

TRIBUNAL DE COMMERCE DE NIAMEY
MINUTE DE JUGEMENT

Le Tribunal en son audience de vacation du Vingt Un Juillet Deux mil Seize en laquelle siégeaient messieurs : **ZAKARIAOU SEIBOU DAOUDA, Président** et Messieurs **YACOUBA DAN MARADI ET ARAOE HACINTHE, Juges Consulaires** avec voies délibératives avec l'assistance de **Madame BEIDOU AWA BOUBACAR, Greffière** dudit Tribunal, a rendu le jugement dont la teneur suit :

AAA NIGER

C /

BBB SA,

CCC SA

ENTRE

AAA NIGER ayant son siège social à Niamey Avenue de la Radio YN-117, représentée par son Administrateur Général, assistée de Me Moussa COLIBALY, Avocat à la Cour;

Demanderesse d'une part ;

ET

- **BBB SA** ayant son siège social à Niamey, Avenue Mali Béro, représentée par son Directeur Général, assistée de Me Marc LEBIHAN, Avocat à la Cour ;
- **CCC SA** avec Conseil d'Administration, ayant son siège social à Niamey, Avenue des Ambassades (Koiri Kano, représentée par son Directeur Général, assistée de Me Marc LEBIHAN, Avocat à la Cour ;

Défenderesses d'autre part ;

LE TRIBUNAL

Attendu que par exploit de Maître Amadou CISSE, Huissier de Justice à Niamey en date du 28 octobre 2013, AAA NIGER, a assigné BBB SA devant le tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey statuant en matière commerciale à l'effet de voir cette dernière :

- *Condamner à lui verser la somme, en principal de Un Million Sept Cent Quatre Vingt Treize Mille Quatre Vingt Quatre et Soixante Un Centième (1,793,084,61) Dollars US représentant le montant cumulé des retenues irrégulières de 10% sur les montants des factures émises pour la période allant d'avril 2012 à juin 2013 ;*
- *le condamner à lui verser la somme la somme de Vingt Mille Six Cent Dix et Quatre Vingt Cinq Centième (20,610,85) US Dollars représentant les intérêts calculés à compter de l'échéance de chacune des factures et provisoirement arrêtés au 31 juillet 2013 ;*
- *le condamner à lui payer la somme de Deux Cent Quinze Mille Huit Cent Vingt Neuf et Soixante Seize Centième US Dollars représentant les frais, TVA comprise ;*
- *Ordonner l'exécution provisoire tant sur le principal que sur les intérêts conventionnellement arrêtés nonobstant toutes voies de recours et sans caution ;*
- *La condamner aux dépens ;*

EXPOSE DU LITIGE :

FAITS ET PROCEDURE :

Courant année 2003, AAA International Limited a signé un contrat portant sur l'extraction de minerais et stériles avec la BBB SA dans le cadre de l'exploitation de la mine de Samira dans la Région de Tillabéry ;

Les 22 février et 08 mars 2008, par convention d'apport, AAA International Limited cédait la totalité de ses apports à AAA NIGER SA qui venait ainsi d'être créée ;

Le statu quo a été maintenu et l'exécution se poursuivait l'exécution dans les termes du contrat de 2003 entre AAA NIGER SA héritière de AAA International Limited et la BBB SA tant du côté de l'exécution des travaux que du règlement des factures ;

Le 02 décembre 2013, la CCC SA a conclu un accord avec YYY

Inc. Pour l'acquisition en totalité des actions de la BBB SA, devenant ainsi l'actionnaire unique de cette dernière ;

Au regard des difficultés naissantes entre AAA NIGER SA et BBB SA, notamment dans le règlement des factures, le 07 février 2014, un protocole d'accord a été signé entre CCC SA, actionnaire unique de BBB SA et cette dernière d'une part et AAA SA de l'autre à l'effet de régler à l'amiable le litige opposant AAA SA et BBB SA.

Le protocole stipule entre autre clause à la charge de BBB SA à son article 3.1.3 de « ***donner un engagement à l'entrepreneur que la CCC SA paiera pour le compte de AAA le montant de la dette d'un montant de 3,390,888 USD qui est due par la société dans le cadre du contrat précédent*** » suivant un échéancier ;

C'est ainsi que par exploit du même Huissier de Justice en date du 20 juillet 2015, assignation a été servie par AAA NIGER SA à La CCC SA pour comparaître devant la même juridiction à l'effet de s'entendre dire et juger qu'elle devra intervenir dans l'instance dont s'agit pour y surveiller ses droits et intérêts et :

- La condamner au paiement de la créance dûment reconnue ;
- Voir adjuger à la AAA NIGER l'entier bénéfice de toutes ses demandes ;

Suivant décision du 19/08/2015, le tribunal a ordonné la jonction des deux procédures respectivement numéro 1066/2013 et numéro 708/2015 pour être instruites sous le numéro 1066/2013 ;

En application des dispositions de l'article 72 de la loi 2015-08 du 10 avril 2015, le Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, par décision en date du 27/04/2016 s'est dessaisi au profit du Tribunal de Commerce officiellement installé ;

Conformément à article **39** de ladite loi, le dossier a été enrôlé le 30/05/2016 pour la tentative obligatoire de conciliation;

A cette date la tentative de conciliation ayant échoué et conformément aux dispositions des articles 39,40 et 41 de la loi 2015-08 du 10 avril 2015, les parties ont été renvoyées devant le juge de la mise en état désigné par le tribunal, lequel a rendu son ordonnance de clôture le 30/06/2016 et a renvoyé le dossier devant le Tribunal en son audience des plaidoiries du 14/07/2016 ;

A cette date, aucune plaidoirie n'a été faite, le parties s'étant remises à leurs conclusions ;

PRETENSIONS ET MOYENS DES PARTIES :

Pour appuyer son action, AAA NIGER SA soutient qu'elle a constaté que BBB SA a procédé, unilatéralement et en violation de la convention qui lie les parties, à des retenues injustifiées de 10% sur des montants de chacune des factures durant la période allant du mois d'avril 2012 au mois de juin 2013 pour un montant cumulé de 1,793,084,61 US Dollars ;

Elle indique que malgré le comportement désobligeant de BBB SA qui relève de la violation de ses engagements contractuels, toutes ses observations et démarches en vue d'un prompt règlement du solde des factures émises sont restées vaines ;

Aussi, elle demande de condamner la BBB SA NIGER au paiement de solde des factures irrégulièrement retenu en plus de 2% dudit montant représentant des intérêts au taux LIBOR calculés à compter de l'échéance de chacune des factures et provisoirement arrêtés au 31 juillet 2013 pour retard de paiement conformément aux dispositions des articles 3.19.2 (4) et 3.19.12 (3) du contrat liant les parties soit 20, 610,85 USD , et 215,829,76 SUD représentant les frais et TVA comprise ;

Dans ses conclusions, et faisant un rappel succinct des faits, BBB SA, par les écrits de son Conseil constitué explique que c'est dans le cadre de l'exécution d'un permis d'exploitation de grande envergure qu'elle avait obtenu en 1999 qui lui fait obligation d'installer, pour le traitement de minerai, une usine de lixiviation au carbone traditionnel d'une capacité maximale de 6.0000 tonnes par jour et pour lequel elle ne dispose ni des capacités techniques encore moins des moyens financiers, qu'elle a décidé de sous-traiter avec AAA International Limited qui a son siège social à Main Street, Charles Town, Névis ;

Par la suite, poursuit-il, BBB SA et AAA International Limited signèrent deux autres conventions notamment, la première le 10 octobre 2003 de travaux de terrassement pour la construction du barrage de retenue de rejets et une digue pour les eaux de recyclage et la deuxième en décembre 2003 pour l'extraction de minerai et stériles ;

Selon lui, pour les besoins de financement de son projet AAA International Limited a dû solliciter et obtenir le concours d'une banque étrangère à savoir Stanbic Bank Ghana Limited d'un montant de 4,5 millions de Dollars US garanti par une cession irrévocable et absolue des produits générés par le contrat d'extraction ;

Tout se passait bien entre les deux sociétés BBB SA et AAA jusqu'au 22 Août 2013 où suite à des difficultés rencontrées par certains de ses actionnaires, BBB SA a été contrainte d'arrêter brusquement toute activité minière ;

Pour éviter la mise en vente de ses actions sur le marché international, l'Etat du Niger a décidé, à travers la CCC SA, de racheter l'intégralité des actions détenues par YYY, l'autre actionnaire de BBB SA ;

Il explique que c'est pendant ce temps, que BBB SA a été surprise de recevoir courant 2013, la signification d'une ordonnance autorisant la saisie conservatoire de ses biens meubles corporels, créances, droits d'associés et valeurs mobilières de la part de AAA NIGER ;

C'est ainsi que le différend a débouché sur l'assignation du 28 octobre 2013 pendant le traitement duquel la CCC SA, repreneur de la BBB SA a donné un engagement à l'entrepreneur qu'elle paiera pour le compte de BBB SA le montant de la dette d'un montant de 3,390,888 USD due par la société dans le cadre du contrat... à travers un Protocole d'entente tripartite ;

Après ce rappel, BBB SA, par la voie de son conseil soulève à titre principal l'incompétence du tribunal de céans au profit de la juridiction arbitrale en raison de l'existence des clauses compromissoires dans le contrat n° 66000-01-01 d'extraction de minerais et stériles du 12 décembre 2003 en ses articles 3.23.2 à 3.23.5 et le protocole d'entente du 07 février 2014 en son article 6.0 sur lesquels la AAA s'est basée pour introduire la présente action ;

Il fait remarquer « qu'en effet, il est de droit et de jurisprudence que l'existence d'une clause compromissoire dans une convention, oblige de ce seul fait, les juridictions étatiques à se déclarer incompétentes pour connaître de tous litiges découlant de l'exécution, de l'interprétation ou de la résiliation de ladite convention » et demande au tribunal de décliner sa compétence pour trancher le litige en application de l'article 1^{er} de l'Acte Uniforme portant Droit de l'Arbitrage et 23 du Traité révisé de l'OHADA ;

Il fait étalage d'un certain nombre de décisions notamment l'arrêt n°035/2010 du 03 juin 2010 et n°012/2005 du 24 février 2005 de la CCJA, arrêt n° 75 du 16 juin 2014 de la Cour d'Appel de Niamey et n°10-169/CIV du 11 novembre 2010 de la Cour Suprême ;

Dans ses conclusions en réponse à cette exception d'incompétence tirée des clauses compromissoires figurant dans le contrat

d'extraction de minerai et stériles et le protocole d'entente, AAA NIGER SA par la plume de son Conseil conclut à l'irrecevabilité de cette exception à travers trois moyens en indiquant successivement :

- qu'elle a été soulevée tardivement après la tentative de conciliation au cours de laquelle le bien-fondé de la demande a été discuté devant la composition du tribunal à travers des débats consignés dans le plumitif alors qu'il lui aurait fallu le faire avant l'étape de la conciliation, ;
- que la signature du protocole d'entente du 07 février 2014 vaut renonciation des parties à l'arbitrage en ce sens qu'il a été passé alors même que le dossier était pendant devant le tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey et que l'objet du litige a été intégralement satisfait sans que la BBB SA ne manifeste son intention de provoquer l'arbitrage dont elle avait encore droit et qui était dans tout les cas facultatif ;
- que la convention d'arbitrage contenue dans le protocole d'entente est manifestement nulle en ce que non seulement elle limite les pouvoirs des arbitres à l'interprétation, la validité et l'exécution du protocole..., alors qu'il n'y a rien à interpréter dudit protocole et la validation de l'accord qui a connu un début d'exécution ne fait aucun doute ; seule l'exécution restait et que cette matière ne relève pas de l'arbitrage mais plutôt de la juridiction du Président, encore que cette convention ne porte pas sur des droits dont BBB SA et CCC SA auraient la libre disposition à cause de la reconnaissance de dette de l'une et l'engagement de l'autre à ses côtés ;

sur ce,

En application de l'article 29 de la Loi 2015-08 du 10/04/2015, le Tribunal est ainsi appelé à statuer, par le présent jugement, sur sa compétence ;

EN LA FORME :

Attendu que l'action de AAA NIGER a été introduite dans les formes prescrites par la loi, il y a lieu de la recevoir ;

DE L'EXCEPTION D'INCOMPETENCE DU TRIBUNAL DE COMMERCE

Attendu qu'il résulte du contrat d'extraction de minerai et de

stériles en son article 2.23.2 que « *dans le cas où un litige ne pourrait être résolu par les parties à leur satisfaction mutuelle dans le delà de trente (30) jours prescrit à la clause 3.23.1, le différend ou litige peut être soumis à l'arbitrage en conformité avec les dispositions ci-dessous* » ;

Que l'article 3.24 du même contrat stipule que « *les droits et pouvoirs du commettant prévus au présent contrat ne sont pas affectés par son défaut, sa négligence ou tolérance ou son retard à exercer tels droits et pouvoirs et le commettant n'est pas réputé avoir renoncé à tels droits et pouvoirs prévus à l'un ou l'autre article du présent contrat à moins que cette renonciation ne soit faite par écrit et aucune telle renonciation par le commettant ne sera réputée valoir à l'égard de toutes répétitions ou continuation d'un cas de défaut* »

Que l'article 6.0 du protocole d'entente stipule que « *l'interprétation, la validité et l'exécution du présent protocole d'entente et toute controverse ou réclamation découlant ou se rapportant à ce document/contrat ou de la violation de celle-ci et qui n'est pas réglé entre les signataires... peuvent être réglés par arbitrage conformément aux règles de la Cour Commune d'Arbitrage de l'OHADA...* » ;

Que l'article 13 de l'acte Uniforme sur le Droit d'Arbitrage dispose que : « *Lorsqu'un litige, dont un Tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente.*

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence. » ;

Attendu que l'article 116 du nouveau Code de Procédure du Niger dispose que « *les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non recevoir...* » ;

Attendu que AAA relève, pour demander le rejet de l'incompétence liée à l'existence d'une clause compromissoire, que cette demande a été faite après que les parties ont engagé les débats au fond à travers notamment la tentative de conciliation organisée par le tribunal de commerce le 30/05/2016 ;

Mais attendu, d'une part, que la tentative de conciliation dont s'agit est une phase obligatoire prévue par les dispositions de l'article 39 de la loi 2015-08 du 10 avril 2015;

Que pendant cette étape, aucun moyen de droit n'est présenté car il s'agit juste pour le tribunal, qui la tient en chambre du conseil, de tenter un rapprochement entre les parties et qui pourrait se conclure par un procès verbal de conciliation ;

Que l'échec de celle-ci n'a en réalité aucune conséquence quant au devenir du litige et ne préjudicie en rien aux futurs moyens et arguments que peuvent évoquer les parties pendant les phases suivantes du déroulement de la procédure ;

Que d'autre part, l'exception dans le cas d'espèce a été soulevée dans les toutes premières conclusions du défendeur à l'action du 09 juin 2016 ;

Or, il ne ressort pas du dossier de procédure que des débats au fond ont été entrepris avant cette date ni au Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey ni devant le Tribunal de Cédars ;

Qu'ainsi non seulement la tentative de conciliation obligatoire ne saurait constituer un obstacle à ce que les exceptions soient présentées dans les conclusions après cette phase, mais également que pour le cas d'espèce, l'exception d'incompétence pour attribution de compétence à un tribunal arbitral a été soulevée avant tout débat au fond et avant les autres exceptions conformément aux prescriptions des articles 115 et 116 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

Qu'il y a donc lieu de conclure que ce moyen tiré de ce que l'exception d'incompétence a été soulevée tardivement est mal fondé ;

Attendu que AAA NIGER invoque en deuxième lieu que la signature du protocole d'entente du 07 février 2014 vaut renonciation des parties à l'arbitrage en ce sens qu'il a été passé alors même que le dossier était pendant devant le tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey et que l'objet du litige a été intégralement satisfait sans que la BBB SA ne manifeste son intention de provoquer l'arbitrage dont elle avait encore droit et qui était dans tout les cas facultatif ;

Mais attendu que non seulement la signature du protocole entre BBB SA /CCC d'une part et AAA International Limited devenu AAA NIGER de l'autre ne saurait faire obstacle à la clause compromissoire contenue dans le contrat de base en ce sens que cette renonciation n'est pas expressément prescrite dans le protocole et n'a pas été faite par écrit conformément à l'article 3.24 du contrat ;

Que le protocole lui-même prévoit une clause compromissoire qui

pourrait, le cas échéant, être invoquée ;

Que d'ailleurs, c'est la clause insérée dans le protocole qui est appelée à s'appliquer au cas d'espèce, raison pour laquelle AAA NIGER a dû appeler en cause la CCC SA dont la présence aux côtés de BBB SA était, au regard de l'article 3.1.3 dudit protocole de « donner un engagement à l'entrepreneur que CCC SA paiera pour la compte de BBB SA le montant des dettes d'un montant de 3,390,888 USD qui est dû par la société dans le cadre du contrat précédent » ;

Que dès lors ce moyen tiré de la renonciation à la clause compromissaire ne saurait également prospérer ;

Attendu que AAA NIGER prétend que la convention d'arbitrage contenue dans le protocole d'entente est manifestement nulle en ce qu'elle limite les pouvoirs des arbitres à l'interprétation, la validité et l'exécution du protocole..., alors qu'il n'y a rien à interpréter dudit protocole et la validation de l'accord qui a connu un début d'exécution ne fait aucun doute ; seule l'exécution restait et que cette matière ne relève pas de l'arbitrage d'une part, et d'autre part que cette convention ne porte pas sur des droits dont BBB SA et CCC SA auraient la libre disposition à cause de la reconnaissance de dette de l'une et l'engagement de l'autre à ses côtés ;

Mais attendu que l'exécution dont s'agit dans la clause compromissaire du protocole d'entente, à sa lecture ne concerne pas seulement le paiement de somme d'argent mais plutôt l'exécution de toutes les clauses du contrat ;

Que l'objet du litige dans le cas d'espèce concerne l'exécution d'une ou plusieurs clause du protocole d'où la compétence du juge de fond à apprécier la question, le cas échéance il serait incompétent au profit du juge de l'exécution ;

Que si c'était le cas échéant tel qu'affirmer par AAA à savoir qu' ***« en effet, il n'y a rien à interpréter et la validité de l'accord qui a connu un début d'exécution ne faisant aucun doute, il ne reste plus que « l'exécution ».***

Or, l'exécution est une matière qui ne relève pas de l'arbitrage.

... », il aurait dû alors saisir le juge de l'exécution plutôt que le juge de fond qui serait dans ce cas incompétent ;

Que cela indique à suffisance qu'il s'agit bien de l'exécution d'un contrat et non d'une simple créance, d'où la validité la clause compromissaire insérée dans le protocole d'entente face aux arguments du demandeur à l'instance ;

Que ce moyen tiré de la nullité de la clause compromissaire insérée

dans le Protocole d'entente doit également être rejeté ;

Attendu qu'en considération de tout ce qui précède, il y a lieu de conclure à l'existence d'une clause compromissoire valable dans le protocole d'entente du 07 février 2014 pour laquelle l'exception d'incompétence du tribunal de céans a été soulevée conformément à l'article 117 du Code de Procédure Civile ;

Qu'en application de l'article 13 alinéa 2 de l'Acte Uniforme sur le Droit d'Arbitrage, il y a lieu de se déclarer incompétent et renvoyer les parties à l'arbitrage conformément aux règles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage CCJA de l'OHADA ;

Il y a lieu de condamner AAA NIGER aux dépens ;

PAR CES MOTIFS :

Le TRIBUNAL ;

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

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 29 de la loi 2015-08 du 10 avril 2015 ;

En la forme :

- reçoit l'action de AAA NIGER, en la forme ;
- reçoit l'exception soulevée par BBB SA et CCC SA comme étant introduite conformément à la loi ;

Au fond :

- constate l'existence d'une clause compromissoire dans le protocole d'entente du 07 février 2014 attributive de compétence à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA ;
- Se déclare incompétent au profit du juge arbitral conformément aux règles de cette Institution ;
- Condamner AAA NIGER aux dépens ;
- Dit que les parties ont 10 jours pour interjeter appel de la présente décision à compter de sa notification par dépôt de requête d'appel au greffe du tribunal de commerce de Niamey.

Ont signé le Président et le Greffier, les jours, mois et années qui suivent.

Et ont signé.

LE PRESIDENT

LE GREFFIER