

REPUBLIQUE DU NIGER
COUR D'APPEL DE NIAMEY
TRIBUNAL DE COMMERCE DE NIAMEY

JUGEMENT
COMMERCIAL N°67 du
08/09/2016

CONTRADICTOIRE

AFFAIRE :

1°) SOCIETE M SA

2°) L'AGENCE A

C/

1°) ETAT DU NIGER

2°) SOCIETE W

AUDIENCE PUBLIQUE ORDINAIRE DU 8 SEPTEMBRE 2016

Le Tribunal de Commerce de Niamey en son audience publique ordinaire du Huit Septembre deux mil seize, statuant en matière commerciale tenue par Monsieur RABIOU ADAMOU, Président de la 3ème chambre; Président, en présence de Messieurs IBBA HAMED IBRAHIM et BOUBACAR OUSMANE, tous deux juges consulaires avec voix délibératives ; avec l'assistance de Maître SIDDO BOUREIMA, Greffier, a rendu le jugement dont la teneur suit :

ENTRE

1°) **SOCIETE M SA**, société anonyme au capital de dix millions (10.000.000) F CFA, ayant son siège social à Niamey, quartier Plateau I, rue PL xxx, Avenue du Général du Général De Gaulle, porte n°xxx immatriculée sous le n° RCCM-NI-NIA-2013-B-xxx, agissant par l'organe de son représentant légal, assistée de la SCPA Mandela, Avocats associés, à la Cour ;

2°) **L'AGENCE A**, société anonyme au capital de dix millions (10.000.000) F CFA dont le siège social est à Niamey, immatriculée sous le n°RCCM-NI-NIA-2013-B-xxx, agissant par l'organe de son représentant légal ;

DEMANDERESSES

D'UNE PART

ET

1°) **ETAT DU NIGER** (Ministère des Finances et Agence de Régulation des Télécommunications et de la Poste), agissant par l'organe du Secrétaire Général du Gouvernement, assisté par la SCPA Justicia, Avocats associés, à la Cour ;

2°) **SOCIETE W**, société anonyme au capital de dix millions (10.000.000) F CFA, agissant par l'organe de son Directeur Général, ayant son siège social à Niamey, 81, rue Diori Hamani, village de la Francophonie, assisté par la SCPA Justicia, Avocats associés, à la Cour ;

DEFENDEURS

I- FAITS, PROCEDURE ET PRETENTIONS

Selon acte du 1er juin 2015 l'Agence A, société anonyme dont le siège est à Niamey agissant par l'organe de son représentant légal, assisté de la SCPA MANDELA Avocats associés , donnait assignation à L'ETAT du Niger (Ministère des finances et Agence de régulation des postes et de la télécommunication), la Société W SA agissant par l'organe de son Directeur Général ,assisté de Me ZILETO Avocat à la cour ,Madame M M D P née C D E assisté de Me ZILETO, Monsieur M M D ,assisté de Me ZILETO , Société la BANQUE SA ayant son siège à Niamey ,agissant par l'organe de son Directeur Général à comparaitre devant le tribunal de céans aux fins de :

-Déclarer que l'avenant litigieux a été conclu en violation de la loi ;

Déclarer nul et de nul effet l'avenant litigieux ;

-Dire et juger que le seul, contrat valable est celui signé le 1er juillet 2013 ;-De condamner solidairement l'ETAT du Niger et Société W SA au paiement de la somme de cinq cent millions de dommages intérêts ;

-D'ordonner l'exécution provisoire avant enregistrement et nonobstant toute voies de recours ;

-condamner les défendeurs aux dépens ;

Elle fait valoir à l'appui de ses prétentions que par acte notarié en date du 10 juin 2013 l'Agence A constituait aux cotés des autres actionnaires la société M SA ;

Lors de la constitution de la société M SA signait avec l'ETAT du Niger, un contrat de partenariat public privé d'un montant de 29.694.571.592 FCFA relatif à la conception, le financement, la réalisation, la mise en œuvre, l'exploitation l'entretien et la maintenance des équipements de contrôle de la qualité de service et de la facturation du trafic téléphonique des opérateurs des réseaux de télécommunications ;

Pour l'exécution dudit contrat, M SA sollicitait et obtenait de la BANQUE SA un financement d'un montant de deux cent

millions (200.000.000) FCFA ;

En garantie de ce financement, la SONIBANK obtenait du Ministère des Finances le virement exclusif et irrévocable des rémunérations relatives au contra sus indiqué sur le compte ouvert au nom de M SA dans les livres de ladite Banque ;

Contre toute attente, la requérante apprenait qu'un avenant supposé transférer ledit contrat avait été signé le 24 janvier 2014 entre une société de droit luxembourgeois S. et une société nigérienne W SA d'un coté et les représentants de l'ETAT de l'autre ;

La société de droit luxembourgeois S. et la société nigérienne W SA n'étaient pas parties au contrat de partenariat signé le 1er juillet 2013 ;

Après lecture de l'avenant, il ressort que la société M SA a été arbitrairement et délibérément écarté du marché en raison d'un soit disant rachat de la société luxembourgeoise M SARL (partenaire technique au contrat initial) ;

La surprise de la requérante fut grande lorsqu'elle constatait sur le même avenant que Monsieur M M D, jusque là Directeur Général de M SA, était le Directeur Général de W S.A ;

En réalités, le but recherché par M M à travers W SA était de priver la société M SA des paiements relatifs au contrat suscité, priver les actionnaires de dividendes y afférents, et s'accaparer tous les fruits du partenariat conclu avec l'ETAT ;

Par exploit d'huissier en date du 1er juillet 2015, l'Agence A assignait la société W SA et l'ETAT du Niger par devant le tribunal de grande instance hors classe de Niamey aux fins d'annulation de l'avenant du 24 juillet 2014 signé par S. représenté par W SA ;

L'Agence A invoque la nullité de l'avenant sur la base de l'article 1134 du code civil et de l'article 38 du contrat de partenariat public privé ;

Qu'aux termes de l'article 1134 suscité : < les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites .Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel « ;

En effet, il est constant en droit que ce que le consentement mutuel a fait seul le consentement mutuel peut le défaire ; Ce principe cardinal du droit des contrats est également rappelé par le contrat initial entre l'ETAT du Niger et M SA .celui précise à son article 38 qu'il << ne peut être amendé, modifié ou remplacé que par écrit et d'accord parties<< ;

Or, l'avenant litigieux qui entend amender le contrat sus – évoqué a été signé par l'ETAT du NIGER et la société S. représenté audit avenant par la société nigérienne W S.A ;

Or ; S. et W SA n'ont jamais été parties au contrat de partenariat public privé ;

Ainsi, on se retrouve dans une situation où des tiers sont parvenus à modifier un contrat auquel ils étaient totalement étrangers ;

Il en résulte donc que cet avenant viole allègrement les dispositions légales et contractuelles ;

L'Agence A conclut également à la violation des articles 35.1 et 35.2 du contrat de partenariat public privé ;

D'une part, il n'est pas démontré que le délégant c'est-à-dire l'ETAT du Niger, a donné son accord au rachat de la société luxembourgeoise M SA par la société luxembourgeoise et d'autre part au transfert du contrat ;

Il n'est pas démontré par ailleurs que la cellule d'appui au partenariat public privé a effectué une évaluation et a donné son approbation au rachat et au transfert ;

Enfin, il n'est pas démontré non plus que S. a réellement acquis la société M SA. En effet, aucun procès verbal d'assemblée générale attestant de la cession n'est mis en exergue .Les statuts des sociétés ne sont pas produits .Il est argué que les deux sociétés sont luxembourgeoises, mais aucun document du registre des sociétés du Duché de Luxembourg n'a été produit .Ce qui laisse croire que l'existence même de la société luxembourgeoise est douteuse ;

En tout état de cause, le délégataire est M SA NIGER comme l'atteste ledit contrat, le Ministre en charge des finances signataire du contrat au nom de l'ETAT, et la convention de

découvert signée avec la BANQUE;

La société luxembourgeoise, ne peut transférer un contrat sur lequel elle n'a aucun droit ;

Dès lors, l'avenant signé le 24 janvier par S. représentée par W SA et l'ETAT du NIGER est nul et de nul effet ;

AGIRIS invoque aussi la violation des articles 24 de l'ordonnance n° 2011 – 07 du 16 septembre 2011 portant régime général des contrats de partenariat public privé et l'article 5 du cahier des charges relatif au contrat de partenariat signé entre M SA et l'ETAT du NIGER ;

Il résulte qu'une société étrangère ne peut en aucun cas être délégataire d'un contrat de partenariat public privé ;

Or, l'avenant frauduleux à son article 2 que le délégataire est S. or, S. est une société luxembourgeoise qui, en application des dispositions ci – dessus ne saurait être délégataire dans le cadre d'un partenariat public privé.

L'Agence A sollicite au titre de réparation du préjudice subi la somme de cinq cent millions de dommages intérêts ;

En réplique , W SA et l'ETAT du NIGER soulève au principal et en la forme l'incompétence du tribunal de céans au motif que l'avenant incriminé résulte d'un contrat de partenariat public privé qui est par définition un contrat administratif aux termes de l'article 1er de l'ordonnance n° 2011-07 du 16 septembre 2011 portant régime général des contrats de partenariat public privé ;

S'agissant d'un contrat administratif, il relève de la compétence du juge administratif ;

DISCUSSION

EN LA FORME ET SUR L'EXCEPTION D'INCOMPETENCE

Aux termes de l'article 26 de la loi n° 2015-08 du 10 avril 2015, fixant l'organisation, la compétence, la procédure à suivre et le fonctionnement des tribunaux de commerce en République du

Niger : << les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître :

Des contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants au sens de l'acte uniforme de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ;

Des contestations relatives aux contrats entre commerçants pour le besoin de leur commerce ;

Des contestations entre toutes personnes ,relatives aux actes et effets de commerce au sens de l'acte uniforme relatif au droit commercial général de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ;

Des procédures collectives d'apurement du passif ;

Des contestations entre associés pour raison d'une société commerciale ou d'un groupement économique à caractère commercial, des contestations relatives au contrat de société commerciale ou groupement d'intérêt économique à objet commercial, à la constitution, au fonctionnement, à la dissolution, à la liquidation de ces personnes morales ;

Plus généralement, des contestations relatives aux actes de commerce accomplis par les commerçants à l'occasion de leur commerce et de l'ensemble de leurs contestations commerciales comportant même un objet civil lorsque dans ce dernier cas le commerçant est demandeur ;

Des contestations et oppositions relatives aux décisions prises par les juridictions de commerce ;

Des contestations relatives aux règles de concurrence ;

Des contestations relatives au droit des suretés et au droit bancaire » ;

En l'espèce , le contrat qui liait la Société M SA à l'ETAT du Niger est un contrat de partenariat public privé qui est par essence un contrat administratif par lequel l'ETAT ou un établissement public confie à un tiers ,pour une période déterminée en fonction de la durée de l'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation ,l'entretien ,la maintenance ;l'exploitation ou la

gestion d'ouvrages ,d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital « ;

Qu'il est admis qu'un contrat est administratif dès lors qu'une des parties est une personne publique et que le contrat a pour objet l'exécution même du service public ;

En l'espèce, le contrat qui lie l'ETAT du Niger (Ministère des finances et l'Autorité de régulation des télécommunications et de la poste (ARTP)) à la société M SA est un contrat de partenariat public privé par lequel l'ETAT du NIGER a confié une mission de service consistant au financement d'investissement et à d'autres prestations relevant de ses prérogatives à savoir notamment l'exercice des prérogatives de puissance publique ;

Que le caractère administratif du contrat ne fait l'ombre d'aucun doute en ce que d'abord l'un des contractants est une personne publique en l'occurrence le Ministère des finances et l'Autorité de régulation des télécommunications et de la poste sous le couvert du Ministère des télécommunications ; ensuite , l'objet du contrat a pour objet l'exécution même du service public à savoir le financement des équipements relatifs à l'exploitation et au contrôle de la qualité du service de la facturation et du trafic téléphonique ;

Qu'ainsi, l'avenant litigieux étant un contrat administratif échappe à la compétence du tribunal de commerce telle que définie à l'article 26 précité ;

Dès lors, l'objet du litige étant de nature administrative, il ya lieu de se déclarer incompétent au profit du tribunal administratif ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort ;

- Se déclare incompétent pour connaître du présent litige en raison du caractère administratif de l'avenant en cause ;
- Renvoie les demandeurs à mieux se pourvoir ;
- Les condamne aux dépens ;
- Dit que les parties peuvent interjeter appel de la présente décision dans un délai de huit (8) jours à

compter de la signification par dépôt d'acte d'appel au greffe du tribunal de céans ;

Ainsi fait jugé et prononcé les jour, mois et an que dessus et dont suivent les signatures du Président et du greffier.

Le Président