour les délinquants d'affaires qui seront privés d'un instrument important de paiement dans leurs transactions. De même, le fait d'être fiché en qualité d'interdit peut fortement atteindre l'image et par conséquent la crédibilité du chef d'entreprise ou du commerçant.

Cependant, si dans une société fortement bancarisée cela peut constituer un obstacle majeur à la poursuite des activités, dans nos États, où le recours aux banques est faible voire marginal, cette interdiction peut ne pas fortement porter atteinte aux activités du tireur. Tout cela pour dire que si les sanctions civiles, fiscales et pécuniaires ont le mérite de prévenir l'émission de chèque sans provision, elles sont plus adaptées à une société fortement bancarisée. Est-ce la raison de la reprise et du renforcement des autres infractions en matière de chèque ?

B. La reprise d'infractions anciennes

La disparition du délit d'émission de chèque sans provision ne nous laisse pas orphelin dans la mesure où il subsiste d'autres infractions en matière de chèque. En effet, « *La dépénalisation de l'émission de chèque sans provision n'a pas asséché le droit pénal des chèques* »². La loi uniforme a repris un certain nombre d'infractions tout en renforçant les sanctions pénales par une instauration de la fixité des peines d'emprisonnement et des amendes³. Serait-ce une contrepartie de la dépénalisation de l'émission de chèque sans provision ? Ou bien, serait-ce tout simplement un moyen de rappeler que le droit pénal demeure le gardien des valeurs fondamentales de la société et par conséquent ne saurait s'écarter de la législation en matière de chèque ? Ou bien enfin, serait-ce un moyen, pour l'ombre du délit d'émission de chèque sans provision, de planer sur les chèques, comme pour dire « je ne suis plus, mais je ne suis pas loin, car je ne vous laisse pas orphelin » ?

Une étude des infractions concernées peut nous renseigner sur l'ampleur de cet héritage et à ce niveau, une observation intéressante se dégage : les infractions prévues sont diverses et concernent aussi bien le tiré, le tireur que le porteur, comme si le délit d'émission de chèque sans provision tente de ne pas se faire oublier.

Toutefois, il ne sera pas question, dans cette partie, de l'étude des infractions relatives à la contrefaçon et à la falsification de chèques qui ne présentent pas de particularité sauf qu'elles portent sur un instrument de paiement, ce qui justifie le renforcement de leurs sanctions⁴.

S'agissant des infractions commises par le tireur ou son mandataire : aux termes des dispositions de l'article 2 de la loi uniforme n° 2008-48, « *est puni de trois ans et d'une amende de 2 000 000 francs CFA* » :

- le tireur ou mandataire qui, en connaissance de cause, émet un chèque domicilié sur un compte clôturé ;

¹ Sur les conditions de levée de l'interdit bancaire, voir les articles 118 et 122 du Règlement.

² A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *op. cit.*, p. 472.

³ Voir l'exposé des motifs de la loi uniforme n° 2008-48 du 3 septembre 2008 et selon cet exposé « cette fixité qui est la tendance au niveau international dans ce domaine permet également une répression uniforme des infractions en matière de chèque, ... dans les États membres de l'Union ».

⁴ Voir les articles 3 et 4 de la loi uniforme.

- le tireur qui, après l'émission d'un chèque, retire tout ou partie de la provision, par transfert, virement ou quelque moyen que ce soit, dans l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui ;
- le tireur qui, au mépris de l'injonction qui lui est adressée en application de l'article 115 du Règlement 15/2002 relatif aux systèmes de paiements dans les États membres de l'UEMOA, émet un ou plusieurs chèques et son mandataire qui, en connaissance de cause de cette interdiction, émet un ou plusieurs chèques pour le compte de son mandant.

Ces différentes infractions présentent entre elles deux éléments communs : l'irrévocabilité de la provision et l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui (il s'agit ici de l'élément moral).

S'agissant des infractions commises par le porteur : la loi uniforme, tout en dépénalisant le délit d'émission de chèque sans provision, incrimine l'acceptation d'un chèque sans provision. Ainsi, selon l'article 2 f, est puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 2 000 000 de francs CFA « *toute personne qui accepte de recevoir ou d'endosser, en connaissance de cause, un chèque sans provision* ».

Cette incrimination, pour la moins curieuse, va à l'encontre du mouvement de dépénalisation, car on ne peut refuser de sanctionner celui qui a émis le chèque et sanctionner celui qui l'a reçu. C'est pourquoi, en France, en dépénalisant l'émission du chèque sans provision, le législateur a, en même temps, dépénalisé l'acceptation d'un chèque sans provision, se contentant de réprimer l'acceptation d'un chèque dont la provision a été retirée. Cette attitude contradictoire du législateur communautaire jette le flou sur cette loi or, « *l'obscurité des lois rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire...* ¹ ».

Seulement, l'acceptation d'un chèque sans provision n'est pas un cas de complicité de chèque sans provision, mais un délit distinct et autonome. La loi exige pour sa réalisation une intention coupable, c'est-à-dire que le porteur du chèque ait agi en connaissance de cause de l'absence de provision.

De même, est puni des mêmes peines la personne qui, en connaissance de cause, fait usage d'un chèque volé. Est également réprimé « *d'un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 5 millions toute personne qui, en connaissance de cause, accepte de recevoir un chèque contrefait ou falsifié* ² ». Cela est valable pour « *toute personne qui, en connaissance de cause, fait usage ou tente de faire usage d'un chèque contrefait ou falsifié* ³ ».

Dans tous ces cas, la tentative est punissable et à titre de peine complémentaire, la juridiction compétente peut interdire au condamné, pour une durée d'un à cinq ans, d'émettre des chèques.

S'agissant, enfin, des infractions commises par le tiré (banque ou établissement financier) : elles sont nombreuses et contrastent de façon saisissante avec la dépénalisation massive qui a joué en matière de chèque sans provision ⁴. Ainsi, l'article 8 de loi uniforme punit de 3 000 000 de francs CFA le tiré qui, hors les cas mentionnés à l'article 84, alinéa 3 du Règlement n° 15/2002, refuse le paiement d'un chèque au motif que le tireur y a fait opposition ⁵. Il est ici reproché au tireur de refuser le paiement d'un

¹ P. Malaurie, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, 2005-3, pp. 131-137.

² Article 3 c.

³ Article 3 b.

⁴ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *op. cit.*, p. 477.

⁵ Article 84 du Règlement n° 15 : « Lorsque la provision existe, le tiré doit payer même après l'expiration du délai de présentation.

chèque, alors que l'opposition qu'y a faite le tireur n'a pas donné lieu à une confirmation écrite ou que l'opposition est illicite car ne répondant pas à l'un des motifs prévus par la loi.

De même, est passible de la même peine, le tiré qui indique une provision inférieure à la provision existante et disponible (article 11 a). Le tiré peut commettre l'infraction de mauvaise foi, mais il suffit, pour qu'elle soit constituée, qu'il ait commis une erreur de gestion.

Trois autres infractions du tiré sont prévues par l'article 11 : le fait pour le tiré de procéder au rejet d'un chèque pour insuffisance ou indisponibilité de la provision sans indiquer, si tel est le cas, que le chèque a été émis au mépris d'une injonction adressée en application de l'article 115 du Règlement n° 15 ou en violation d'une interdiction prononcée en application de l'article 6 alinéa 1 de la loi uniforme sur les instruments de paiement (interdiction judiciaire) ; le fait, pour le tiré, de ne pas déclarer les incidents de paiement (article 11-c) dans les conditions prévues à l'article 127 du même règlement; le fait pour le tiré de ne pas procéder à l'avertissement prévu à l'article 43 du Règlement sur les sanctions encourues par le client titulaire du chéquier après avoir bien vérifié son identité ; le fait de ne pas consulter le fichier des incidents de paiement avant toute délivrance d'un chéquier (article 45 du Règlement)¹ et enfin, le fait de ne pas procéder aux injonctions prévues aux articles 113, 115 et 123 du Règlement (il s'agit de l'injonction d'avoir à restituer au banquier les formules de chèque en la possession du tireur également prévu à l'article 6 alinéa 2 de la loi uniforme). En définitive, « lorsqu'elle entend rejeter un chèque pour insuffisance de provision, la banque doit se méfier des rejets hâtifs. Le défaut de provision suffisante ne lui donne pas tous les droits² ».

À noter que pour ces infractions concernant le tiré, celui-ci, personne morale, peut être attrait, par la victime, devant la juridiction saisie de l'action publique pour chèque impayé, pour réparation du préjudice lié à ces fautes.

Conclusion

À ceux qui voulaient se réjouir de la mort du délit d'émission de chèque sans provision³ et l'enterrer au plus vite, permettez-moi au moins de lui faire une oraison funèbre !

Je sais qu'ils m'en voudront de hausser le ton, faisant apparaître ce qui devait passer inaperçu. Je ne puis que présenter mes excuses pour ce qui ne fut qu'un essai⁴...

Il doit aussi payer même si le chèque a été émis au mépris de l'injonction prescrite par l'article 115 alinéa 1, 2° du présent Règlement ou en violation de l'interdiction prévue à l'article 85 alinéa 1er de la Loi Uniforme sur les Instruments de Paiement. Il n'est admis d'opposition au paiement du chèque par le tireur qu'en cas de *perte, de vol, d'utilisation frauduleuse du chèque ou d'ouverture de procédures collectives de redressement judiciaire et de liquidation des biens contre le porteur*. Le tireur doit immédiatement confirmer son opposition et en indiquer le motif par écrit, quel que soit le support de cet écrit. Cette défense de payer ne prend fin que par mainlevée ou par prescription. En cas de contestation du porteur, à l'égard d'une opposition du tireur, le juge des référés, même dans le cas où une instance au principal serait engagée, peut ordonner la mainlevée de l'opposition ».

¹ Sur l'obligation d'information du tiré voir X. Delpech, « Obligation d'information en cas d'émission d'un chèque sans provision », *Recueil Dalloz* 2005, p. 1693.

² V. Avena-Robardet, « Le rejet de chèque dans les règles », *Recueil Dalloz* 2006, p. 979.

³ Nous faisons allusion aux patrons des « PME » en France qui, par les protestations provoquées par l'accroissement des incidents de paiement ont conduit le législateur à adopter une nouvelle réforme du droit des chèques. Voir à ce sujet Y. Chaput, *Les effets de commerce*, PUF, Droit fondamental, 1992, p. 280.

⁴ Un *essai* est entendu ici dans son sens littéraire qui veut dire une œuvre de réflexion débattant d'un sujet donné selon le point de vue l'auteur.

Enfin, nous pouvons au moins dire ces quelques mot à leur endroit :

Oui ! Il est mort, par la volonté du législateur communautaire qui a cru bon de s'en séparer sans tambour ni trompette, pour ... suivre le vent de la dépénalisation au profit des affaires ou des hommes qui se cachent derrière les affaires.

Heureusement que son autopsie nous aura révélé qu'en voulant lutter contre son insuccès, on a voulu favoriser, et encore, la bancarisation.

Après les pleurs, réjouissons-nous, car l'ombre de ce délit continuera de planer sur nous grâce à son riche héritage constitué des redoutables sanctions d'interdictions bancaires et des délits subsistants en matière de chèque, comme l'ironique délit d'acceptation d'un chèque dit sans provision. Ce riche héritage vient nous rappeler, à l'instar du poète, que « *ce qui vient au monde pour ne rien troubler, ne mérite ni égards ni patience*¹ ».

Aujourd'hui plus qu'hier, la dépénalisation du délit d'émission de chèque sans provision nous renseigne que le processus de retrait de la loi pénale peut être à l'origine du contraire de l'objectif recherché. À côté de l'objectif d'ordre recherché, le risque de désordre planera sans cesse sur le paysage bancaire. Serait-ce ce malaise qui pousse les juges à recourir à la qualification hasardeuse « d'escroquerie » à la provision² ?

Osons reprendre alors les paroles de ce grand homme de lettres, prononçant l'oraison lors des funérailles de Ludwig Van Beethoven, pour dire : « *ainsi fut-il, ainsi fut sa mort, ainsi vivra-t-il jusqu'à la fin des temps* ».

¹ Extrait de *Fureur et mystère du poète français René Char*, publié en 1948 aux Éditions Gallimard.

² Il s'est développé une jurisprudence intéressante et bien établie en France sur l'escroquerie à la provision car on considère, comme Mascala que « si la remise d'un chèque sans provision ne peut en soi constituer des manœuvres frauduleuses, en revanche d'autres éléments extérieurs l'accompagnant peuvent constituer des manœuvres frauduleuses ». (Mascala, *Répertoire pénal*, Dalloz, V° Escroquerie). Voir Cass. ass. plén. du 18 janvier 2006, *AJ pénal* 2006, p. 84 ; Cass. crim., 29 nov. 1993, *Gaz. pal.* 1993, *Gaz. pal.* 1994, 1, somm. 24. Toutefois cette qualification est à manipuler avec beaucoup de précaution comme le rappelle la cour de cassation française (Cass. crim., 1^{er} juin 2005, *AJ pénal* 2005, p. 339) ; D. Père, « L'émission d'un chèque sans provision est-elle constitutive d'une escroquerie ? », *Recueil Dalloz* 2006, p. 1950.

Réflexions sur l'administration provisoire de société en droit sénégalais ¹

Mountaga Diouf

Docteur d'État en droit, Juge au Tribunal régional hors classe de Dakar

La société, qu'elle soit civile ou commerciale, suppose à la base une renonciation à ses intérêts personnels au bénéfice de l'intérêt de la personne morale. L'associé y apporte certainement ses biens dans l'espoir de partager les bénéfices à venir, mais il s'engage aussi à contribuer aux pertes éventuelles.

Ce postulat, on peut le retrouver aussi bien dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC GIE) que dans le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC).

L'article 4 AUSC GIE définit en effet la société commerciale comme un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent « *d'affecter à une activité des biens en numéraires ou en nature dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter... à contribuer aux pertes...* ».

Selon l'article 766 alinéa 1 COCC, « *la société civile est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun des apports et constituent une personne morale pour les exploiter et se partager les profits ou les pertes qui résulteront de cette activité* ».

Ces risques et sacrifices supposent donc une véritable intention de s'associer encore appelée *affectio societatis*. Il s'agit d'un élément indispensable dans toute société. L'*affectio societatis* traduit « *l'état d'esprit* » qui doit animer chaque associé. À défaut, la société n'est plus viable car les droits et obligations résultant du contrat de société ne sont plus respectés.

« *L'entente cordiale* » originelle n'a pas toujours vocation à perdurer et, le temps aidant, les relations entre associés pourront se détériorer, allant jusqu'à rendre impossible la poursuite de l'activité en commun, et partant, à remettre en cause l'existence même de la société. Ce défaut d'entente constitue une mésintelligence ou mésentente ou encore l'altération profonde de l'accord original entre les associés ayant présidé à la création de la société et à la définition de ses modalités de fonctionnement. Cette mésentente peut revêtir de très nombreux aspects et engendrer des conséquences tout aussi nombreuses : l'abondance des décisions jurisprudentielles sur ce sujet témoigne de cette diversité et offre un large champ d'intervention au pouvoir souverain des juges du fond.

Toutefois, la mésentente ne recoupe pas toute situation conflictuelle survenant entre associés. D'autres notions du droit telle que la théorie de l'abus de droit offrent des solutions à des situations de crise sociale. La mésentente découle d'un conflit plus profond, qui a vocation à perdurer. Par définition, elle caractérise une situation de crise qui revêt une dimension exceptionnelle, du fait de sa gravité et de ses conséquences éventuelles

Les intérêts des associés s'opposent et se détachent de l'intérêt de la société. Deux conceptions se heurtent : celle qui privilégie l'intérêt de l'associé, la société n'étant

¹ Une version légèrement différente de ce texte est accessible, sous le même nom, en ligne sur le site de l'Union des magistrats du Sénégal : <http://www.ums.sn/modules.php?name=News&file=article&sid=26>.

qu'un outil à sa disposition, et celle qui fait prédominer l'intérêt social que les intérêts d'un ou de plusieurs associés ne peuvent remettre en cause.

La vie de ces sociétés est a priori très bien réglementée par la loi à travers la mise en place de structures internes, d'organes sociaux et d'un dispositif de sécurité pouvant laisser penser que la société peut naviguer seule « *dans les eaux troubles de sa démocratie* ».

Mais la réalité est toute autre. Devant l'échec des mécanismes légaux et statutaires de règlement de ces conflits, le juge s'est alors trouvé en quelque sorte les mains libres pour agir, aidé en cela par les évolutions du droit processuel. C'est d'ailleurs ce qui a fait dire à M. Nzouabeth ¹ lui-même citant MM. Gueunant, Troussier et de Vendeuil ² que « *l'examen de la jurisprudence permet de noter (désormais) que les juges autorisent, désignent, contrôlent, révoquent, remplacent, rémunèrent, temporisent, suspendent, condamnent, excluent, interdisent, ajournent, annulent, récusent et même tuent* ». Cette intervention judiciaire est très souvent critiquée du fait « *du principe de la non ingérence de la justice* » ³. Selon certains auteurs ⁴, « *ce principe découle du fait que la société est l'affaire des associés qui prennent toutes les décisions importantes... Ceci n'est d'ailleurs que qu'une conséquence du principe de la liberté de gestion qui découle lui-même de la liberté d'entreprendre dans un sens plus large. Le juge en principe doit rester en dehors de la vie sociale. Il n'entre donc pas dans une société par la porte mais uniquement par la fenêtre de la crise, lorsqu'on fait appel à lui* ».

L'hypothèse la plus répandue de cette intervention des juges est la désignation d'un administrateur provisoire. En effet, la complexité croissante du régime des sociétés et l'augmentation des risques dans la vie des affaires font que la désignation d'un administrateur provisoire, bien qu'exceptionnelle au plan des principes, est ordonnée de plus en plus fréquemment en fait. Elle n'intervient plus seulement en cas d'absence ou de défaillance des dirigeants, ce qui était son domaine traditionnel mais encore lorsqu'il y a détérioration de la situation sociale, blocage dû à des conflits entre organes sociaux ou même abus de la majorité.

Devenue une institution célèbre depuis l'arrêt Fruehauf ⁵, l'administration provisoire est cependant perçue comme une institution quelque peu mystérieuse ou ésotérique voire en marge de la légalité. C'est d'ailleurs pourquoi sa mise en place par les Tribunaux est considérée comme une immixtion dans les affaires de la société. Selon Guyon, l'« *immixtion du juge dans la vie sociale ne se fonde sur aucun texte. Elle est d'autant plus surprenante qu'elle porte atteinte à la souveraineté des associés, dont l'une des attributions essentielles consiste à nommer les dirigeants* » ⁶.

Cette « *anomalie* » apparente semble avoir une double source. Elle tient d'abord, sans doute, à l'élaboration sans texte d'une véritable institution. Il n'existe pas en effet dans l'acte uniforme de régime général de l'administration provisoire. Il n'en n'existe pas non plus dans la législation spécifiquement sénégalaise. La situation est la même qu'en France bien que postérieurement aux premières solutions jurisprudentielles, quelques lois et règlements aient visé dans des hypothèses ponctuelles l'administration provisoire (C'est le cas des articles 113, 128, 499 et 815 alinéa 6 du Code civil).

¹ Dieunedort Nzouabeth, *Les litiges entre associés*, thèse UCAD, 2005.

² Gueunant, Troussier et de Vendeuil (éds), *Le rôle du juge dans la vie des sociétés ; Glossaire*, Fidal 1993.

³ Modi Koko, juriste et enseignant à la faculté des sciences juridiques et politiques de l'université de Douala et consultant : « *Le juge ne doit entrer dans la vie de la société qu'à travers la fenêtre d'une crise grave* », entretien publié au journal *Le messenger*, <http://www.wagne.net>.

⁴ *Op. cit.*, note 3.

⁵ Fruehauf, CA Paris 22 mai 1965, *D. 1968*, p. 174, obs. R. Contin.

⁶ Guyon, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », *Mélanges Bastian*, t. 1 1974, pp. 103 et ss.

La doctrine sur la question est ancienne et abondante¹. Mais les études systématiques les plus récentes constatent l'incertitude du fondement de l'institution. C'est un domaine très souple².

Cette prudence doctrinale est d'autant plus compréhensible que les pratiques varient, dans le temps et dans l'espace. L'administration provisoire est en effet plus ou moins utilisée selon les Tribunaux, tandis qu'au sein d'une même juridiction, les pratiques évoluent selon les besoins, selon les chambres ou selon les juges.

Considéré comme un mal nécessaire, l'administrateur provisoire se verrait confier uniquement l'accomplissement d'une ou plusieurs missions spécifiques destinées à permettre la reprise d'une vie sociale normale. Cette attitude restrictive n'est pas toujours réaliste. Dans de nombreux cas, la crise qu'il s'agit de résoudre est si complexe ou risque de durer encore si longtemps que le Tribunal doit donner à l'administrateur des pouvoirs relativement généraux, afin que ce dernier puisse faire face à une situation changeante et prendre les mesures qui s'imposent pour assurer la survie de la société.

Par ailleurs, la détermination des pouvoirs de l'administrateur provisoire est empreinte de beaucoup d'incertitudes. Ni le législateur, ni les principes généraux du droit des sociétés ne fournissent d'indications précises et univoques. Au nom de la souveraineté des associés, quelques Tribunaux semblent vouloir cantonner l'administrateur dans une mission strictement délimitée qui contraste avec les pouvoirs de gestion les plus étendus reconnus aux dirigeants sous la seule limite de l'intérêt social (article 328 et 435 de l'acte uniforme).

L'examen de la jurisprudence sénégalaise révèle ainsi et à l'image de la jurisprudence française un kaléidoscope à la mesure de la diversité des situations et des missions ordonnées. La terminologie y est cependant incertaine et les missions sont parfois confuses. L'administration provisoire et le mandat ad hoc sont parfois confondus alors qu'ils ont des portées totalement différentes. La particularité de la jurisprudence sénégalaise se fait ainsi remarquer dans la détermination des conditions et des missions de l'administration provisoire qui laisse apparaître une absence de ligne de conduite claire au moment de la nomination (I). La spécificité se fait également sentir dans la pratique qui révèle surtout des ordonnances de référé en la matière et au détriment des juges du fond ce qui pose la question de la juridiction compétente (II).

I. La nomination de l'administrateur provisoire

La nomination d'un administrateur provisoire suppose la réunion d'un certain nombre de conditions lesquelles justifient d'ailleurs la mission qui lui est confiée.

A. Les conditions de l'administration provisoire

Parmi les motifs d'administration provisoire, l'absence d'organes sociaux de direction, sans qu'il puisse y être remédié selon les statuts, ne fait guère de difficultés³.

Il en va de même de la crise dans la direction de la société quand les organes continuent à fonctionner. Dans l'affaire Fruehauf⁴, la Cour d'Appel de Paris avait désigné un administrateur provisoire⁵, tout en reconnaissant que la société fonctionnait normale-

¹ Lacoïn, *Des administrateurs commis par justice*, thèse, Paris, 1898 ; A. Chassagnon, *L'administrateur provisoire des sociétés commis par justice*, thèse, Paris, 1954.

² Georges Bolard, « Administrateur provisoire et mandat ad hoc », *JCP* éd. Entreprise 1995, 1509, p. 479 ss.

³ Pour une bonne illustration, voir CA Paris, 12 février 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 410, note Le Cannu.

⁴ *Op. cit.* note 3.

⁵ Bien que l'arrêt utilise le terme de mandataire judiciaire.

ment alors que la jurisprudence antérieure, soutenue par une doctrine unanime et concordante, estimait que la nomination d'un mandataire de justice chargé de gérer la société au lieu et place de ses organes légaux n'était possible que dans l'hypothèse où la gestion ne pouvait plus être normalement assumée. Les faits de l'espèce étaient très simples. La société « *Fruehauf France* », contrôlée par un groupe financier américain avait passé en décembre 1964, avec la société des automobiles Berliet, un important marché portant sur la construction de semi-remorques. Ce matériel était destiné à l'équipement de camions vendus par la société des automobiles Berliet à la République populaire de Chine.

Ayant appris cette destination, « *les contrôleurs* » américains de Fruehauf donnèrent l'ordre au conseil d'administration de cette société d'annuler l'exécution de ce marché, jugé contraire à l'intérêt national des États Unis. Cette résiliation aurait non seulement privé la société d'un gain certain ; mais elle aurait encore perturbé très gravement l'activité de l'entreprise sans compter les dommages-intérêts que la société des automobiles Berliet aurait légitimement réclamés ; ce qui, pour Fruehauf, serait financièrement dramatique.

Devant de telles conséquences, les trois administrateurs français, dont le PDG, démissionnèrent de leurs fonctions. En dépit de la régularité formelle de leur remplacement, ils demandèrent et obtinrent en référé la nomination d'un administrateur provisoire « *chargé de gérer activement et passivement la société notamment d'exécuter les contrats en cours* ».

Mais il faut reconnaître que la jurisprudence Fruehauf était protectionniste des intérêts français de l'époque et pouvait s'expliquer compte tenu des circonstances. Le danger résulterait dans une érection en règle de cette immixtion du juge dans une société fonctionnant normalement. De façon beaucoup plus nette, la Cour de Cassation française impose deux conditions pour la nomination d'un administrateur provisoire. Il faut une « *mésentente grave entre les associés* ». Il faut aussi que cette mésentente fasse « *obstacle au fonctionnement normal de la société et la met[te] en péril* »¹.

La jurisprudence sénégalaise connue recèle quelques particularités du fait de l'absence de ligne de conduite claire.

Tantôt, elle pose deux conditions à savoir l'existence d'une mésentente grave et une atteinte aux intérêts de la société, tantôt elle adopte les positions des juges français, tantôt enfin et curieusement, le péril imminent des intérêts d'un ou de quelques actionnaires ou associés suffit à provoquer la désignation d'un administrateur provisoire.

Ainsi, le juge des référés du Tribunal régional hors classe de Dakar² a nommé un administrateur provisoire après avoir constaté que la mésentente était grave et était de nature à porter gravement atteinte aux intérêts de la société.

Dans cette affaire, l'associé minoritaire (Aduo Kouamé) détenant 47 % de la société Abdoulat Shipping Company dont le siège social se trouve à Dakar, crée une société concurrente à Abidjan, ce qui avait pour conséquence de nuire à la bonne marche de la société dakaroise en ce sens que les bateaux avaient décidé de se ravitailler à Abidjan au détriment du port sénégalais. Il s'est vu alors opposer un refus de communication de documents de la part des dirigeants de la société sénégalaise, ce qui créa un climat tel que l'*affectio societatis* commença à être remise en cause.

¹ Cass. Com 3 juin 1984 : *Bull. civ. IV*, n° 210 ; *Rev. Sociétés* 1985, p. 628, note Didier ; cas. Com. 17 janvier 1989, *Bull. civ. IV*, n° 28 ; *Rev. Sociétés* 1989, p. 209, note Guyon ; CA Paris, 5 novembre 1993, *Rev. Sociétés* 1994, p. 112, obs. Guyon.

² TRHC Dakar, ord. réf. n° 939 du 16 septembre 1996, Aduo Kouamé c/ Sadibou Ndiaye ès qualité et sté Abdoulat Shipping Company, inédit.

Dans une autre affaire ¹, le même juge des référés a retenu comme condition de désignation d'un administrateur provisoire une mésentente grave et un blocage du fonctionnement de la société.

La curiosité reste cependant cette ordonnance de référé du président du Tribunal régional de Thiès qui, après une mésentente entre associés d'une société civile immobilière (SCI Téranga), a décidé de faire arrêter les travaux de construction qui étaient en cours d'exécution et de nommer « *un mandataire judiciaire* » au seul motif que les intérêts de Kazem Sharara (un des associés) sont gravement mis en péril par Jacky Adan (l'associé gérant) de par sa gestion occulte de leur société commune ².

Sur appel de Jacky Adan, la Cour de Dakar ³ a considéré « *que s'il existe apparemment une mésentente grave entre les associés Sharara et Adan, il n'apparaît pas des pièces de la procédure que la SCI Téranga est menacée d'un péril imminent justifiant l'arrêt des travaux, lesquels, commencés depuis 1997, constituent une des raisons d'être de la société* ».

Mais la Cour d'Appel ne censure pas complètement la désignation du « *mandataire* ». Elle limite seulement sa mission à la convocation de l'assemblée générale et lui confie en plus un rôle de « *contrôleur de gestion* » de la SCI Téranga au motif que Jacky Adan était à la fois gérant des sociétés Loïla et SCI Téranga hôtel et résidences qui ont signé des contrats avec la SCI Téranga. Selon la Cour d'Appel, c'est légitimement que Moussa Kazem Sharara, qui s'est vu refuser la communication de certaines pièces, a exigé la nomination d'un mandataire de justice.

Curieuse est également cette ordonnance de référé du Président du Tribunal régional de Thiès, toujours à propos du conflit opposant les associés de la SCI Téranga ⁴. Saisie d'une demande de désignation d'un administrateur provisoire, le juge des référés, très « *remonté* » contre Jacky Adan constate qu'il existe un refus délibéré et systématique de ce dernier d'obtempérer aux différentes décisions de justice qui ont été prises dans la cause.

Ce que le juge reproche entre autres à Adan, c'est d'avoir fait fi de l'ordonnance du 2 février 1999 qui avait désigné un mandataire judiciaire avec pour mission de convoquer l'assemblée générale. En effet, alors que le mandataire judiciaire désigné avait convoqué ladite assemblée générale pour le 20 janvier 2000, le gérant Adan s'était empressé lui même de tenir une assemblée générale le 23 décembre 1999 à la suite de laquelle une motion de confiance a été votée en sa faveur par la majorité des associés.

Estimant qu'il est contradictoire de vouloir renouveler sa confiance à un gérant dont on ignore encore tout du résultat de gestion, le juge des référés a conclu que cette motion de confiance a tout l'air d'un blanc seing conféré à Adan pour les besoins de la cause, ce qui est inadmissible au vu de la jurisprudence française selon laquelle « *le pouvoir de diriger l'entreprise doit s'exercer non dans l'intérêt de la majorité des détenteurs de capitaux, mais celui de l'entreprise* » ⁵.

Pour le juge de Thiès, « *cela veut dire en clair, dans le cas d'espèce, que ladite motion de confiance de la majorité des associés de la SCI Téranga à l'endroit du gérant Adan ne saurait constituer ipso facto un brevet de bonne gestion exempte de toute critique, lesdits associés (pouvant) être guidés par d'autres considérations étrangères à l'intérêt social... ; on est tenté de croire que cette assemblée générale était destinée à mettre la justice devant le fait accompli* ».

¹ TRHC Dakar, réf. n° 950 bis du 30 octobre 1997, Maymouna Fall et Ahmet Ba c/ François Lissouk, inédit.

² Trib. Rég. Thiès, réf. 2 décembre 1999 : Kazem Moussa Sharara c/ Jacky Adan, inédit.

³ CA Dakar arrêt n°44 du 21 janvier 2000 : Jacky Adan c/ Kazem Moussa Sharara, inédit.

⁴ Trib. Rég. Thiès, réf. 30 décembre 1999, Kazem Moussa Sharara c/ Jacky Adan, inédit.

⁵ CA Paris, 22 mai 1965, D. 1968, p. 147, note Contrin.

Mais, la curiosité de cette ordonnance ne réside pas dans ces considérations bien que nous ayons jugé utile de les exposer pour mieux clarifier les faits.

Elle réside plutôt dans les conséquences qu'elle tire de cette situation pour nommer un administrateur provisoire. Le juge commence par écrire « *qu'il est constant que l'affectio societatis, fondement de toute association ne peut plus exister dans la présente cause ;... que dès lors que Kazem Sharara n'étant plus traité comme égal par les autres associés, l'intérêt social ne paraît plus normalement défendu ; qu'il y a dissentiment grave entre les associés séparés en deux clans ; que la jurisprudence a, dans de telles hypothèses ordonné la désignation d'un administrateur judiciaire ; qu'il en est de même lorsque, bien que la société fonctionne régulièrement, des faits graves susceptibles de causer à brève échéance un préjudice irréparable aux intérêts sociaux, se sont révélés ;...* ».

En effet, le juge ne reprend pas à son compte les conditions classiques de l'administration provisoire à savoir une mésentente grave et un blocage du fonctionnement de la société. Il se fonde sur la seule mésentente grave tirée du fait que Kazem Sharara n'était plus traité comme égal par les autres associés. Pour justifier cet écart, il fait sienne la jurisprudence amorcée par l'arrêt Fruehauf en soutenant qu'un administrateur provisoire peut être désigné bien que la société fonctionne normalement lorsque des faits graves susceptibles de causer à bref échéance un préjudice irréparable aux intérêts sociaux, se sont révélés.

À l'évidence, cette solution ne saurait être totalement approuvée.

D'abord, il faut relever que les initiateurs de la demande se sont trompés de procédure. Il s'agissait moins de demander la désignation d'un administrateur provisoire que de solliciter l'annulation de la délibération du 23 décembre 1999 pour la simple raison qu'une ordonnance de référé en date du 2 décembre 1999 avait dessaisi le gérant Adan de son pouvoir de convoquer l'assemblée générale et l'avait confié à un mandataire judiciaire. Cette requête serait d'autant plus fondée que la mission du mandataire de justice lui avait été notifiée comme cela résulte même des constatations du juge des référés.

Ensuite, même saisi d'une demande d'administration provisoire, le juge des référés ne devrait se suffire de la seule violation des droits de la minorité à l'exclusion de la preuve du blocage du fonctionnement normal de la société qui serait la résultante d'une mésentente grave mettant en péril l'intérêt social. Dans la jurisprudence Fruehauf qui semble avoir inspiré cette ordonnance, les circonstances ayant été à la base de l'arrêt ont pu justifier la réaction certes nationaliste des juges français. Il n'est d'ailleurs pas certain que les magistrats français auraient réagi de la même façon si les « *contrôlares* » de Fruehauf étaient français et non américains.

Dans l'affaire SCI Téranga, il n'est pas établi que la mésentente entre Sharara et Adan le gérant mettait en péril les intérêts de la société et serait de nature à faire obstacle à son bon fonctionnement.

Les conditions de nomination de l'administrateur provisoire précisées, il reste à voir les missions confiées à ce dernier.

B. La mission de l'administrateur provisoire

Il faut tout d'abord préciser que la désignation de l'administrateur provisoire entraîne un dessaisissement des organes sociaux. Unanimement admise en doctrine, la solution est clairement consacrée en jurisprudence : selon la Cour de Cassation françai-

se, l'administration provisoire prive les dirigeants sociaux de leur pouvoir ou encore l'administrateur provisoire est substitué aux organes de la société ¹.

La notion de dessaisissement renvoie au droit des procédures collectives, où elle est traditionnellement discutée ². Quelle que puisse être la nature du dessaisissement dans les faillites, il immobilise l'actif et le passif du débiteur et sans doute son patrimoine tout entier, au jour de la liquidation des biens. L'article 53 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif le rappelle. Selon ce texte, la décision qui prononce la liquidation des biens emporte de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à la clôture de la procédure dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit. L'immobilisation constatée donne une destination nouvelle au patrimoine du débiteur. Il était affecté à l'intérêt propre du débiteur, à l'intérêt social si le débiteur était une société. Désormais, l'intérêt du débiteur est occulté au profit de ses créanciers, de ses salariés, de la survie de l'entreprise.

Le dessaisissement qu'opère l'administration provisoire est tout autre. Comme l'énonce la Cour de Cassation française, l'administrateur provisoire est « *investi judiciairement des pouvoirs conférés par la loi à un dirigeant social* » ³. La situation juridique de la société n'est donc pas modifiée. Les dirigeants sociaux sont dessaisis de la gestion de la société. La société elle-même n'est pas dessaisie de son patrimoine. Elle en est pleinement maîtresse. Il n'est pas immobilisé.

L'administrateur provisoire, décide encore la Cour de Cassation, l'organe social dessaisi « *est privé de tous ses pouvoirs en suite de la désignation d'un administrateur provisoire* » lequel lui est « *substitué* » ⁴.

Ainsi, ce n'est pas la société qui est dessaisie, ce sont les organes sociaux ou certains d'entre eux.

Comme l'organe social auquel il est substitué, l'administrateur provisoire doit agir dans l'intérêt social conformément aux statuts et à l'objet social.

Et de fait, la grande majorité des décisions qui nomment un administrateur provisoire se contentent de fixer sa mission de manière très générale notamment en le chargeant de gérer la société tant activement que passivement ⁵.

La formulation générale de la mission de l'administrateur provisoire revient donc à lui confier le maximum d'initiatives ⁶. Et même lorsque le Tribunal donne à l'administrateur provisoire une mission plus précise, il lui laisse la faculté de prendre lui même les décisions.

L'arrêt Fruehauf ⁷ est à cet égard typique. Dans cette affaire, la Cour d'Appel de Paris n'a pas donné ordre à l'administrateur d'exécuter les contrats que les majoritaires

¹ Cass. 2^{ème} civ. 12 juillet 1976: *Bull. Civ.* II, n° 251 ; Cass. Com. 15 mai 1990 : *Bull. civ.* IV, n° 148. La Cour d'Appel de Paris retient également la notion de dessaisissement : voir par exemple CA de Paris, 7 juin 1990, Courrèges.

² Voir Ripert et Roblot, *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, t. 2, 9^{ème}, Paris, LGDJ, n° 146.

³ Cass. Com. 6 mai 1986 : *Bull. civ.* IV, n° 77 ; *Rev. Sociétés* 1987, p. 286, obs. Guyon ; Cass. 2^{ème} civ. 22 juillet 1986 : *Bull. civ.* II n°224 ; *JCP* 1986, ed. G.O p. 311 ; CA Paris, 7 juin 1990, Courrèges.

⁴ Cass. Com. 15 mai 1990 et Cass. Com. 2^{ème} civ. 12 juillet 1976 préc. note 90.

⁵ Rouen, 25 septembre 1969, *JCP* 1970 II, 16219 ; note Y. Guyon. Trib. Com. Toulouse 24 mai 1972, *Gaz. Pal.* 1972, II, p. 586.

⁶ Guyon, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », *Mélanges Bastian*, t. 1, 1974, pp. 103 et ss., pp. 106 et ss. ; M. Azencot, *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse, Paris II, 1979, pp. 315 ss.

⁷ *Op. cit.*, note 3.

voulaient abusivement résilier pour se conformer aux injonctions de l'administration américaine.

Le juge se contente donc très souvent de nommer un administrateur et de fixer de façon générale sa mission bien qu'il se soit parfois reconnu le droit d'imposer à l'administrateur provisoire la conclusion d'un acte si cela lui paraît nécessaire¹. Cette intrusion s'explique par l'existence d'un transfert des pouvoirs de l'organe compétent à l'administrateur provisoire. La jurisprudence rappelle volontiers que l'administrateur provisoire, substitué à un organe social, est investi de ses pouvoirs statutaires. « *Il est investi judiciairement des pouvoirs confiés par la loi à un dirigeant social* ». Il est « *chargé des pouvoirs les plus étendus pour gérer et administrer la société* », « *d'un mandat général de gestion de la société* »².

C'est encore dans la mesure des pouvoirs de l'organe social dessaisi que³ l'administrateur bénéficie d'une liberté d'action justement soulignée. Sauf décision contraire du juge, il appartient à l'administrateur provisoire d'apprécier en opportunité les actes à accomplir. L'administrateur provisoire exerce temporairement les fonctions de l'organe social auquel il est substitué.

Malgré tout cela cependant, la mission de l'administrateur judiciaire reste provisoire et conservatoire ce qui tempère un peu ce transfert de pouvoirs. Quelle que soit en effet leur étendue, les pouvoirs de l'administrateur provisoire ne sont pas tout à fait ceux de l'organe social dessaisi. Ils sont limités par la nature provisoire et conservatoire de la mission conférée par le juge.

Dans un arrêt de 1974⁴, la Cour de Cassation précise que « *la mission donnée à l'administrateur qu'elle a désigné n'enlève pas à sa décision son caractère conservatoire* ». Autrement dit, l'administrateur doit s'abstenir de toute décision irréversible pour l'avenir de la société : « *telle doit être la règle générale* »⁵. L'administrateur « *doit faire tout ce qui est utile à la survie de la société, mais rien de plus que ce qui est nécessaire* ». Il ne peut donc avoir les audaces d'un chef d'entreprise. Sa présence dans la société étant temporaire, il ne saurait ni engager l'avenir, ni revenir sur des actes régulièrement conclus avant son entrée en fonction⁶.

Cette règle a une portée certaine. Elle signifie en effet que même substitué au conseil d'administration, l'administrateur provisoire ne saurait agréer de nouveaux actionnaires conformément aux statuts, ni même convoquer une assemblée générale extraordinaire s'il dispose de simples « *pouvoirs d'usage* »⁷.

Au Sénégal, certaines missions confiées à des administrateurs provisoires ne rentrent véritablement pas dans leurs compétences classiques. Ces missions sont en effet prisonnières des qualifications hybrides et indéterminées⁸ parfois retenues.

¹ Civ. 2^{ème}, 5 avril 1962, *Bull. Civ.* II, n° 381, P. 271 ; Civ. 3^{ème} 11 mai 1982, *Bull. Joly*, 1982, p. 590 ; Cass. 3^{ème} Civ. 19 fév. 1970, n° 63-13, 866, p. 271 ; *Bull. cass. Civ.* III, n° 123, p. 90. ; *Cass. Civ.* 11 mai 1982, n° 80, 17, p. 295 ; *Bull. Joly*, 1982, p. 590.

² Cass. Com., 6 mai 1986 ; IV, n° 77 ; *Rev. Sociétés* 1977, p. 286, obs. Guyon ; *Defrénois* 1987. Art. 33950, p. 606, note J. Honorat. Cass. 1^{ère} Civ. 22 juillet 1986 ; *Bull. Civ.* I n° 224 ; *JCP* 1986, ed. G. IV, P. 311 – CA Paris, 7 juin 1990, Courrèges.

³ Y. Guyon, *op. cit.*, note 22.

⁴ Cass. 1^{ère} Civ. 9 juillet 1974 : *Bull. Civ.* I., n° 222.

⁵ Georges Bolard, « Administrateur provisoire et mandat ad hoc : du fait ou du droit », *JCP* 1995, éd. Entreprises, 1509, pp. 479 ss.

⁶ Y. Guyon, *op. cit.*, note 22.

⁷ Cass. Com. 27 octobre 1969, *Bull. Civ.* IV, n° 314 ; *RTD Com.*, 1970, p. 423, obs. Houin. - 7 mars 1956 : *JCP* 1956, éd. G. II 9356, note D.B.

⁸ En France, un séquestre d'actions de sociétés a été qualifié d'administrateur séquestre ou de mandataire ad hoc (CA Paris 10 mars 1988 : *D.* 1989, p. 359, note Laroche-Gisserot), une demande d'administrateur provisoire peut être satisfaite par la désignation d'un médiateur (TGI, Paris réf. 16 novembre 1988 : *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 790, note Fourgoux) ou d'un contrôleur de gestion (Cass. Com 10 janvier 1972, *JCP* 1972

Ainsi, le juge des référés du Tribunal régional hors classe de Dakar a, dans une affaire ¹, désigné un administrateur provisoire avec pour mission « *de recenser l'ensemble des créances exigibles..., de mettre en place les procédures de gestion nécessaires à la reprise et au maintien de l'activité pendant la phase de restructuration, d'une façon générale, de faire tout ce qui est nécessaire pour assister les organes de gestion de la société* » ; ce qui ressemble fort bien à un mandataire ad hoc du fait de l'absence de dessaisissement. De même, le juge des référés de Dakar ² a nommé un administrateur provisoire en lui assignant la mission de procéder à l'audit de la gestion financière des deux cogérants, ce qui fait penser à l'expertise de gestion.

Au Sénégal, les juges confondent parfois l'administration provisoire et le mandat ad hoc qui n'emporte pas dessaisissement. Ainsi, le juge des référés du Tribunal régional hors classe de Dakar ³ a désigné un administrateur provisoire avec pour mission de procéder à l'audit de la gestion financière des deux cogérants, de faire un état de situation de libération de capital et la franchise entre la société « *Sitrat Boutique Sénégal* » et « *Martinsart* ».

Une telle mission devrait plutôt appeler à la désignation d'un mandataire contrôleur de gestion parce qu'elle ne dessaisit pas les organes légaux de leurs pouvoirs.

Comme l'administrateur provisoire des sociétés, le mandat ad hoc est une création jurisprudentielle. Mais contrairement à l'administrateur provisoire qui est un organe de dessaisissement, le mandat ad hoc est un organe d'assistance des organes légaux lesquels conservent leurs pouvoirs. Pouvant être considéré comme son dérivé, le mandat ad hoc constitue une soupape de sûreté tolérée pour tempérer la rigueur du droit et combler les lacunes de la loi ⁴. Aussi, contrairement à l'administration provisoire, le mandataire ad hoc n'a pas de pouvoirs de représentation. Le mandat ad hoc se rattache alors à la notion commune de mandat évocatrice d'un ordre, ou d'une mission ⁵. En procédure civile, on parle plutôt de « *mission* ». Ainsi, selon l'article 156 du Code de Procédure civile, « *lorsqu'au cours d'un procès ou avant tout procès, l'appréciation des faits de la cause ou des mesures à ordonner exige des connaissances qui sont étrangères au juge, l'expertise est ordonnée par un jugement qui énonce la mission...* ».

Le mandataire ad hoc, dans cette acception exclusive d'un pouvoir de représentation, reçoit mission d'accomplir certains actes ou de déployer une certaine activité dans le but fixé par le juge.

Le mandataire ad hoc reçoit assez souvent mission de tenter la conciliation des parties, ou d'exploiter les voies et moyens d'une telle conciliation. On sait que comme l'administrateur provisoire, la désignation du mandataire ad hoc n'a pas de fondement légal. La mission du conciliateur peut-il alors entrer dans les prévisions des articles 7 et 30 du Code de Procédure civile sénégalais ?

Ces textes n'envisagent pas le recours à un tiers pour favoriser la conciliation. Il investit le juge de cette mission et il peut le faire dans toutes les affaires. On peut se demander si ces textes sont aussi réducteurs que cela. En effet, si l'objectif visé est d'amener les parties à la conciliation, ces textes ne devraient pas s'opposer à ce que le

éd. G, II, 17134, note Y. Guyon.), Au juge qui avait désigné un enquêteur simultanément médiateur, on a fait grief d'instituer un sous « administrateur provisoire » (A. Viandier, ss T. Com. Paris, réf. 14 février 1990 ; *JCP* 1990 éd. G, II, 21561).

¹ TRHC de Dakar, 16 janvier 1995, Conseil d'administration Express Transit c/ Société Express Transit, n° 1511, inédit.

² TRHC Dakar, réf. n° 950 bis du 30 octobre 1997, Maymouna Fall et Ahmet Ba c/ François Lissouk, inédit

³ *Op. cit.*, note 33.

⁴ G. Bolard, *op. cit.*, note 28.

⁵ Cette conception est celle apparemment retenue en droit pénal dans les mandats de dépôt d'amener ou arrêt.

juge fasse recours à un tiers pour ensuite procéder à une sorte d'homologation du procès verbal de conciliation.

En France, l'article 21 du nouveau Code de Procédure civile prévoit aussi qu'il entre dans les missions du juge de concilier les parties. Mais la Cour de Cassation française a considéré que « *la médiation dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 du nouveau Code de Procédure civile tendant au règlement amiable des litiges* »¹. Cette solution a d'ailleurs été finalement consacrée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 en ses articles 21 et suivants.

Le mandataire ad hoc peut aussi recevoir une mission de contrôle de gestion encore appelée mission d'observation ou de surveillance de gestion.

Il faut cependant distinguer le contrôleur de gestion du séquestre d'actions qui est une mesure permettant de confier provisoirement des actions litigieuses à un séquestre dans l'attente d'une décision au fond sur leur sort². Le séquestre vise le patrimoine des actionnaires. Il ne vise pas le patrimoine social sauf à adjoindre au séquestre d'actions un administrateur provisoire de la société³.

C'est précisément la société que vise le contrôle de gestion proprement dit comme il résulte de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation française le 10 janvier 1972⁴.

Alors que le litige au fond portait sur le droit des nouveaux actionnaires de démanteler la société, les anciens actionnaires, demandeurs en résolution de la vente des actions, avaient obtenu en référé, que pendant le procès au fond, défense soit faite de disperser les actifs sociaux, un « *contrôleur de gestion* » recevant « *mission de veiller à l'exécution de cette défense* »

Le mandataire ad hoc peut enfin recevoir une mission d'enquête encore appelée mandat du commissaire enquêteur. À cet effet, on peut relever deux types d'enquêtes dont l'une peut être qualifiée de simple, alors que l'autre est plutôt complexe.

Saisis d'une demande d'administration provisoire, certains juges français désignent d'abord un enquêteur afin de vérifier le bien fondé de la demande⁵. Il s'agit de l'enquête simple.

Bien sûr, l'enquête peut déboucher sur un autre mandat ad hoc, plutôt que sur une administration provisoire⁶.

Ce type d'enquête ressemble fort bien à celui prévu par l'article 156 du Code de Procédure civile sénégalais selon lequel lorsqu'au cours d'un procès, ou avant tout procès, l'appréciation des faits de la cause ou des mesures à ordonner exige des connaissances qui soient étrangères au juge, l'expertise est ordonnée par un jugement et ne peut porter que sur des questions techniques.

En revanche, il ne s'agit certainement pas d'enquête au sens des articles 132 et suivants du Code de Procédure civile ouverte pour entendre des témoins.

¹ Cass. Civ. 16 juin 1993, *Bull. civ.* II, n° 211, *JCP* 1993, éd. G, IV, 2116.

² Voir CA Paris 18 mars 1988, *op. cit.*, note 321 ; Trib. com. Paris, réf. 30 mai 1989, LVMH.

³ Voir l'espèce tranchée par CA Paris 27 février 1980, *Rev. Sociétés*. 1981, p. 109, note Bousquet ; sur les hésitations quant aux pouvoirs d'administration du séquestre, voir par exemple H. Fenaux, *Rep. Proc. Civ. Dalloz V° séquestre*, n° s 54 et ss.

⁴ Cass. Com. 10 janvier 1972 : *JCP* 1972, éd. G, II, 17134, note Guyon ; *Rev. Sociétés* 1972, p. 644, obs. Houin ; *Rev. Sociétés* 1973, p. 118 note Courdert.

⁵ Cass. 1^{ère} civ. 25 oct. 1989 ; *Bull. civ.* I, n° 332. – CA Paris 27 février 1980, *Rev. Sociétés* 1981, p. 109, note Bousquet ; Trib. Com. Paris 23 mars et 20 avril 1989, quartel.

⁶ Voir CA Paris 27 février 1980, *Rev. Sociétés* 1981, p. 109, note Bousquet.

Il y a également des cas où la mission de l'enquêteur est plus vaste, comme l'a révélé l'affaire Pétrossian ¹. Il s'agit d'un exemple d'enquête complexe.

Dans cette affaire, l'enquêteur n'était pas seulement chargé de faire rapport « *sur la situation de l'entreprise et l'opportunité de faire droit à la demande* ». Il devait aussi rechercher « *les causes des dissensions* » au sein du groupe Pétrossian et les « *conséquences du conflit... vis-à-vis de l'intérêt supérieur du groupe, déterminer si la structure actuelle du groupe...(était) adaptée à une gestion appropriée et sereine...faire rapport sur la situation financière... inviter les parties sous sa médiation, à trouver une solution amiable dans l'intérêt supérieur du groupe* ». La mission a été qualifiée de « *sous administration provisoire* » ou « *d'administration provisoire au petit pied* ».

On a reproché à la solution Pétrossian d'anéantir les conditions restrictives de l'expertise de gestion (prévue dans l'espace OHADA par les articles 159 et 160 de l'AUSC GIE).

Selon M Daigre ², « *le demandeur en référé a obtenu une mesure d'instruction à laquelle les règles de fond du droit des sociétés ne lui auraient pas permis de prétendre* ».

Pour MM Cozian et Viandier, « *dès lors que le législateur a clairement restreint les possibilités d'enquête et d'expertise, est-il concevable, sous couvert d'enquêteur, d'évacuer ces restrictions et de faire avec cet enquêteur ce que l'on ne pourrait pas faire avec un expert de gestion?* » ³.

Pour notre part, nous ne pensons pas qu'on puisse s'élever à ce point contre toute demande d'expertise autre que l'expertise des articles 159 et 160 de l'AUSC GIE. En effet, l'expertise de gestion est très différente du mandat du commissaire enquêteur. Elle doit, selon la loi, porter sur une ou plusieurs opérations de gestion ou pour reprendre l'expression de la Cour de Cassation, elle doit avoir pour but de déterminer la valeur et la portée d'une ou plusieurs opérations de gestion ; elle ne peut avoir pour objet de remettre en cause la régularité et la sincérité des comptes sociaux ⁴.

Alors que l'expert de gestion a seulement la possibilité de fournir au juge les éléments de fait nécessaires à la solution judiciaire du litige, le Commissaire enquêteur se limite, sauf difficulté d'interprétation de sa mission, à promouvoir auprès des parties une solution d'ensemble, technique, juridique et humaine du litige qui a conduit à sa désignation.

On ne peut reprocher à la solution Pétrossian d'anéantir les restrictions de l'expertise de minorité. Tout au plus, dérogerait-elle à l'expertise préventive traditionnelle dans la mesure où le commissaire enquêteur reçoit généralement une mission de conciliation. Il se voit le plus souvent invité à proposer une solution juridique du litige alors que l'homme de l'art investi de la mission d'une expertise préventive se le voit interdire (article 156, 172 du Code de Procédure civile).

Au surplus, on ne peut interdire au juge saisi d'un litige d'ordonner une mesure d'instruction sur ledit litige. Le juge est, dans l'affaire Pétrossian, saisi d'un litige relatif au fonctionnement de la société. On lui avait demandé de désigner un administrateur provisoire ou un contrôleur de gestion, ou de prononcer toute autre mesure conservatoire ou provisoire. On ne saurait lui interdire de rechercher la vérité des faits litigieux.

¹ Trib. com. Paris 14 février 1990 : *JCP* 1990, ed. G II, 21560, note A. Viandier ; *RTD Com* 1990, p. 585, obs. Champaud ; et en appel CA Paris 7 mars 1990 : *Rev. Sociétés* 1990, p. 256, note Daigre.

² J.J. Daigre, in *Rev. Sociétés* 1990, p. 260.

³ MM Cozian et Viandier, *Droit des sociétés*, 8^{ème} éd., Paris, Litec, n° 479 et ss.

⁴ Cass. Com 29 novembre 1983, *op. cit.*, note 191.

Mais, lorsqu'il s'agit de désigner véritablement un administrateur provisoire, les juges sénégalais s'inscrivent dans la mouvance consistant à définir à l'administrateur provisoire une mission de manière générale.

Ainsi, le juge des référés¹ a donné à un administrateur provisoire la mission de recenser l'ensemble des créances exigibles, vérifier les montants dus et négocier avec les créanciers des moratoires de remboursement, de mettre en place des procédures de gestion nécessaires à la reprise et au maintien de l'activité pendant la phase de restructuration.

Aussi, les juges² ont-ils donné à un administrateur provisoire la mission d'assurer la gestion sociale jusqu'à la décision (des majoritaires) à intervenir dans un délai de deux mois et au plus tard à la fin de l'exercice social, de convoquer une assemblée générale pour ce faire, de dresser le bilan de la société.

Si point n'est besoin d'un texte spécial pour autoriser le juge à trancher les litiges³, il faut cependant déterminer la juridiction compétente.

II. La question de la juridiction compétente

A. Le choix de la juridiction des référés

Il n'est pas contesté que la juridiction de fond ordinaire (Tribunal régional) dispose d'un tel pouvoir ni que la société doive être assignée.

Mais la pratique au Sénégal révèle surtout des décisions de référé. Contrairement en France où des ordonnances sur requête désignant des administrateurs provisoires sont fréquentes, au Sénégal les articles 820-1 et suivants du Code de Procédure civile ne semblent pas favoriser la saisine du juge des requêtes.

En effet, selon l'article 820-1 du Code de Procédure civile « *dans les limites de sa compétence, le président du Tribunal départemental ou le président du Tribunal régional, selon le cas, est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi et les dispositions réglementaires* ».

« *Il peut également, dans les mêmes limites, ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement* ».

Quand on sait que les circonstances justifiant la désignation d'un administrateur provisoire exigent en elles-mêmes un débat contradictoire, on peut légitimement comprendre la pauvreté de la jurisprudence sénégalaise en matière d'ordonnance sur requête dans ce domaine. En effet, c'est souvent à la suite d'une mésentente entre minoritaires et majoritaires pouvant entraîner le blocage du bon fonctionnement de la société que la désignation d'un administrateur provisoire est sollicitée.

Comme son nom l'indique, l'administrateur provisoire est désigné pour une durée limitée, ses fonctions sont temporaires, sa désignation ne vaut pas décision sur le fond du litige. « *La nomination d'un administrateur provisoire* », décidait naguère la Cour de Cassation française, « *est une mesure n'entrant dans la compétence du juge des référés que s'il n'est pas amené, pour l'ordonner, à prendre parti sur l'existence des*

¹ TRHC Dakar, *op. cit.*, note 32.

² TRHC Dakar, ord. réf. n° 939 du 16 septembre 1996, Aduo Kouamé c/ Sadibou Ndiaye ès qualité et sté Abdoulahat Shipping Company, inédit

³ Georges Bolard, « Administrateur provisoire et mandat ad hoc », *JCP*, éd. Entreprise, 1995, 1509, pp. 479 ss.

droits revendiqués, que les juges appelés à connaître du fond du litige auront à apprécier »¹.

C'est la nature du dessaisissement opéré qui autorise le référé. Ici le dessaisissement est provisoire et ne concerne que les pouvoirs des organes en présence.

Au Sénégal, seul le juge du fond (et donc le Tribunal régional), peut ouvrir la liquidation judiciaire car, le dessaisissement qui en résulte est par nature définitif. Ainsi, les créanciers postérieurs au dessaisissement seront créanciers de la masse et le patrimoine de la société débitrice est désormais affecté à d'autres buts que l'intérêt social.

Le dessaisissement de l'administration provisoire dessaisit seulement les organes sociaux. Il peut être temporaire car la situation juridique de la société n'est pas modifiée.

Encore faut-il bien sûr que les conditions du référé soient réunies.

B. Le respect des conditions du référé

L'article 247 du Code de Procédure civile autorise le juge des référés à ordonner « *dans tous les cas d'urgence...toutes les mesures... que justifie l'existence d'un différend* ».

L'administration provisoire trouve sa source dans un litige et dans le péril social qu'il révèle.

L'article 248 ouvre aussi le référé en vue d'une « *mesure conservatoire* » propre à « *prévenir un dommage imminent* ». Par nature l'administration provisoire est conservatoire et l'atteinte à l'intérêt social peut effectivement constituer un dommage irréversible imminent.

En jurisprudence, la constatation de l'urgence fait rarement problème. Aussi bien en France qu'au Sénégal, elle peut être induite des circonstances par ailleurs relevées. Ainsi, la Cour de Cassation française admet-elle qu'une « *Cour d'Appel (ait) caractérisé implicitement l'urgence au sens de (la loi)* »². Elle rejette un pourvoi aux motifs que, selon les constatations de l'arrêt « *la mésentente existant entre les associés rendait anormal le fonctionnement de la société et... que l'annulation prévisible à brève échéance de la désignation des dirigeants sociaux entraînerait de très graves conséquences pour les sociétés auxquelles il fallait immédiatement porter remède* » ce qui, aux yeux des hauts magistrats, justifiait légalement la décision des juges du fond.

L'examen des décisions des juridictions sénégalaises disponibles révèle que dans certains cas, le juge des référés s'est parfois déclaré compétent sans auparavant avoir caractérisé l'urgence ou même sans l'avoir simplement invoqué alors qu'elle apparaissait comme une condition dans ces cas précis.

Ainsi, dans l'affaire Sadibou Ndiaye c/ société Abdoulat Shipping Sompany, le juge des référés a statué comme s'il avait une compétence de droit commun³. Il en est de même également dans l'affaire Maymouna Sall et Ahmet Ba c/ François Lissouk⁴ où la juridiction des référés ne mentionnait pas l'urgence dans ses motifs.

De telles ordonnances encourent donc nécessairement l'infirmité.

¹ Cass. 3^{ème} civ. 15 janvier 1975, *Bull. civ.* III, n° 17 ; *D.* 1975, inf. rap., p. 61. Plus récemment, Cass. 1^{ère} civ. 4 mai 1994, *Bull. civ.* In° 161 ; *JCP* 1994, éd. G. IV, 1657.

² Cass. 1^{ère} civ. 25 octobre 1989, *Bull. Civ.* I, n° 32.

³ *Op. cit.*, note 48.

⁴ *Op. cit.*, note 33.

Par contre, pour désigner un administrateur provisoire le juge des référés du Tribunal régional de Thiès a constaté « *qu'il y a ... urgence avérée dans la mesure où il y a une mésentente entre Sharara, associé de la SCI Téranga et son gérant attitré Jacky Adan* »¹.

Plus précis dans un procès opposant les mêmes parties, le juge des référés de Thiès a caractérisé l'urgence qui selon lui, résulte du fait que « *les contestations élevées par Jacky Adan n'étaient pas considérées comme sérieuses... que ces raisons se sont amplifiées en raison du défi permanent de Jacky Adan à l'endroit de l'autorité judiciaire dont il a, jusqu'aujourd'hui, superbement ignoré ses décisions injonctives exécutoires pourtant de plein droit ; que cette ... saisine n'est que la résultante et le prolongement naturel des deux premières dont le résultat est resté infructueux en raison du comportement désinvolte non coopératif, voire obstructionniste du gérant Jacky Adan ; que ce mépris condamnable de Jacky Adan à l'égard du Tribunal... dont il n'a fait que foin de ses décisions, risque évidemment d'obérer irrémédiablement les intérêts de l'associé Sharara...* ».

Si l'on fait abstraction du « *ton* » un peu « *énervé* » du juge, force est de constater que les circonstances relatées par celui-ci sont suffisamment graves et périlleuses pour le fonctionnement de la société pour justifier la saisine du juge des référés.

On soutient également que le juge des référés ne doit pas préjudicier au fond du litige. En effet, sa décision n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée (article 252 CPC).

L'ordonnance du président du Tribunal régional de Dakar du 1^{er} décembre 1997 (Sadi-bou Ndiaye c/ Aduo Kouamé) constitue une excellente illustration du caractère provisoire de la décision de référé en matière de désignation de l'administrateur provisoire.

Suite à une ordonnance présidentielle en date du 16 septembre 1996, le sieur Gory Ndiaye a été désigné comme administrateur provisoire après constat d'une mésentente grave entre les associés de la société AASCO. Il avait reçu pour mission de gérer provisoirement la société, de convoquer l'assemblée générale des associés et d'établir le bilan de la société.

Par ordonnance du premier président de la Cour d'Appel de Dakar en date du 18 novembre 1996, un sursis à exécution des dispositions de l'ordonnance du 16 septembre 1996 sauf en ce qu'elle désigne un administrateur provisoire avec pour mission de convoquer l'assemblée générale fut ordonné.

L'expert Gory Ndiaye, interprétant mal l'ordonnance du premier président refusa de convoquer l'assemblée générale parce que, selon lui, n'ayant plus cette compétence. C'est ainsi que le 21 mai 1997, il fut remplacé par ordonnance à pied de requête par le sieur Paul Khoury avec toujours pour mission de convoquer l'assemblée générale. C'est alors que l'ex gérant (Sadibou Ndiaye) démis de ses fonctions par l'assemblée générale saisit le juge des référés aux fins de rétractation de l'ordonnance du 21 mai 1997.

Après avoir déclaré recevable l'action de Sadibou Ndiaye non pas en qualité de gérant (parce que dessaisi par ordonnance du 21 mai 1997) mais en son nom en sa qualité d'associé, le président du Tribunal s'est déclaré incompétent au motif d'une part, que la nomination par ordonnance à pied de requête de l'expert (Paul Khoury) aux fins de procéder à la convocation de l'assemblée générale ne saurait être contestée par la voie de la rétractation en dépit des contestations sérieuses relatives à l'administration de la société et d'autre part (et surtout), « *que la contestation de la nomination d'un nouveau gérant suite à la convocation de l'assemblée générale par l'expert Khoury ne*

¹ Op. cit., notes 13 et 15.

saurait survenir sans que l'irrégularité¹ des organes issus de ladite assemblée ne soit remise en cause, toutes choses étant de la compétence naturelle du juge du fond ».

Pour le juge des référés de Dakar, rétracter l'ordonnance de mai 1997 désignant Paul Khoury conduirait à remettre en cause la régularité des organes issus de l'assemblée générale, épousant justement ainsi les conclusions d'Aduo Kouamé associé selon lesquelles le juge des référés ne saurait se prononcer sur la rétractation de l'ordonnance querellée sans porter atteinte au fonctionnement régulier de la société.

À la vérité, le juge des référés semble se soucier plus des conséquences d'une éventuelle rétractation qui conduirait inévitablement à une cascade de dessaisissement des organes mis en place par l'assemblée générale convoquée par l'administrateur provisoire dont la rétractation de l'ordonnance nominative est sollicitée. En effet, rien dans les motifs invoqués ne constitue un obstacle à sa compétence. Au contraire, ce sont les contestations sur la façon dont la société est gérée qui ont entraîné une mésentente grave mettant en péril la vie de la société.

On a déjà vu que cette situation périlleuse de blocage du fonctionnement de la société est plutôt de nature à justifier l'urgence exigée en matière de référé. Au surplus, le législateur sénégalais offre une sorte d'alternative au juge des référés entre deux solutions : adopter la contestation sérieuse et se déclarer incompétent et considérer que l'existence d'un différend justifie les mesures sollicitées (article 247 CPC).

Cela dit, il importe de retenir que cette ordonnance de référé est un condensé d'incohérences et d'amalgames et renseigne en partie sur ce que le juge des référés ne doit pas faire.

D'abord, ce n'est pas la nomination du nouveau gérant qui est contestée parce qu'elle est postérieure (le 14 juillet 1997) à la désignation de monsieur Paul Khoury en qualité d'administrateur provisoire (le 21 mai 1997). C'est plutôt le remplacement par ce dernier du premier mandataire de justice (Gory Ndiaye) qui a été déféré au juge de l'urgence. Ce dernier avait donc le pouvoir de statuer sur cette demande et de rendre une ordonnance de rétractation ou de rejet s'il estime le cas échéant que le remplacement se justifie.

Ensuite, dans sa relation des faits, le juge des référés révèle le non-respect du parallélisme des formes en ce qu'un juge s'est permis par ordonnance à pied de requête, de censurer une ordonnance de référé en révoquant et en remplaçant le mandataire judiciaire désigné.

Enfin, l'ordonnance à pied de requête désignant un administrateur provisoire ne peut être attaquée que par la voie de l'appel devant le premier président de la Cour d'Appel (ou le président du Tribunal régional si l'ordonnance querellée est rendue par le président d'un Tribunal départemental selon l'article 820.4 CPC) ou par la voie de la rétractation auquel cas la demande est adressée au juge qui l'a rendu (article 820.8 CPC).

Notons que rien ne s'oppose à ce que ce dernier provoque un débat contradictoire pour donner suite à la demande de rétractation.

Le problème de la compétence du juge des référés s'est aussi posé dans l'affaire Bara Tall c/ Cheikh Tall Dioum – Youssou Ndour² et au Burkina Faso dans l'affaire Soyaf³ qui pourrait intéresser les juges sénégalais.

Dans la première affaire, les faits étaient très simples.

¹ Nous pensons que le juge a voulu dire la régularité au lieu de « l'irrégularité ».

² TRHC Dak., réf. n° 583 du 23 avril 2003 Bara Tall c/ C.T Dioum - Y. Ndour : – en appel CA de Dakar, arrêt n° 564 du 26 décembre 2003, inédit.

³ TGI Ouagadougou, réf n° 152 du 19 juin 2003 ; - en appel, CA de Ouagadougou, réf. 1^{er} président n° 57 du 31 juillet 2003, inédits.

La société COM 7 SA constitue avec la société 7 Éditions SA et la société 7 FM le groupe COM 7 avec trois administrateurs que sont Bara Tall, Cheikh Tall Dioum et Youssou Ndour.

Sur convocation de son président, le conseil d'administration avait, par délibération datée du 23 juillet 2002, accepté la démission de madame Jacqueline Fatima Bocoum, directrice générale, et nommé monsieur Mandoumbé Dioum comme nouveau directeur général. Le conseil avait également consenti au nantissement opéré par Cheikh Tall Dioum, par le biais de la société AUDIOCOM, des actions du groupe COM 7 au profit de monsieur Pierre Ayim et décidé de la convocation de l'assemblée générale ordinaire de la société pour le 7 août 2002.

C'est ainsi que Cheikh Tall Dioum et Youssou Ndour saisirent le juge des référés du Tribunal régional hors classe de Dakar pour « *entendre constater* » l'irrégularité et déclarer nulles toutes les délibérations de cet organe au motif que le premier nommé n'a pas été convoqué et que le second n'a donné procuration pour le représenter ni à Bara Tall, ni à quelqu'un d'autre.

Bara Tall, pour sa défense avait alors soulevé l'incompétence du juge des référés en faisant valoir l'existence d'une contestation sérieuse au sens de l'article 247 CPC. Il tirait cette contestation sérieuse des circonstances ayant présidé à la réunion du conseil d'administration du 23 juillet 2002, la décision de la direction générale de déposer le bilan et de demander la désignation d'un administrateur provisoire, le risque de suppression de 150 emplois et plus décisivement l'acte de nantissement consenti par Cheikh Tall Dioum par le biais de la société AUDIOCOM au profit du sieur Pierre Ayim et qui portait sur l'intégralité des actions du groupe COM 7 à savoir 3900 actions de la société COM 7, 585 actions de la société 7 Éditions et 390 actions de la société 7 FM. Il tirait également cette contestation sérieuse du fait que selon lui, les arguments soulevés contre la délibération du conseil d'administration étaient contestables dans la mesure où les procès verbaux du conseil étaient sincères en application de l'article 459 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales selon lequel « *les procès verbaux sont certifiés sincères par le président de séance et au moins par un administrateur parce qu'ayant été signés par lui-même, administrateur de son état* ».

Toujours selon Bara Tall, le conseil d'administration avait régulièrement statué, car Youssou Ndour avait donné procuration à un nommé Djibril Ndiaye pour assister à la réunion du conseil du 23 juillet 2002 et le remplacement du sieur Ndiaye par lui-même s'appuyait sur un motif légal selon lequel à l'occasion de la réunion du conseil d'administration d'une société, un administrateur ne peut être représenté que par un autre administrateur.

S'agissant de l'absence de Cheikh Tall Dioum, Bara Tall avait estimé qu'il ne pouvait prendre part au vote en ce qui concerne une convention soumise à autorisation au regard des statuts dans la mesure où c'est lui-même qui avait consenti au nantissement qui devait être examiné lors du conseil.

Enfin, pour obtenir une décision d'incompétence du juge des référés, Bara Tall avait soutenu que, comme la démission de Jacqueline Fatima Bocoum était effective, l'annulation des procès verbaux ne viserait qu'à remettre en cause l'autorisation donnée pour la validité de la convention de nantissement signée par Cheikh Tall Dioum. Un tel examen excéderait la compétence du juge des référés.

Les demandeurs quant à eux situaient la cause d'irrégularité que le juge des référés devait constater au seul fait que les deux seules signatures apposées sur le procès verbal du conseil d'administration de COM 7 SA étaient de Bara Tall. Ce dernier, constatant l'absence de Cheikh Tall Dioum, avait signé pour lui-même et pour Youssou Ndour, sans cependant la prétendue procuration que lui aurait donnée ce dernier.

Pour retenir sa compétence, le juge des référés de Dakar invoquait l'article 247 nouveau du Code de Procédure civile qui dispose que « *dans tous les cas d'urgence, le président du Tribunal peut à titre provisoire ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ». Pour le juge de Dakar, « *la contestation sérieuse s'entend de celle que le juge des référés ne peut rejeter en quelques mots et qui le contraint à trancher une question de fond pour justifier la mesure qu'il est sollicité de prendre* ».

Se fondant sur les stipulations de l'article 16 des statuts de la société qui subordonne la validité de la délibération à la convocation de tous les membres et à la présence effective de la moitié au moins de ses membres, le juge constatait qu'au cours de ce conseil, un seul administrateur a siégé alors que le conseil est composé de trois membres. Il qualifie alors de non sérieuses les contestations soulevées par Bara Tall eu égard à l'évidence des irrégularités relevées.

Le juge des référés s'était en définitive déclaré compétent et avait constaté la nullité des délibérations prises par le conseil d'administration en application de l'article 428 AUS CGIE selon lequel les délibérations prises par un conseil d'administration irrégulièrement constitué sont nulles.

En appel, alors que Bara Tall reprochait au juge des référés d'avoir outrepassé sa compétence en appliquant l'article 428 AUSC GIE, les sieurs Dioum et Ndour soutenaient, à la décharge du juge, que ce dernier n'a pas annulé les délibérations incriminées, mais s'est contenté de constater leur nullité.

Pour infirmer l'ordonnance querellée, la Cour d'Appel commence par constater que la convocation destinée à Cheikh Tall Dioum pour la réunion du conseil d'administration du 23 juillet 2002 ne peut être considérée comme régulière, parce qu'elle n'était pas parvenue à son destinataire dans un délai raisonnable pouvant lui permettre de participer convenablement à la réunion. La Cour conclut que sur les trois administrateurs que compte la société COM 7, dont la réunion du conseil d'administration a été la seule visée par la convocation, seul un, en l'occurrence Bara Tall, était présent, ce qui viole les conditions de quorum exigées par l'article 451 de l'acte uniforme.

Selon la Cour d'Appel, « *il s'agit là d'autant d'irrégularités dont le caractère manifeste autorise le juge des référés à les relever mais seulement pour ordonner des mesures conservatoires de nature à conjurer un dommage imminent ou mettre un terme à un trouble manifestement illicite ; que toutefois, s'il est compétent en l'espèce pour relever toutes ces irrégularités de la convocation et de la tenue du conseil d'administration querellé, le juge des référés ne saurait, sans violer le caractère provisoire des décisions rendues en matière de référé, prononcer ou constater la nullité d'un acte juridique quelconque sauf celles des actes de procédure de référé elle-même ; qu'il est entendu qu'il ne peut être valablement fait la différence entre constater et prononcer la nullité, l'une et l'autre mesure produisant l'effet de faire disparaître l'acte de l'ordonnement juridique* ». Toujours selon la Cour d'Appel, « *aucune demande qui pourrait s'analyser en une mesure provisoire et conservatoire n'ayant été formulée, le juge des référés ne saurait retenir sa compétence pour trancher une question de fond comme celle agitée en l'espèce c'est-à-dire constater ou prononcer la nullité d'un acte juridique, il échet dès lors, infirmant l'ordonnance querellée et statuant à nouveau, dire et juger que la mesure sollicitée excède la compétence du juge des référés* ».

Cet arrêt, il faut le noter, est riche d'enseignements. Pour la Cour d'Appel, les irrégularités qui ont un caractère manifeste comme c'est le cas de la tenue du conseil d'administration de la société COM 7 le 23 juillet 2002, peuvent être relevées par le juge des référés mais seulement pour ordonner des mesures conservatoires (telles la nomination d'un administrateur provisoire) lorsque ces mesures sont de nature à conjurer

un dommage imminent ou à mettre un terme à un trouble manifestement illicite. Il s'agit là d'une application de l'article 247 CPC.

Mais la Cour d'Appel ne nous édifie pas sur les raisons qui font que le simple fait pour le juge des référés de relever les irrégularités, sans cependant ordonner des mesures conservatoires, excède sa compétence.

La réponse semble pouvoir être trouvée en application de la solution retenue dans l'affaire Sadibou Ndiaye citée plus haut. En effet, le juge des référés ne saurait constater la nullité de la délibération sans remettre en cause « *l'irrégularité des organes* » issu du conseil d'administration notamment la nomination du nouveau directeur général, « *toute choses étant de la compétence naturelle du juge du fond* ». En se contentant de constater simplement la nullité de la délibération sans prendre des mesures de nature à pallier les dégâts collatéraux que cela engendre, le juge des référés risque de remettre en cause les organes nouvellement désignés sans leur trouver une solution de substitution.

Cet arrêt proscrit aussi la distinction que le juge des référés peut être tenté de faire entre constater la nullité d'un acte juridique (qui serait de sa compétence) et prononcer effectivement la nullité de l'acte (qui serait de la compétence du juge du fond). Mais cette proscription s'applique-t-elle à toutes les situations où il est fait la distinction entre constater la sanction d'un acte ou d'une situation juridique qui rentrerait dans la compétence du juge des référés et prononcer judiciairement la sanction de cet acte qui serait dévolue à la compétence exclusive des juges du fond ?

La réponse est selon nous négative.

On peut citer à titre d'illustration l'article 101 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général selon lequel « *à défaut de paiement du loyer ou en cas d'inexécution d'une clause du bail, le bailleur pourra demander à la juridiction compétente la résiliation du bail... ; le jugement prononçant la résiliation ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai d'un mois...* ». Ce texte semble donc donner en la matière une compétence exclusive du juge du fond, le juge des référés ne pouvant prononcer une résiliation.

Mais il arrive des cas où dans un bail commercial, les parties prévoient une clause résolutoire. Dans des situations pareilles, le juge des référés retrouve sa compétence pour constater la résiliation du bail si les conditions d'application de la clause résolutoire sont remplies et si, également, les conditions classiques de sa compétence sont réunies. En clair il faut que la clause puisse s'appliquer, que l'on soit dans un cas d'urgence, que la mesure sollicitée ne se heurte à aucune contestation sérieuse ou qu'elle soit justifiée par l'existence d'un différend.

La deuxième affaire a eu pour cadre une société anonyme implantée au Burkina Faso. Cette société dite Soyaf Communication était en partenariat avec la Société internationale Limited qui, le 12 mai 2003, avait lancé une offre de vente des actions qu'elle détient dans le capital social de Télécel Faso. Constituant un partenaire associé à hauteur de 30 % du capital social de Télécel Faso, la société Soyaf détient de ce fait un droit de préemption sur les actions mises en vente et a entendu les exercer. Cependant, l'exercice de ce droit de préemption, contesté par le président directeur général de Soyaf, a eu la faveur du directeur général adjoint qui décida alors de rendre opposable la préemption à Soyaf en sollicitant du juge des référés sa désignation en qualité de mandataire à l'effet de convoquer une assemblée générale de ladite société pour délibérer sur l'exercice de la préemption. Il demanda en même temps au juge des référés que la préemption puisse être opposable à Télécel jusqu'au terme de l'assemblée générale.

Comme l'avait d'ailleurs fait noter le requérant, l'exercice du droit de préemption de Soyaf relève du pouvoir décisionnel des organes délibérants que sont le conseil d'administration et l'assemblée générale.

Mais, pour saisir le juge des référés aux fins de constater l'opposabilité de la préemption exercée le 22 mai 2003 à Télécél international jusqu'à la tenue de l'assemblée générale, et aux fins de désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires de Soyaf, le directeur général adjoint avait invoqué l'urgence.

Pour faire échec à cette requête, le président directeur général avait plaidé le débouté du requérant au motif que le juge des référés ne saurait se substituer à l'organe délibérant de la société qui est le conseil d'administration pour ordonner les mesures sollicitées.

Dans son ordonnance, le juge des référés de première instance de Ouagadougou a retenu *« qu'un conseil d'administration tenu le 31 mai 2003 n'a pas pu arrêter un résultat sur la question de la préemption reconnue à la société Soyaf Communications ; ... que la date butoir permettant à cette société de préempter est le 12 juin 2003 ; que les organes délibérants compétents pour prendre une telle mesure ne peuvent matériellement se réunir avant cette date ; qu'au vu de ce délai imparti par la société Télécél International Limited, il apparaît urgent de prendre des mesures conservatoires au regard du risque qu'encourt la société Soyaf pour préserver son droit acquis (celui de préempter) jusqu'à ce que le conseil d'administration tranche définitivement la question »*.

C'est ainsi que le président directeur général fit appel reprochant au premier juge des référés d'avoir outrepassé ses compétences en se substituant aux organes légaux de décision d'une société commerciale, notamment son conseil d'administration. Il a également fait plaider l'argument selon lequel l'exercice du droit de préemption met à la charge de la société une obligation de faire qui ne saurait être regardée comme une mesure provisoire de la compétence du juge des référés et s'inscrit dans les modalités d'exécution d'un contrat qui ne peuvent être objectivement envisagées sans un examen approfondi de l'économie générale du contrat qui est de la compétence du juge du fond.

Le premier président de la Cour d'Appel, statuant en référé d'appel, l'a d'ailleurs suivi en infirmant partiellement l'ordonnance de première instance sur ce point. Pour le juge d'appel, ce qui est demandé au juge des référés, c'est de dire que dans le délai d'exercice du droit de préemption, faute par le conseil d'administration de délibérer clairement pour ou contre l'exercice de ce droit, la préemption exprimée par un des administrateurs représentant la société (directeur général adjoint) est valable sous réserve de confirmation ultérieure par l'assemblée générale.

Cela suppose que le juge examine les actes des associés et en tire des conséquences de droit, ce qui relève normalement de la compétence du juge du fond.

Selon le Premier Président de la Cour d'Appel, *« la validité de la décision prise par un représentant légal de la société (directeur général adjoint) jouissant des mêmes pouvoirs que le président directeur général aux termes des articles 465 et 472 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, lorsqu'elle est contestée par un autre représentant de la société (le président directeur général dans ses correspondances des 12 et 23 mai 2003), semble être de la compétence du juge du fond »*.

En résumé, l'examen de la question de la validité de la préemption (ne serait ce que provisoire) touche le fond du litige et échappe à la compétence de la juridiction des référés.

On peut se demander quelle solution le juge sénégalais pourrait retenir si un tel litige lui était soumis.

Aux termes de l'article 247 nouveau du Code de Procédure civile, *« dans tous les cas d'urgence, le président du Tribunal peut à titre provisoire ordonner en référé toutes mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence*

d'un différend ». L'article 248 du même Code quant à lui dispose que « *le juge des référés peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ». Au regard de ces textes, l'urgence apparaît comme une condition du référé. Parfois, elle est une condition nécessaire de la compétence du juge. Dans certains cas, elle est présumée et résulte des circonstances ¹.

L'exigence de l'urgence comme condition de la compétence du juge des référés est posée par l'article 247 et ce, quelle que soit la nature de l'affaire. Le texte opère une distinction entre deux hypothèses.

D'abord, la mesure ne doit se heurter à aucune contestation sérieuse. La notion de contestation sérieuse reste encore à définir. Elle n'est cependant un obstacle à la compétence du juge des référés que si la mesure demandée implique le règlement par le juge lui-même de cette contestation ². Le moyen pris de l'existence d'une contestation sérieuse peut être présenté en tout état de cause ³. Ce moyen concerne l'exercice des pouvoirs du juge des référés et ne constitue donc pas une exception d'incompétence. Du fait qu'il s'agit d'un moyen mixte c'est-à-dire mêlé de fait et de droit, il ne peut être soulevé pour la première fois en cassation ⁴. Selon Bertin ⁵, il faut entendre par contestation sérieuse celle que « *le juge ne peut sans hésitations rejeter en quelques mots* ». Elle doit être constatée par le juge ⁶ sous le contrôle de la Cour de Cassation. Elle s'apprécie à la date de la décision.

Ensuite, la contestation sérieuse sera parfois la cause du référé puisque l'article 247 vise le cas où la mesure trouve sa justification dans l'existence d'un différend.

La présomption d'urgence résulte de l'article 248 du CPC. Selon ce texte, le juge des référés peut prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Ce texte vise sans le nommer la voie de fait définie par la Cour de Cassation française « *comme un acte manifestement insusceptible d'être rattaché à un pouvoir conféré à l'administration par la loi et exercée en conformité avec celle-ci, et portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale* ».

L'imminence du dommage est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond ⁷ contrairement à l'illicéité du trouble contrôlée par la chambre commerciale de la Cour de Cassation comme un moyen de pur droit ⁸.

Le juge sénégalais pourrait donc parfaitement adopter une telle solution. En effet, il existe une contestation sérieuse quant à la préemption exprimée par le directeur général adjoint. Et comme l'a reconnu le premier président de la Cour d'Appel de Ouagadougou, le juge des référés ne saurait valider cette préemption sans trancher la contestation par le biais de l'examen des actes des associés et de leurs conséquences, toutes choses qui sont de la compétence du juge du fond.

Aussi, la confirmation de l'ordonnance de première instance en ce qu'elle désigne un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale de Soyaf Communication rentre parfaitement dans la compétence du juge des référés sénégalais. La pratique est

¹ R. Martin, « Les cas d'ouverture des référés », *Ann. Loyers*, 1981, p. 655.

² TGI Paris, 26 fév. 1981, *Rev. Sociétés* 1981, p. 438, obs. Normand ; Couchez, note sous civ. 17 nov. 1982, *Rev. Trim. Dr. Int. Privé* 1984, p. 71.

³ Civ. 3^{ème} 19 mars 1986, *Gaz. Pal* 1987, somm. 55, obs. Guinchard et Moussa.

⁴ Civ. 2^{ème} 25 mai 1956, *Bull. II*, n° 276.

⁵ Bertin, in *Rep. Pr. V° référé* n° 149.

⁶ Com. 1^{er} mars 1983, *JCP* 1985, IV, 158.

⁷ Civ. 20 mai 1978, *Bull. civ. I*, n° 116, p. 94.

⁸ Com. 9 mai 1990, *Bull. civ. IV* n° 44.

d'ailleurs déjà connue¹. En effet, l'article 248 ouvre le référé en vue d'une « *mesure conservatoire* » propre à « *prévenir un dommage imminent* ». Par nature, la désignation d'un mandataire judiciaire est conservatoire et le non exercice du droit de préemption peut effectivement constituer un dommage irréversible imminent pour Soyaf Communication.

Mais ce qui est assez curieux dans cette ordonnance d'appel, c'est que le premier président de la Cour semble tirer cette incompétence du juge des référés des diverses dispositions mêmes de l'acte uniforme. En effet, à l'appui de sa décision d'infirmer de la première ordonnance en ce qu'elle rend la préemption de Soyaf opposable à Télécel International alors qu'une telle décision est de la compétence du juge du fond, le juge d'appel invoque tous azimuts les dispositions de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales sur la nomination d'administrateurs provisoires ou d'experts de gestion (articles 147 et 159), la convocation ou la dispense de convocation d'assemblée générale (articles 217 al. 2, 337, 516 et 233), la communication de documents aux actionnaires (art. 528)

Il invoque aussi les dispositions sur la liquidation de la société dissoute (article 223 al. 2), les actions en responsabilité contre les dirigeants sociaux (articles 161 et 168) ou en abus de majorité ou de minorité (art. 130 et 131) ainsi que celles en annulation des délibérations des organes d'administration ou de délibération.

Une telle motivation est surprenante, car elle laisse penser que c'est l'AUSC GIE lui-même qui fixe les cas dans lesquels le juge des référés serait compétent en matière de droit des sociétés. Ce serait là une mauvaise compréhension des textes. En effet, l'acte uniforme ne détermine pas la compétence des juges des référés des pays membres du traité. Certes, il peut être compréhensible que l'acte uniforme décide que pour un contentieux déterminé, la procédure a lieu devant le juge de l'urgence. Mais cela n'entame en rien les règles de procédure internes qui ont vocation à s'appliquer de façon générale au sein de chaque État.

D'ailleurs, le premier président de la Cour d'Appel de Ouagadougou a fait dire aux articles visés ce qu'ils ne disent pas en réalité. En effet, aucun des textes visés par ce magistrat (articles 147, 159, 217, al. 2, 337, 516, 233, 223, al. 2) ne parle de juge de l'urgence. Ils se contentent tous de la formule « *juridiction compétente* ». Cela signifie la juridiction à laquelle les règles de compétence interne de chaque État donnent compétence.

¹ *Op. cit.*, note 14.

Textes législatifs et réglementaires

Décret n° 2009-1323 du 30 novembre 2009 portant régime financier de la Cour suprême

Rapport de présentation

L'article 14 de la loi organique n° 2008-35 du 8 août 2008 portant création de la Cour suprême, en son alinéa premier, l'autonomie financière de cette haute juridiction.

Le présent projet de décret a pour objet, conformément aux dispositions de l'article susmentionné, de préciser les modalités d'application de ce principe d'autonomie financière.

Il fixe ainsi le régime financier de la Cour suprême.

À cet effet, il prévoit la procédure d'ordonnancement des opérations budgétaires relatives à la mise à disposition des crédits alloués à la Cour suprême dans le cadre de la loi de finances de l'année, détermine les échéances d'ordonnancement et identifie les agents en charge de l'exécution de la dépense y afférente.

Par ailleurs, pour une application stricte du principe d'autonomie financière aux opérations de la Cour suprême, le projet de décret soustrait celles-ci du champ d'application du contrôle administratif a priori.

Toutefois, en vue de mieux sécuriser l'utilisation des fonds de la Cour suprême, il est prévu d'ouvrir, au nom de l'institution, un compte de dépôt dans les écritures du Trésor public.

Le dispositif ainsi mis en place, tout en offrant la célérité et la souplesse des procédures dérogatoires, s'appuie sur un contrôle a posteriori, avec obligation de rendre compte de l'utilisation des crédits à la fin de la gestion.

Telle est l'économie du présent projet de décret.

Le Président de la République :

Vu la Constitution, notamment en ses articles 6, 43, 67, 88, 92 et 94 ;

Vu la loi organique n° 2001-09 du 15 octobre 2001 relative aux lois de finances modifiée par la loi organique n° 2007-29 du 10 décembre 2007 ;

Vu la loi organique n° 2008-35 du 8 août 2008 sur la Cour suprême, notamment en ses articles 14 et 95 ;

Vu le décret n° 2003-101 du 13 mars 2003 portant Règlement général sur la Comptabilité publique, modifié par le décret n° 2008-1224 du 30 octobre 2008 ;

Vu le décret n° 2009-451 du 30 avril 2009 portant nomination du Premier Ministre ;

Vu le décret n° 2009-459 du 7 mai 2009 portant répartition des services de l'État et du contrôle des établissements publics, des sociétés nationales et des sociétés à participation publique entre la Présidence de la République, la Primature et les ministères, modifié ;

Vu le décret n° 2009-1129 du 14 octobre 2009 mettant fin aux fonctions de ministres, nommant de nouveaux ministres et fixant la composition du Gouvernement ;

Sur le rapport du Ministre d'État, Ministre de l'Économie et des Finances,

Décète :

Chapitre premier. - Objet et champ d'application

Article premier. - Le présent décret fixe le régime financier applicable à la Cour suprême.

Art. 2. - Il régit notamment :

- les opérations de budgétisation ;
- les modalités de mise à disposition des ressources ;
- les règles d'exécution des opérations ;
- le paiement des dépenses ;
- la comptabilité ;
- la reddition des comptes.

Chapitre 2. - Ressources financières de la Cour suprême

Art. 3. - Les ressources nécessaires au fonctionnements de la Cour suprême proviennent :

- des crédits ouverts au budget de l'État sous la forme d'une dotation fonctionnelle globale ;
- des ressources accessoires éventuelles telles que :
- les contributions directes d'États étrangers, partenaires au développement ou de divers organismes ;
- le produit de redevances perçues en contrepartie de services rendus tels que les cessions de publications, d'études, d'ouvrages ou de documents divers ;

Chapitre 3. - Budgétisation

Art. 4. - Pour chaque année financière, le Premier Président de la Cour suprême fait établir, sur la base des données disponibles, un budget prévisionnel qu'il valide et qui retrace :

- en recettes, les fonds correspondants aux crédits budgétaires et ressources additionnelles visés à l'article 3 ci-dessus ;
- en dépenses, les dépenses nécessaires à la conduite des activités de la Cour, regroupées par rubriques comportant des dépenses de même nature.

Art. 5. - Figurent, notamment, parmi ces dépenses :

- la rémunération des services, concours ou collaboration sous diverses formes, de personnes dont peut s'attacher la Cour à l'occasion des travaux de réflexion ou d'études qu'elle conduit ou entreprend, ou des colloques, congrès ou séminaires qu'elle organise ou anime, ainsi que la prise en charge des frais d'organisation des dits travaux, colloques, congrès ou séminaires, etc.
- le remboursement de frais ou les allocations, déterminées par décision du Premier Président de la Cour suprême, et dont bénéficient les conseillers en service extraordinaire et le rapporteur visés, respectivement, au deuxième alinéa de l'article 27 de la loi organique n° 2008-35 du 8 août portant création de la Cour suprême et à l'article 10 du décret n° 2009-367 du 20 avril 2009 portant application de la dite loi ainsi que les collaborateurs visés à l'alinéa premier du présent article.

Le cas échéant, les ajustements nécessaires entre les différentes rubriques sont faits en cours d'exécution sur simple décision du Premier Président de la Cour suprême.

Chapitre 4. - Modalités de mise à disposition des ressources

Art. 6. - La mise à disposition des ressources provenant de la dotation globale est faite en quatre tranches égales par versements, au début de chaque trimestre, au compte de

dépôt simple ouvert au Trésor au nom de la Cour suprême dont le gérant est nommé par décision du Premier Président de la Cour suprême.

Chapitre 5. - Règles d'exécution des opérations de dépenses

Art. 7. - Le Premier Président de la Cour suprême est l'ordonnateur des recettes et des dépenses inscrites au budget de la Cour.

À ce titre, il :

- prescrit, s'il y a lieu, le recouvrement des recettes ;
- juge de l'opportunité d'effectuer les dépenses prévues au budget ;
- engage les dépenses, liquide les droits des créanciers sur la base des certifications faites par ses services compétents ;
- prescrit le paiement des dépenses régulièrement engagées, liquidées et, le cas échéant, ordonnancées.

Il peut déléguer ses fonctions à certains de ses collaborateurs ou agents qualifiés relevant de son autorité.

Chapitre 6. - Paiement des dépenses :

Art. 8. - Le gérant du compte de dépôt règle les dépenses régulièrement ordonnées par le Premier Président de la Cour suprême par émission de chèques tirés sur son compte de dépôt à l'ordre des créanciers.

Par dérogation aux dispositions du décret n° 2003-101 du 13 mars 2003 portant Règlement général sur la Comptabilité publique, modifié par le décret n° 2008-1224 du 30 octobre 2008, les opérations de la Cour suprême visées par le présent décret sont dispensées de tout contrôle administratif a priori et de tout visa préalable.

Chapitre 7. - Comptabilité :

Art. 9. - Les opérations du gérant du compte de dépôt sont retracées dans un registre côté et paraphé par le Premier Président de la Cour suprême ou sur tout autre support, notamment, informatique.

Cette comptabilité, outre le numéro d'ordre et la date de l'opération, fait ressortir au moins :

- *pour les ressources* :
 - la nature de la recette ;
 - le montant encaissé ;
 - la partie versante.
- *pour les dépenses* :
 - la nature de l'opération ;
 - le montant ;
 - la partie prenante ;
 - le mode de règlement ;
 - les références du règlement, le cas échéant.

Le solde disponible du compte de dépôt est reportable.

Art. 10. - La comptabilité des matières, ainsi que la procédure de passation des marchés de la Cour suprême restent soumises aux dispositions légales en vigueur en l'espèce.

Chapitre 8. - Reddition des comptes

Art. 11. - Les opérations exécutées par le gérant sont arrêtées à la fin de l'année et regroupées dans un compte annuel auquel sont annexées toutes les pièces justificatives requises, et transmises au Ministre chargé des Finances par le Premier Président de la Cour suprême.

Ce compte doit faire ressortir, notamment :

- les prévisions budgétaires complétées, le cas échéant, par les modifications effectuées conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 3 ci-dessus ;
- les réalisations entre les prévisions et les réalisations ;
- l'écart entre les prévisions et les réalisations.

Chapitre 9. - Dispositions finales

Art. 12. - La modification du présent décret s'effectue par décret pris après avis de l'Assemblée consultative de la Cour suprême.

Art. 13. - Le Ministre d'État, Ministre de l'Économie et des Finances, le Ministre d'État, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et le Premier Président de la Cour suprême sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret qui sera publié au *Journal officiel*.

Fait à Dakar, le 30 novembre 2009.

Abdoulaye Wade.

Par le Président de la République :

Le Premier Ministre,

Souleymane Ndéné Ndiaye.

<http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article7883>

JORS, 13-2-2010, 6511 : 139-141

Arrêté ministériel n° 993 en date du 8 février 2010, relatif au réseau des correspondants du Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême

Article premier. - Le service de documentation et d'études de la Cour Suprême établit une nomenclature en vue du classement, à partir des sommaires rédigés par les magistrats rapporteurs, des décisions de la Cour Suprême et les juridictions ou commissions juridictionnelles fonctionnant auprès de la Cour.

Les décisions visées à l'alinéa premier sont publiées par le service de documentation et d'études de la Cour Suprême dans les collections de vulgarisation de l'information documentaire produite par la Cour.

Art. 2. - La nomenclature mentionnée à l'article premier est également établie en vue du classement, à partir des sommaires, des décisions rendues par les autres juridictions et présentant un intérêt particulier.

Art. 3. - Les sommaires et les titres réalisés pour le classement des décisions figurent dans la base de données du service de documentation et d'études de la Cour Suprême.

Art. 4. - Dans chaque Cour d'appel, le premier président nomme correspondant du service de documentation et d'études de la Cour Suprême un magistrat du siège.

Le correspondant réunit les décisions de la Cour d'Appel visées à l'article 2 du présent arrêté.

Il est assisté dans cette tâche par un ou plusieurs greffiers en chef ou greffiers désignés par le premier Président de la Cour d'appel.

Le premier Président de la Cour d'Appel transmet au directeur du service de documentation et d'études, sous couvert du Premier Président de la Cour Suprême, les décisions ainsi réunies.

Art. 5. - Dans chaque tribunal régional ou départemental, le Président nomme correspondant du service de documentation et d'études de la Cour Suprême un magistrat du siège.

Le correspondant réunit les décisions visées à l'article 2 du présent arrêté. Il est assisté dans cette tâche par un ou plusieurs greffiers en chef ou greffiers désignés par le premier Président du Tribunal.

Le Président de chaque tribunal régional ou département transmet les décisions ainsi réunies au premier Président de la Cour d'Appel du ressort qui procède comme il est dit au dernier alinéa de l'article 4 du présent arrêté.

Art. 6. - Le correspondant du service de documentation et d'études auprès de la Cour d'Appel assure outre la liaison entre le service de documentation et d'études et les magistrats désignés conformément à l'article 5 du présent arrêté.

Art. 7. - Avis de l'ensemble des désignations faites en application de l'article 5 du présent arrêté est donné au directeur du service de documentation et d'études par le magistrat de la Cour d'Appel visé à l'alinéa 1^{er} de l'article 4 du présent arrêté.

Art. 8. - Les décisions réunies et transmises conformément aux articles 4 et 5 du présent arrêté sont accompagnées des sommaires rédigés par les magistrats affectés dans les formations de jugement qui les ont rendues.

Sous couvert du premier Président de la Cour Suprême, le directeur du service de documentation et d'études peut demander au premier Président d'une Cour d'Appel la transmission de la tonalité des décisions rendues dans des matières qu'il détermine.

Art. 9. - Les magistrats, greffiers en chef et greffiers désignés en application des articles 4 et 5 du présent arrêté pourront recevoir, notamment au cours de stages, une formation d'analyste documentaire et une initiation aux méthodes d'automatisation de la documentation.

Art. 10. - Les membres des cours et tribunaux, ainsi que les fonctionnaires des services relevant du garde des sceaux, Ministre de la justice peuvent consulter la documentation du service de documentation et d'études, sans déplacement.

Ils peuvent également demander l'envoi des copies des sommaires et des décisions détenues par le service de documentation et d'études. La demande est, sauf urgence, formée par écrit.

Art. 11. - Le service de documentation et d'études porte à la connaissance de ces juridictions et services une sélection de jurisprudence par la diffusion du bulletin d'information ou du bulletin des arrêts de la Cour Suprême.

Il diffuse la base de données qu'il a constituée sur l'intranet de la Cour Suprême.

Art. 12. - Les chefs de juridiction, le Directeur des Affaires Civiles et du Sceau, le Directeur des Affaires Criminelles et des Grâces et le Directeur des Services Judiciaires au ministère de la justice sont chargés, chacun en ce le concerne, de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au *Journal officiel*.

<http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article8015>

JORS, 22-5-2010, 6527 : 586-587

Informations brèves

Actualités de la Cour suprême

Journées de réflexion de décembre 2010

La Cour a organisé à nouveau des Journées d'études les 6, 7 et 8 décembre 2010. À cette occasion, la Cour a accueilli un membre de la Cour de Cassation française, monsieur Alain Lacabarats, Président de la troisième Chambre civile de cette Cour.

Cette éminente personnalité était venue à Dakar pour évoquer avec ses collègues du Sénégal « *La présentation des moyens de cassation ; la rédaction des arrêts et des sommaires ; les techniques de cassation et de titrage* ».

Les organisateurs de ces journées, les deuxièmes du genre, ont pris en compte les préoccupations qui ont donné lieu aux premières, organisées au mois de mai 2010 et dont le thème portait sur « *L'accès à la Cour suprême* ».

Complémentaires, les résultats des travaux de ces deux rencontres sont désormais la référence du contrôle exercé, par le juge de cassation, sur la pratique des juges du fond. Ensemble, ils constituent une série de recommandations et propositions visant à définir une méthodologie commune aux partenaires sénégalais et français.

Ce tour d'horizon permet de montrer la proximité des systèmes de droit de la France et du Sénégal. C'est dire que l'approche de ces Journées d'études recouvre une dynamique solidaire incluant un effort d'échange et de coordination entre les parties prenantes.

Don d'ouvrages du Conseil d'État français

La réception par la Cour suprême, en décembre 2010, d'un don d'ouvrages du Conseil d'État français atteste, par son importance, la vitalité de la coopération bilatérale entre les deux juridictions supérieures.

Perspectives de la Cour suprême

La Cour suprême s'est engagée pour la mise en place de dispositifs qui, en favorisant le dialogue autour de problématiques communes encore inexplorées, prolongent et confirment l'action de la Cour dans le domaine des pratiques collégiales.

Dans cette optique, plusieurs projets de travail en commun ont été élaborés pour donner lieu à un programme d'activités pour l'année 2011. Ainsi :

- la Cour suprême et l'Autorité de Régulation des Marchés publics ont convenu de mettre en œuvre un programme de sensibilisation et de formation à la gestion des marchés publics ;
- la Cour suprême se prépare à accueillir un colloque sur le droit de la Famille au Maroc et au Sénégal, en relation avec la Cour suprême du Royaume du Maroc ;
- la Cour suprême et l'Institut international des Droits de l'Homme sont à l'œuvre pour organiser conjointement une rencontre scientifique au Sénégal ;
- la Cour suprême et la Cour de Cassation française organisent au mois d'avril 2011 une rencontre axée sur leurs pratiques professionnelles.

La Rentrée solennelle des Cours et Tribunaux, 12 janvier 2011

La Cérémonie officielle de la Rentrée solennelle des Cours et Tribunaux 2011 aura lieu le mercredi 12 janvier 2011, à partir de 10 heures, en la salle d'audience de la Cour suprême.

Le thème choisi est « Le principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics ». Le discours d'usage sera prononcé par Madame Aminata Cissé Fall.

Publication et remise du rapport de la Cour suprême 2008-2009

Le premier Rapport de la Cour suprême, pour 2008-2009, vient d'être publié. Il présente en 270 pages les activités de la nouvelle Cour suprême durant les quatorze premiers mois d'existence.

Information documentaire Programmation scientifique annuelle 2009-2010

Le Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême, en étroite collaboration avec l'Université et le Barreau, met en œuvre son programme de recherches et de réflexion annuel, sur des sujets identifiés comme caractéristiques de l'amélioration de l'adéquation entre la théorie et la pratique du droit dans le fonctionnement de notre système judiciaire.

À qui s'adresse ce programme ?

Le programme, constitué par une liste indicative de thèmes, est une source d'inspiration pour :

- les magistrats ;
- les universitaires ;
- les avocats ;
- les chercheurs et praticiens du droit.

Comment est-il mis en œuvre ?

Il est mis en œuvre sur la base de propositions thématiques spontanées de recherche, susceptibles de produire des connaissances ou pratiques nouvelles sur chacun des sujets retenus, pour l'année 2009-2010.

Qui peut présenter ou proposer des thèmes de communication ?

Tous ceux qui interviennent dans le champ d'activités du droit peuvent prendre l'initiative de proposer des thèmes de réflexion. Il s'agit notamment des magistrats, universitaires, avocats, chercheurs, en somme tous les praticiens du droit.

Comment les thèmes sont-ils retenus par le Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême ?

Les thèmes peuvent être proposés au Service de Documentation et d'Études de la Cour suprême par une personne ou une équipe. La proposition est ensuite soumise, pour avis, à un comité scientifique ad hoc ouvert à toutes les matières juridiques, sous la responsabilité scientifique d'un de ses membres.

Collaborations futures

Cour suprême – Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Journées d'études Cour suprême - Faculté des Sciences juridiques et politiques

Plusieurs thèmes sont proposés et chaque thème pourra donner lieu à une ou plusieurs communications selon l'importance des questions à examiner. Chaque thème pourrait être traité en une journée.

1. Droit et Technologies de l'Information et de la Communication

Ce thème pourrait donner lieu à plusieurs communications sur la cybercriminalité, le commerce électronique, la publicité par voie électronique, le statut des prestataires etc. À la suite des communications portant sur ces questions spécifiques, il pourrait y avoir une étude d'ensemble sur « le juge face aux technologies de l'information et de la communication (la question de la dématérialisation des procédures) ».

2. Le rôle du juge sénégalais dans la production normative

La question de la nécessité de puiser le droit à une autre source que la loi est agitée depuis que les travaux de François Geny (*Méthode d'interprétation et sources en droit*

privé positif) et Marcel Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*) ont mis en exergue le vieillissement des Codes napoléoniens.

Aujourd'hui, en France, plus personne ne conteste les métamorphoses de la notion de jurisprudence qui n'est plus perçue comme l'incarnation de la science du droit, mais plutôt comme un véritable instrument de production du droit (V. Forray, « La jurisprudence entre crise des sources et crise du savoir des juristes », *RTD Civ.* 2009, p. 463).

La question s'est déplacée aujourd'hui. Il s'agit maintenant de porter la réflexion sur des thèmes tels que la modulation dans le temps de revirements de jurisprudence ou la dialectique entre revirement de jurisprudence et sécurité juridique (N. Molfessis, « La Cour de Cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.* 2009, p. 2559 ; X. Lagarde, « L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence », *JCP* 2009, 1, n° 237).

Il nous paraît nécessaire de voir quelle est la situation dans le système sénégalais et si elle se présente dans les mêmes termes qu'en droit français.

3. L'exécution provisoire

Une réflexion sur l'exécution provisoire nous paraît importante aujourd'hui, compte tenu du débat né à propos du titre exécutoire par provision et relatif aux pouvoirs du Premier Président en matière de suspension de l'exécution provisoire.

4. La juridiction présidentielle

Il y a un accroissement exponentiel des pouvoirs du Président du Tribunal avec d'une part les nouveaux cas de référé introduits dans notre système par le décret de 2001 modifiant le Code de Procédure et les pouvoirs nouveaux qui lui sont conférés par les différents Actes uniformes (en matière de règlement préventif, de procédures simplifiées de recouvrement ou de voies d'exécution).

Cet accroissement s'est accompagné d'une profonde mutation, le président pouvant, désormais dans certaines matières, se comporter en véritable juridiction du fond - en matière d'exécution par exemple.

5. Le temps en procédure

Le Doyen Serge Guinchard disait « qu'en terre africaine, le temps ne compte pas », car « le procès doit s'éterniser pour pouvoir jouer un rôle apaisant, les conflits étant vécus en brousse comme un moyen de libérer les violences par la parole, la palabre, le tout sous l'autorité et le contrôle de l'Ancien, du Sage ».

Une réflexion sur le temps en procédure nous permettra de nous assurer que, contrairement à cette thèse de M. Guinchard, l'exigence d'une durée raisonnable pour un procès équitable est une donnée universelle et qu'en Afrique aussi les justiciables ont le droit d'exiger que leur cause soit jugée sans lenteur excessive.

6. Le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé.

L'article 14 du Traité relatif à l'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique donne compétence à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, pour statuer sur les pourvois dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort en application d'un Acte uniforme, en réservant expressément le cas des décisions prononçant une sanction pénale.

Ce texte semble avoir réglé de manière très claire le problème du partage de compétence entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et les juridictions nationales statuant en cassation.

Une analyse approfondie de ce texte révèle cependant que la solution n'est pas aussi simple. Une réflexion sur cette question devrait aussi être l'occasion de voir l'évolution actuelle du pourvoi en cassation.



Cour suprême

(ex Musée Dynamique)

bd Martin Luther King - Fann Hock

BP 15 184 Dakar - Sénégal

Tél. (221) 33 889 10 10

www.coursupreme.sn