

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

AUDIENCE PUBLIQUE DE REFERE DU TREIZE AVRIL 2023

**ORDONNANCE
DE REFERE N°
045 du
13/04/2023**

CONTRADICTOIRE

AFFAIRE :

**Société GLOBAL CON
AFRIQUE**

C/

SPEN

Le Tribunal de Commerce de Niamey en son audience publique de référé du treize avril deux mil vingt-trois, tenue par Monsieur **RABIOU ADAMOU**, Président du Tribunal; **Président**, avec l'assistance de Maître **Ramata RIBA**, **Greffière** a rendu l'ordonnance dont la teneur suit :

ENTRE

La Société GLOBAL CONSTRUCTION AFRIQUE Société Anonyme ; dont le siège social se situe à Ouagadougou 0 1, BURKINA FASO, BP 6281 ; Tél (+ 226) 25 41 82 32/25 48 84 32 ; e-mail : gc@globalconstructionafrique.com ; NIF : 00033293D ; RCCM : BF OUA 2020 M 6847 ; Représentée par son Directeur Général.

Assistée de Maître HALJMA DIALLO, Avocat à la Cour, Cabinet d'Avocats DIALLO & SAMBARE, rue 012, à l'angle de la station Sobami, quartier STIN, Yantala 3ème latérite, BP: 12805, tél: 20 35 35 09- 96 44 53 09, Niamey. Où domicile est élu pour la présente et ses suites;

DEMANDERESSE D'UNE PART

ET

La Société du Patrimoine des Eaux du Niger SPEN Société Anonyme d'État ; Quartier Koira-Kano, Boulevard des SY et MAMAR, Tel : (+227) 20 73 43 40/ 20 73 53 20 ; email : dg-spen@intnet.ne; BP: 10 738, Niamey; NIF: 4752; RCCM: NE-NIA-202

DEFENDERESSE

D'AUTRE PART

I.FAITS, PROCEDURE, PRETENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Par acte en date du 28 novembre 2022, la société Global Construction Afrique S.A (GCA) donnait assignation à comparaitre à la **Société** du Patrimoine des Eaux du Niger (SPEN) devant la juridiction de céans aux fins de :

- Recevoir l'action de la société Global Construction Afrique S.A.;
- Prononcer le sursis à l'exécution de la Garantie de bonne exécution N°21/237797/CTP-

B jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale ;

- Condamner la SPEN aux dépens ;
- Ordonner l'exécution provisoire sur minute et avant enregistrement de l'ordonnance à intervenir nonobstant toute voie de recours ;

Au soutien de ses prétentions, elle explique que le 30 novembre 2018, elle s'est vu notifier le marché N°029/DPI/SPEN/2018 dont elle était chargée de la réalisation du lot 1, pour un montant hors taxes de trois milliards huit cent quatre millions sept cent cinquante et un mille cent douze francs CFA (3 804 751 112 FCFA) ;

Par la suite la Garantie de bonne exécution N° 18/222197 /CTP-BE d'un montant de 10% du marché hors taxe fut produite par la SONAC-SA produite en 2018, après que la Société du Patrimoine des Eaux du Niger (ci-après dénommée « SPEN »), eut tenté d'obtenir une garantie de 20% du montant du marché ;

Elle poursuit que durant l'exécution du marché de nombreuses difficultés d'ordre techniques, douanières, administratives, sécuritaires et sanitaires furent rencontrées par la société GCA en plus de retard de paiements accusés par la SPEN ;

Le marché fût prolongé plusieurs fois d'un commun accord entre les parties, au regard de la bonne volonté de la société GCA qui a mis en œuvre toutes les mesures pour permettre sa bonne exécution dont la production des garanties nécessaires ;

Elle indique que cela malgré les pressions du maître d'ouvrage, la SPEN qui déjà avant même le commencement de l'exécution du marché voulait le résilier pour l'attribuer à un tiers , qui s'est d'ailleurs vu confier l'exécution de travaux en mars 2021 par la SPEN lorsqu'elle a voulu résilié le marché et qu'elle a fait appel à la Garantie le 10 mars 2021 ;

Le marché fut par la suite poursuivit à la suite de la réunion de coordination tenu au mois d'avril 2021, et la demande de paiement de la Garantie fut annulée par la SPEN car celle-ci était devenu sans objet ;

La société GCA avait alors remplie les engagements par elle souscrit auprès de la SPEN, dont la production d'une nouvelle garantie de bonne exécution N°21/237797/CTP-B, qui en retour résilia contre toute attente le marché, alors qu'elle s'était engagé à le proroger dans l'optique de la finalisation des travaux.

Pire encore, la SPEN refusa de transmettre le procès-verbal de la réunion du 20 décembre 2021

à la société GCA, malgré les courriers multiples de celle-ci, qui a dû recourir à une demande extra-judiciaire pour obtenir une réponse de la SPEN niant tout accord entre les parties ;

La GCA fait observer qu'aujourd'hui, la SPEN affirme devant huissier qu'aucun engagement n'avait été pris lors de cette réunion, après un silence de plus de six mois ;

La société GCA, avait entamée plusieurs initiatives de résolution amiable du différend sans effets. Elle a donc décidé de saisir l'autorité compétente à savoir le Ministre de l'Hydraulique afin que soit nommé un arbitre pour trancher le présent litige ;

Le Ministre de l'Hydraulique a reçu favorablement cette demande et a déjà entamé les démarches visant à la nomination d'un arbitre ;

La GCA fait valoir que l'objet de la présente est d'obtenir qu'il soit sursis à exécution de la garantie de bonne exécution N°21/237797/CTP-B du 23 décembre 2021 fournis par la société GCA pour répondre aux conditions de prolongation du marché posées par la SPEN, qui en résiliant le marché dans des conditions que le tribunal arbitral saura apprécier a rendu celle-ci caduque ;

En conséquence, l'adoption des mesures conservatoires nécessaires permettrait de prévenir la réalisation d'un dommage imminent résident dans le risque de voir cette garantie réalisée au bénéfice de la SPEN causant préjudice à la société GCA ;

Au fond, la GCA estime qu'il ya ne urgence qualifiée par la nécessité de prévenir l'illégal

La SPEN, dès réception de la garantie N°21/237797/CTP-B, 28 décembre 2021, résilia le marché. La présente résiliation fait l'objet d'une saisine du tribunal arbitral qui doit en apprécier les conditions.

Pour prévenir tout dommage imminent et un trouble manifestement illicite qui serait caractérisé par la réalisation injustifiée de la garantie bonne exécution du 23 décembre 2021, il est impératif que soient prononcées les mesures adéquates. ;

Il existe dans la réalisation de la caution, un dommage matériel injustifié, caractérisé par le paiement de la garantie d'un montant de trois cent quatre-vingts millions quatre cent soixante-quinze mille cent onze (380.475.111) Franc CFA, couvrant 10% du marché ;

Cela alors que la société GCA avait exécuté 95% du marché à la date de la résiliation par la SPEN d'une part, d'autre part que la réception provisoire est intervenue le 17

janvier 2022. Un évènement ayant ainsi pour effet de réduire ce montant de moitié comme le prévoit la garantie et cela conformément aux dispositions de l'article 44 alinéa 2 de l'acte uniforme sur les suretés :

La GCA indique que le juge des référés pourra ici constater qu'il existe un risque, et non des moindres de voir la garantie de bonne exécution fournie contre la prolongation du marché faire l'objet d'une demande de paiement, alors que le tribunal arbitral doit apprécier les conditions de résiliation du marché.

En conséquence, pour prévenir tout abus et surtout un dommage caractérisé par la perte de la valeur économique de la sûreté, il conviendra de prononcer les mesures conservatoires nécessaires.

Le trouble manifestement illicite est lui caractérisé par les conditions de la rupture du contrat liant la société GCA à la SPEN. Notamment le non-respect des dispositions du contrat, la SPEN venant alors injustement retirer à la société GCA un contrat qu'elle avait déjà exécuté à 95%.

Elle poursuit que, cette garantie perdrait alors sa substance devenant caduque. Un constat qui ne pourrait intervenir que postérieurement à la décision du tribunal compétent pour apprécier les conditions de rupture.

Dès lors que la SPEN fera appel à cette caution celle-ci viendra caractériser le trouble qu'il convient de prévenir dans les plus brefs délais par l'adoption de mesures conservatoires.

La requérante invoque l'urgence de la situation justifiant des mesures conservatoires

Cette urgence valablement invoquée par la société GCA réside dans l'imminence du trouble manifestement illicite qui doit être empêché, celui-ci caractérisant l'imminence du dommage qui pourrait être caractérisé par la réalisation de la sûreté.

Dans ses conclusions exceptionnelles, la SPEN soulève à titre principal l'incompétence de la juridiction de céans sur le plan territorial et sur le plan matériel ;

Selon elle, la SONAC SA est la débitrice de la garantie autonome entreprise et déduit que la juridiction compétente territorialement pour statuer sur tout litige relatif à l'exécution de la garantie de bonne exécution n°018/222197/CTP-B du 1^{er} février 2022, est le tribunal du lieu du siège social de la SONAC SA ;

Sur le plan matériel, la SPEN soutient qu'en dehors des mesures provisoires et conservatoires, le juge des référés n'est compétent que pour statuer sur les difficultés d'exécution d'un jugement ou d'un titre exécutoire au sens de l'article 33 de l'AU/PSR/VE.

En l'espèce, il est demandé par la CGA le sursis à l'exécution d'une garantie de bonne exécution qui n'est pas un jugement encore moins un titre exécutoire ;

la SPEN estime que faire droit à une telle demande reviendrait à statuer sur le fond du litige en violation de l'article 58 al 1^{er} de la loi sur les tribunaux de commerce au Niger, c'est pourquoi, le juge de référé doit se déclarer incompétent ;

A titre subsidiaire, la SPEN plaide l'irrecevabilité de l'action de la GCA en ce qu'il n'est pas admis, dans le cadre de l'exécution d'une garantie autonome, que le donneur d'ordre initie un recours contre le bénéficiaire lors de la mise en œuvre de la garantie à moins qu'il ne justifie d'un abus ou d'une fraude manifeste du bénéficiaire ;

En réplique, la GCA sollicite de rejeter l'irrecevabilité soulevée par la SPEN et fait valoir que son action ne vise rien d'autre que d'obtenir du juge de référé des mesures provisoires et non de statuer sur le caractère abusif ou frauduleux de la demande qui du reste relèverait de la compétence du tribunal arbitral déjà saisi ;

Sur l'incompétence territoriale, la CGA estime avoir reçu la bonne juridiction qui est celle du domicile du défendeur conformément à l'article 42 du code de procédure civile ;

Sur le pouvoir du juge de référé, la GCA soutient que l'article 13 de l'acte uniforme sur l'arbitrage donne au juge de référé le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires ;

Elle poursuit que s'agissant de l'incompétence justifiée par la matière du litige, le présent litige est relatif à un acte de commerce entre commerçant et qu'il est demandé au juge de référé de décider de mesures conservatoires pour prévenir un dommage imminent ;

Au fond, pour la GCA, au vu de la nécessité de protéger la garantie de 2021, ne faisant l'objet d'aucune action pendante ni d'aucune demande de paiement, et au vu de l'existence d'une procédure arbitrale pendante, il convient que soit provisoirement prononcé un sursis à toute action sur la garantie de bonne exécution n° 21/237797/CTP-B du 23 décembre 2021 jusqu'à ce que soit rendue la sentence arbitrale ;

En duplique, la SPEN soutient l'incompétence de la juridiction de céans en raison de la constitution du tribunal arbitral qui enlève toute compétence à un tribunal de droit commun, fût-il celui de commerce ;

La SPEN soutient également l'incompétence du juge de référés pour absence de préjudice au fond conformément à l'article 55 al 4 et 7 de la loi sur les tribunaux de commerce au Niger qui prescrit que dès lors qu'il existe une procédure particulière, le président du tribunal de commerce n'est plus compétent ;

Au fond, elle indique que la demande de sursis à l'exécution de la garantie querellée est sans objet en ce qu'en ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires au profit de la GCA, la

juridiction de céans aurait vidé de tout intérêt ladite garantie ;

Elle fait remarquer que l'exécution de la garantie est déjà entamée, de même, le juge du fond est aussi saisi pour avoir condamnation de la SONAC qui est la garante à paiement ;

II- DISCUSSION

EN LA FORME

Sur l'incompétence territoriale

Il ressort des conclusions de la SPEN SA que la juridiction de céans serait incompétence territorialement, en ce que la présente instance constitue un litige portant sur le recouvrement de la garantie de 2018.

Qu'il existe déjà un litige portant sur celle-ci à Dakar.

Par conséquent, les demandes formées principalement par la GCA ne sauraient être reçu par le tribunal.

Il ya lieu cependant de relever que la présente instance vise à prévenir toute action de la SPEN SA sur la garantie de 2021 jusqu'à ce que soit prononcé la sentence arbitrale.

La SPEN SA est ici le défendeur, et que conformément à l'article 42 du code de procédure civile, *le juge compétent est celui du domicile du défendeur.*

En l'espèce, le siège social de la SPEN SA se situe à Niamey.

Le Juge des référés du Tribunal de Grande Instance Hors Classes de Niamey a d'ailleurs indiqué que le tribunal du commerce de Niamey était compétent pour connaître de cette demande.

C'est donc à bon droit que la société GCA SA a saisi le tribunal de céans pour surseoir à exécution de la garantie de bonne exécution N°21/23'7797/CTP-B du 23 décembre 2021.

La présente action ne portant pas sur le recouvrement d'une quelque créance issue de la garantie N°18/22219/CTP-BE en date du 17 décembre 2018, le tribunal ne saurait en déduire une incompétence territoriale.

Sur les pouvoirs du juge des référés

L'article 13 alinéa 3 de l'acte uniforme sur l'arbitrage dispose :

« l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, la juridiction étatique en cas d'urgence reconnue et motivée ordonne des mesures provisoires ou conservatoire dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent »

En ce sens la jurisprudence des juridictions étatiques suivant celle de la CCJA a fort opportunément donné au juge des référés le pouvoir de prononcer de telles mesures.

En l'espèce, dans l'optique de protéger ses intérêts, la société GC\ Si\ a saisi le tribunal de céans pour que soit prononcé des mesures provisoires et conservatoires dans l'attente de la décision de l'arbitre alors qu'aucune mesure d'exécution de la garantie N°21/237797/CTP-B du 23 décembre 2021, n'est pendante.

Ainsi le juge des référés dispose des pleins pouvoirs pour statuer sur les mesures conservatoires demandées.

Sur l'incompétence en raison de la matière

La SPEN sollicite de la juridiction de céans de se déclarer incompétente en ce que la garantie n'est pas un jugement encore moins un titre exécutoire pouvant fonder l'intervention du juge des référés et qu'il ya un risque de préjudicier au fond.

Il ya lieu de relever que le présent litige ne porte pas sur une mesure d'exécution mais uniquement sur une mesure conservatoire visant une sureté octroyée pour un contrat principal.

Le contrat principal faisant l'objet d'un arbitrage il est naturel que la sureté qui l'accompagne soit protégée dans l'attente de la sentence arbitrale.

Il s'y ajoute qu'il s'agit *d'un acte de commerce entre commerçant pour les besoins de leur commerce* au sens de l'article 3 de l'acte uniforme sur le droit commercial général.

En ce sens le tribunal du commerce est compétent pour statuer sur la présente action. Ainsi le juge des référés peut décider de mesures conservatoires pour prévenir un dommage imminent, notamment le paiement d'une garantie alors que le tribunal arbitral apprécie les conditions auxquelles devra répondre la demande de paiement de la présente sureté à savoir la garantie de bonne exécution N°21/237797/CTP-B du 23 décembre 2021.

Lesdites mesures ne saurait préjudicier au fond car temporaires et dans l'attente de la sentence arbitrale.

Il ya lieu ainsi de rejeter cette exception.

AU FOND

Il résulte des pièces du dossier que la société GCA SA après avoir saisi la juridiction arbitrale a requis des mesures conservatoire pour protéger le contrat principal et les contrats qui y sont liés de toute action afin que l'arbitre puisse statuer sans qu'il ne soit porté atteinte à ses intérêts.

L'article 55 de ma loi 2019-01 du 30 avril 2019 fixant la composition ? l'organisation, la compétence et la procédure à suivre devant les tribunaux de commerce et les chambres commerciales spécialisées dispose : «

le président du tribunal peut :

2°) prescrire, même en cas de contestation sérieuse, 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.... »

Il résulte de ces dispositions que le juge de référé est compétent pour ordonner des

mesures conservatoires à chaque fois qu'il s'agira, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite

En l'espèce,, toute action en paiement avant le prononcé de la décision du tribunal arbitral ne saurait être juste en raison de la nécessité de déterminer si le paiement de la garantie est justifié et le montant déterminé qui serait effectivement alloué par la garantie.

Ce qui en cas de paiement illégitime aurait pour effet de causer un dommage au donneur d'ordre, la société GCA mais aussi au garant.

Ainsi, permettre à la SPEN d'obtenir le paiement d'un tel montant causerait un préjudice matériel conséquent à la société GCA et son partenaire qui a produit ladite caution. Un dommage économique, dont la réparation s'il venait à se produire nécessiterait qu'il soit ouvert de nouvelles procédures.

Ainsi, le juge des référés constate en l'état qu'il existe un risque, de voir la garantie de bonne exécution fournie contre la prolongation du marché faire l'objet d'une demande de paiement, alors que le tribunal arbitral doit apprécier les conditions de résiliation du marché.

Pour prévenir tout dommage imminent et un trouble manifestement illicite qui serait caractérisé par la réalisation injustifiée de la garantie de bonne exécution du 23 décembre 2021, il est impératif que soient prononcées les mesures adéquates. ;

Il est également constant que le tribunal de commerce de Dakar n'a pas statué sur la garantie de 2021 mais uniquement sur celle de 2018.

En conséquence, pour prévenir tout abus et surtout un dommage caractérisé par la perte de la valeur économique de la sûreté, il conviendra de prononcer les mesures conservatoires nécessaires.

En effet, il existe ici un risque de voir un des objets même de la procédure au fond disparaître avant que le tribunal arbitral n'ait pu se prononcer sur licéité ou non de la résiliation opérée par la SPEN et les conséquences qui devront être tirées de cette décision.

Cette urgence valablement invoquée par la société GCA réside dans l'imminence du trouble manifestement illicite qui doit être empêché, celui-ci caractérisant l'imminence du dommage qui pourrait être caractérisé par la réalisation de la sûreté.

Ainsi, au vu de la nécessité de protéger la garantie de 2021. ne faisant l'objet d'aucune action pendante ni d'aucune demande de paiement, et au vu de l'existence d'une procédure arbitrale pendante, il ya lieu provisoirement de prononcer un sursis à toute

action sur la garantie de bonne exécution N°21/237797/CTPB du 23 décembre 2021
jusqu'à ce que soit rendue la sentence arbitrale

-

I

PAR CES MOTIFS

Le juge des référés

Statuant publiquement, contradictoirement et en 1^{er} ressort ;

- Rejette les exceptions d'incompétence soulevées par la SPEN ;
- Se déclare compétent ;
- Reçoit l'action de la société Global Construction Afrique SA ;
- Prononce le sursis à l'exécution de la garantie de bonne exécution n° 21/237797 jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale ;
- Condamne la SPEN aux dépens ;
- Ordonne l'exécution provisoire sur minute et avant enregistrement de la présente ordonnance nonobstant toute voie de recours ;

Notifie aux parties qu'elles disposent de huit (08) jours à compter du prononcé de la présente ordonnance pour interjeter appel par dépôt d'acte au greffe du Tribunal de céans.

Ainsi fait, jugé et prononcé publiquement les jours, mois et an que dessus.

Et ont signé.

-

LE PRESIDENT

LE GREFFIER

I

Suivent les signatures :

POUR EXPEDITION CERTIFIEE CONFORME

NIAMEY, LE 12/05/2023

LE GREFFIER EN CHEF