

La cession régulière met le cessionnaire vis-à-vis du bailleur aux droits et obligations de son cédant. Il est donc tenu envers lui de toutes les obligations résultant du bail. Le bailleur a contre lui une action directe pour l'exécution de ces obligations.

N'étant pas un tiers vis-à-vis du bailleur et se trouvant aux droits du cédant envers lui, le cessionnaire a une action directe contre le bailleur pour l'obliger à exécuter les obligations dont il était tenu envers le preneur primitif. Il peut agir directement contre lui, par exemple, pour lui réclamer des grosses réparations ou demander des dommages-intérêts en cas de trouble de jouissance.

Mais la cession ne met pas fin aux rapports entre le bailleur et le preneur primitif, qui restent inchangés, nul ne pouvant, sans le consentement de son créancier, se décharger de son obligation. Le preneur primitif reste donc personnellement tenu des manquements du cessionnaire aux clauses et conditions du bail, notamment du prix du loyer et des dommages résultant des dégradations du fait de son cédant. Il ne peut invoquer le bénéfice de discussion et demander que le bailleur s'adresse d'abord au cessionnaire pour se faire payer sur ses biens.

Fin du bail :

Le bail peut prendre fin par :

- la destruction en totalité de l'immeuble loué par cas fortuit (article 564).

En ce cas le bail prend fin de plein droit.

Si les locaux ne sont détruits qu'en partie le preneur peut suivant les circonstances demander que le loyer soit réduit ou qu'il soit mis fin au bail. En aucun cas il n'y a lieu ^à/dédommagement.

- l'acquisition de l'immeuble loué par le preneur ;

- la vente de l'immeuble loué par le bailleur si le bail n'est pas passé par acte authentique ou s'il n'a pas date certaine.

En ce cas l'acquéreur n'a pas à respecter le bail (article 565).

- le consentement mutuel des parties;

- l'expiration du temps fixé pour un bail à durée déterminée, s'il est fait échec à la tacite reconduction par l'une des parties ;

.../...

- par le congé donné par l'une des parties ;
- par la réalisation d'une condition résolutoire ;

Il est fréquemment stipulé au bail qu'à défaut de paiement du loyer au terme convenu et après un commandement resté infructueux, le bail sera résilié de plein droit. Il s'y ajoute, à l'ordinaire, à titre de clause pénale, le paiement d'une indemnité en plus du montant du loyer dû.

Une telle clause doit être interprétée comme étant souscrite au seul profit du bailleur. Celui-ci peut donc soit l'invoquer, soit y renoncer expressément ou tacitement et poursuivre l'exécution du contrat. Dans ce dernier cas, lorsque l'intention du bailleur est certaine et sans équivoque, le commandement de payer le loyer échu n'entraîne pas la résiliation de plein droit du bail (Cour d'Appel de Dakar 22 juin 1962-Recueil de Législation et de Jurisprudence, 3ème trimestre 1962, deuxième volume page 157).

- par l'inexécution de ses engagements par l'une des parties (article 563).

Comme tout contrat synallagmatique le bail se résout par le manquement par le bailleur ou le preneur à ses engagements. Mais la résiliation ne peut intervenir qu'après sommation, demeurée infructueuse, à la partie défaillante, d'avoir à remplir ses obligations.

Enfin le juge peut toujours prononcer la résiliation par avance pour le cas où le preneur ne remplirait pas ses obligations dans un délai déterminé.

Sauf clause contraire, le décès du bailleur ou du preneur ne met pas fin au bail, les héritiers se trouvant aux droits de leurs auteurs.

Maintien dans les lieux :

L'article 568 accorde aux locataires et occupants de bonne foi des locaux soumis à la législation des baux à usage d'habitation, en possession à la date de publication de cette législation, le bénéfice de plein droit et sans l'accomplissement d'aucune formalité, du maintien dans les lieux loués aux clauses et conditions du contrat primitif. Ce maintien dans les lieux est fixé à deux ans lorsque le contrat de bail prend fin avant l'expiration de ce délai.

Le même article étend le bénéfice du maintien dans les lieux, en cas d'abandon de domicile ou de décès de l'occupant, aux personnes membres de sa famille, ou à sa charge, occupant déjà l'immeuble.

C H E Q U E

S O M M A I R E

	<u>PAGE</u>
Législation et définition,	345
CHAPITRE I - LES CONDITIONS DE VALIDITE DU CHEQUE.....	346
Section I - Les conditions de forme.....	346
- Les mentions obligatoires,.....	347
- Fausse signature .. Responsabilité du banquier.....	347
- Les mentions facultatives.....	348
Section II - Les conditions de fond,.....	349
- Le tireur.....	349
- Le tiré,.....	350
- Le bénéficiaire,.....	350
- Cause juridique licite.....	351
- Influence de la remise d'un chèque sur une créance déterminée,.....	351
Section III - La provision,.....	352
- Définition et existence,.....	352
- La preuve de la provision,.....	352
- Le visa,.....	352
- La certification,.....	352
- Le chèque sans provision,.....	352
- L'acceptation du chèque sans provision,.....	353
- Recours du porteur d'un chèque sans provision,.....	353
- La responsabilité des obligés en matière de chèque.....	355
- Sanction de l'émission d'un chèque sans provision,.....	356
- Les chèques postaux sans provision,.....	357
CHAPITRE II - LES DIFFERENTS TYPES DE CHEQUE.....	358
- Le chèque à ordre.....	358
- Le chèque au porteur,.....	359
- Le chèque barré,.....	359
- Le chèque en plusieurs exemplaires,.....	360
- Les chèques de voyage ou traveller's check,.....	360

CHAPITRE III - LA TRANSMISSION DU CHEQUE.....	361
- Le chèque au porteur.....	361
- L'endossement.....	362
CHAPITRE IV - LE PAIEMENT DU CHEQUE.....	363
- Délai de présentation.....	363
- Sanctions contre le porteur négligent.....	363
- Le refus de paiement.....	363
- Opposition au paiement.....	364
- La procédure en cas d'opposition non justifiée.....	365
- La procédure d'opposition en cas de vol ou de perte.....	365
- Les droits du porteur d'un chèque perdu ou volé.....	365
CHAPITRE V - LES TRIBUNAUX COMPETENTS.....	366
CHAPITRE VI - LA PRESCRIPTION EN MATIERE DE CHEQUE....	366

Législation et définition :

La matière est réglementée par le décret-loi du 30 octobre 1935 portant unification du droit du chèque et par l'article 380 de la loi sénégalaïse n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal qui a abrogé l'article 66 du décret-loi précité.

Définition :

Le chèque, instrument de paiement, est un titre par lequel le tireur donne l'ordre à une banque (ou à un établissement assimilé) de payer à vue une somme d'argent à un bénéficiaire.

Ce bénéficiaire peut être le tireur lui-même, auquel cas le chèque est un instrument de retrait de fonds en dépôt.

L'usage se généralise de nos jours de charger son banquier du recouvrement des chèques reçus en paiement ; le chèque devient de plus en plus l'instrument des règlements par compensation.

L'effort du législateur consistant à favoriser la vulgarisation du chèque s'explique par le souci de contenir les risques d'inflation susceptibles de naître de la création et des mouvements d'espèces incontrôlés. On a pu dire qu'on assiste aujourd'hui à une ère de disparition du "portefeuille".

.../...

Le législateur s'est aussi appliqué à essayer de dissiper la méfiance des porteurs de chèques notamment en instituant des pénalités qui répriment sévèrement l'émission de chèque sans provision et les manœuvres frauduleuses qui s'y rattachent.

C'est surtout par son rôle économique que le chèque se distingue de la lettre de change : alors que la lettre de change constitue un instrument de crédit permettant de mobiliser par la voie de l'escompte les créances commerciales, le chèque, essentiellement à vue, n'est qu'un simple instrument de paiement ou de retrait.

Caractère civil ou commercial du chèque :

A la différence de la lettre de change, acte de commerce objectif d'après la loi, c'est-à-dire assujettissant tous ses obligés à la compétence des tribunaux commerciaux, quelle que soit leur qualité, le caractère civil ou commercial du chèque dépend du caractère de l'obligation à l'occasion de laquelle il a été émis.

Il en est de même des endossements successifs qui peuvent avoir les uns le caractère civil, les autres le caractère commercial. Il en résulte que les divers obligés sont tenus chacun civilement ou commercialement suivant la nature de l'opération.

Quoi qu'il en soit, et conformément à une jurisprudence bien établie, lorsqu'un chèque porte à la fois des signatures civiles et commerciales les obligés tenus civilement pourront poursuivre à leur choix les obligés tenus commercialement devant les juridictions civiles ou commerciales. Mais par contre les signataires tenus commercialement ne pourront poursuivre les obligés tenus civilement que devant les juridictions civiles.

La question présente d'ailleurs peu d'intérêt pratique car le chèque étant essentiellement à vue ne circule qu'exceptionnellement. Sa vie trop courte ne lui permet en général qu'un ou deux endossements de procuration au profit du ou des banquiers chargés de son recouvrement.

CHAPITRE I - LES CONDITIONS DE VALIDITE DU CHEQUE -

Section I - Les conditions de forme :

Le chèque est un titre à la fois abstrait et formel. Toutefois sa validité en tant que chèque dépend de l'existence, dans sa rédaction, d'un certain nombre de mentions obligatoires. Si l'une d'elles fait défaut, le titre dont il s'agit n'est pas un chèque régi par le droit cambiaire.

Les mentions obligatoires :

Il faut :

- que le chèque soit écrit et que le mot "chèque" figure dans le corps du titre ;
- mentionner le lieu du paiement car chaque Agence ne tient que les comptes de sa clientèle. Il faut donc préciser l'Agence à laquelle le bénéficiaire doit s'adresser. Mais la banque dépositaire peut parfaitement autoriser son client à toucher la somme tirée dans n'importe laquelle de ses agences ;
- mentionner le nom du banquier ;
- donner mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;
- la signature du tireur et que celle-ci soit manuscrite. La signature par apposition d'un tampon n'est pas admise. De plus, le chèque doit obligatoirement porter, sous peine d'amende, la date exacte de son émission. En effet, en matière de chèque on n'indique jamais l'échéance. Le chèque est payable immédiatement. Le tireur et le bénéficiaire ne peuvent, par un accord entre eux, contrevir à cette obligation cambiaire. C'est ainsi que le chèque étant un instrument de paiement dont la remise transmet au bénéficiaire la propriété de la provision, ne peut lui être remis à titre de dépôt (Cass.-crim. 10 février 1972 J.C.P. éd.C.I. 1972, I. 1896).

Fausse signature - Responsabilité du banquier :

En cas de paiement d'un chèque portant une fausse signature, il a été jugé que la responsabilité du banquier, qui avait effectué ce paiement, ne pouvait être retenue si le banquier avait bien procédé aux vérifications nécessaires, c'est-à-dire s'il avait confronté la signature apposée sur le titre d'avec celle de son client déposée chez lui (Cass. com. 10 octobre 1956 Gaz. Pal. 1956 2 - 356).

La Cour d'Appel de Dakar a eu à connaître d'une affaire semblable.

Il s'agissait de l'émission et de l'encaissement de chèques qui avaient été dérobés à une entreprise et avaient été présentés à l'encaissement sous une fausse signature.

Par un arrêt du 27 décembre 1963 (Recueil de Législation et de Jurisprudence - 3^e et 4^e trimestres 1963, page 180) la Cour d'Appel a conclu à un partage de responsabilité entre l'entreprise qui avait imprudemment laissé son chéquier sans protection et la banque qui avait payé les chèques créés sur le chéquier sans vérifier si la signature apposée par le faussaire était précédée

.../...

de la mention "pour procuration" qui devait normalement y figurer.

Parmi les circonstances qui peuvent engendrer la responsabilité du banquier il y a lieu de signaler l'indication inexacte de la provision.

La Cour de Cassation a également retenu la faute de négligence du banquier pour avoir délivré des carnets de chèques à un client qu'il connaissait à peine et dont le compte présentait de faibles mouvements de fonds et un solde insignifiant (Cass. Com. du 17 janvier 1968 J. C. P. 1969 ~ 15839).

Toutefois, dans l'hypothèse de falsifications et d'altérations, lorsque celles-ci sont difficilement décelables, le banquier qui a procédé à toutes les vérifications auxquelles il est tenu, ne peut, en tout état de cause, se voir reprocher aucune faute de négligence (Paris 19 février 1964 J. C. P. 6d. C. I. 1964, 73 671).

Il est précisé que les positions jurisprudentielles françaises ne sont citées que lorsqu'elles sont basées sur les mêmes dispositions et tout autant que la jurisprudence sénégalaise n'ait pas statué en la matière.

Est-il nécessaire que le chèque soit établi sur les formules remises par les banquiers ? La loi ne le prévoit pas. Il est donc parfaitement licite d'utiliser n'importe quel papier pour émettre un chèque à la seule et dirimante condition que les mentions obligatoires, prescrites par la loi, y figurent. Toutefois, dans la pratique, les banquiers stipulent souvent qu'ils n'accepteront " de payer que les chèques établis et extraits des carnets préalablement remis par eux.

Peut-on compléter un chèque ou une lettre de change ? C'est possible sous la condition d'un accord entre le tireur et le bénéficiaire.

En outre, il y a lieu de préciser :

- que la loi ne fait aucune obligation particulière au point de vue de l'écriture du chèque. En effet, ce titre peut être établi par le tireur lui-même ou par toute autre personne à la condition toutefois qu'il soit signé par le tireur.

Les mentions facultatives :

Le défaut de ces mentions n'altère pas la qualification juridique du titre. Extrêmement rares en matière de chèque, elles se limitent le plus souvent au barrement.

Mais il y a lieu de signaler que le barrement n'est pas la seule mention facultative dont le chèque peut être revêtu. Il existe aussi d'autres mentions de portée différente et qui s'expriment par :

- le visa,
- la certification,
- la domiciliation qui modifie les conditions de paiement,
- la clause sans frais qui invite le porteur à ne pas faire dresser un procès verbal de paiement.

Enfin signalons que l'indication du bénéficiaire, qui n'est pas une mention obligatoire figure pratiquement sur la grande majorité des chèques, les chèques au porteur étant peu usités.

A la différence de la lettre de change, le chèque ne peut être accepté par le tiré banquier. Cette acceptation parfaitement compatible avec le rôle économique de la lettre de change, moyen de crédit à court terme, est inconcevable en matière de chèque simple moyen de paiement à vue. La mention d'acceptation portée sur le chèque est réputée non écrite (article 4 du décret du 30 octobre 1935).

Section II - Les conditions de fond -

Le tireur :

A la différence de la lettre de change, le chèque ne constitue pas un acte de commerce par lui-même sauf lorsqu'il se rapporte à une obligation commerciale.

La capacité requise ici du tireur est celle de faire un paiement si c'est lui qui remet le chèque à un bénéficiaire, ou celle de recevoir un paiement s'il l'utilise comme simple instrument de retrait de fonds.

Le mineur émancipé, qu'il soit commerçant ou non peut se faire ouvrir un compte en banque.

Mais pour des raisons de protection, le législateur s'oppose à ce que le mineur non émancipé puisse émettre un chèque.

Il y a lieu cependant de souligner que le chèque tiré par un incapable ne perd pas toute efficacité car les obligations des autres signataires restent valables.

La femme mariée, quel que soit son régime matrimonial, peut tirer un chèque sur le compte qu'elle peut faire ouvrir sans autorisation maritale, ce compte ne pouvant toutefois enregistrer que des dépôts ou retraits de fonds en espèces, par chèque ou par virement (Loi n° 71 du 1er février 1943 relative aux règlements par chèques et virements, rendu⁹ applicable outre-mer par le décret n° 221 du 3 février 1955).

Le chèque peut être tiré par un mandataire du tireur dûment accrédité par des pouvoirs normaux auprès du banquier tiré ou établissement assimilé.

Le décret-loi du 30 octobre 1935 a prévu, dans son article 6 alinéa 2, le tirage d'un chèque pour le compte d'un tiers. Il s'agit d'une institution qui ne paraît pas présenter une grande utilité en raison du caractère abstrait et de la courte durée du chèque.

Le tiré :

Aux termes de l'article 3, alinéa 1er, du décret-loi du 30 octobre 1935, le chèque ne peut être tiré que sur un banquier ou un établissement assimilé.

La loi sénégalaise du 10 juillet 1964 dispose qu'aucune entreprise ne peut sans avoir été préalablement enregistrée sur la liste des banques exercer l'une des activités propres à ces banques.

Les établissements financiers sont considérés comme tels lorsqu'ils sont enregistrés en conformité de la loi de 1964.

Le bénéficiaire :

Le chèque peut être stipulé payable :

- 1° - à une personne dénommée, avec ou sans clause expresse "à ordre". C'est le chèque d'ordre ;
- 2° - à une personne dénommée avec la clause "non à ordre" ou autre formule équivalente. C'est le chèque nominatif ;
- 3° - au porteur.

Le chèque à personne dénommée avec la mention "ou au porteur" ou une formule équivalente, vaut comme chèque au porteur. Il en est de même du chèque créé sans indication du bénéficiaire.

Le bénéficiaire doit avoir la capacité nécessaire pour recevoir un paiement.

Cause juridique licite :

Le chèque bien qu'étant un titre abstrait est souvent créé en vue d'éteindre une obligation préexistante ; cette obligation doit être non seulement causée mais doit être également morale faute de quoi le titre est réputé non écrit, du moins dans les rapports entre tireur et bénéficiaire. Il en est de même de la transmission par endossement pour éteindre une obligation dont la cause est immorale et illicite mais à la seule condition, précise l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 février 1937 (Recueil Gaz. Pal. 1937, 1.861), que le but illicite soit la cause déterminante de la création ou de l'endossement. Cette prohibition résulte d'une maxime aux termes de laquelle nul ne peut se baser sur sa turpitude pour agir en justice.

Toutefois, il y a lieu de préciser que la nullité n'affecte le titre que dans les rapports entre les parties. En effet, l'émission d'un chèque constitue à l'égard des tiers un titre abstrait détaché de sa cause. Si bien que le tiers porteur de bonne foi (la bonne foi se presume) ne peut ... se voir opposer l'exception de cause illicite (décret-loi du 30 octobre 1935 article 22).

Influence de la remise d'un chèque sur une créance déterminée :

Il résulte des dispositions de la législation en vigueur à laquelle s'associent doctrine et jurisprudence que la remise d'un chèque n'entraîne pas novation. La remise d'un chèque n'est qu'un espoir de paiement ; il faut attendre le jour de l'encaissement effectif ou celui de la compensation ~ (compensation et encaissement étant assimilés au point de vue de l'extinction de l'obligation).

Une mise en demeure n'est pas interrompue par la remise d'un chèque sauf en matière d'assurance.

En matière d'assurance, seule exception au principe ci-dessus défini, la remise d'un chèque vaut paiement sous condition résolutoire. Le législateur a subordonné ici au paiement la diligence non plus du débiteur mais de l'assureur.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Dakar du 3 avril 1970 (Recueil AFERJ 1970, page 72) s'est prononcé sur l'influence de la remise d'un chèque sur une créance antérieure. Aux termes de cet arrêt le chèque remis en paiement d'un effet de commerce doit, pour prouver la libération, comporter la mention prévue à l'article 148 B du Code de Commerce, c'est-à-dire mentionner le nombre et l'échéance des effets ainsi payés, faute de quoi le tiré doit à tout le

moins faire la preuve du lien unissant l'émission du chèque et le paiement des effets.

Section 3. La provision

Définition et existence : On désigne sous le nom de provision, les fonds disponibles appartenant au signataire du chèque et déposés à son compte chez le banquier. Le chèque est payable à vue sur simple présentation, mais pour que le chèque soit valable, il faut que la provision existe et soit disponible chez le tiré au moment même où le chèque est émis (article 3 du décret-loi du 30 octobre 1935). La disponibilité des fonds est une condition dirimante de la validité de la provision. Toute réserve sur cette disponibilité prive la provision de sa validité (Paris, 26 avril 1965 JCP CI 1965-77740). De même la remise à un banquier d'effets de commerce ne constitue pas une provision valable (Cass, Com, 15 Janvier 1968 D S 1968 - 474).

La preuve de la provision :

Sauf cas de négligence imputable au porteur, c'est au tireur à faire la preuve de la provision.

Le chèque est presque l'équivalent de la monnaie et son émission sans provision peut être dangereuse pour l'économie du pays dans lequel il circule. Outre les peines prévues par l'article 380 de la loi 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal, nombreuses sont les mesures prises pour dépister les mauvais payeurs.

Le visa :

Le législateur cambiaire a prévu ce procédé par lequel le banquier appose la mention "vu pour provision." Le banquier atteste ainsi que le tireur a bien des fonds disponibles au jour du visa. Mais cette attestation n'entraîne pas blocage de la provision.

La certification :

Elle a été instituée par la loi du 28 février 1941 rendue applicable outre-mer par le décret du 14 mars 1941 et qui a été validée par ordonnance du 4 janvier 1944.

Le banquier certifie sur le chèque, à la demande du tireur ou du porteur, l'existence de la provision. La provision reste alors bloquée, sous la responsabilité du tiré, jusqu'au terme du délai de présentation du chèque.

Le chèque sans provision :

L'émission d'un chèque est délictueuse par le seul fait qu'opérée en pleine connaissance de cause, elle a lieu sans que le tireur dispose, chez le tiré, d'une provision. Il n'importe qu'il soit ultérieurement payé lors de sa présentation soit à l'aide d'un crédit obtenu postérieurement à l'émission, soit même par l'effet d'un bon vouloir ou de la complaisance du tiré. Sans doute la provision peut résulter d'un prêt ou d'une ouverture de crédit consentis par le tiré, sous sa responsabilité, au tireur, mais il ne peut en être ainsi que si cet engagement du tiré est formel et préalable à l'émission du chèque et a pour effet de constituer dans les comptes de la banque au profit du tireur un avoir dûment constaté dont il ne puisse disposer au bénéfice des tiers ou de lui-même.

la clause émane d'un endosseur ou d'un avaliseur, les frais du protêt, s'il en est dressé un, peuvent être recouvrés contre les autres signataires.

La responsabilité des obligés en matière de chèque :

Toutes les personnes obligées en vertu d'un chèque sont tenues solidairement envers le porteur.

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. Le même droit appartient à tout signataire d'un chèque qui a remboursé celui-ci.

L'action intentée contre un des obligés n'empêche pas d'agir contre les autres, jusqu'à extinction des obligations même si ces obligés sont postérieurs à celui qui a été d'abord poursuivi.

C'est l'application des règles de la solidarité passive lorsqu'il y a unité d'objet. L'article 236 du Code des Obligations civiles et commerciales qui régit la matière stipule que "la solidarité passive entre débiteurs d'un même créancier permet à celui-ci de poursuivre chacun de ses débiteurs pour le tout et jusqu'au paiement complet".

Compétence eu égard à la matière ou compétence rationae materiae :

Il résulte du décret-loi du 30 octobre 1935 que le porteur diligent peut poursuivre le tireur devant le tribunal correctionnel et obtenir contre lui, outre le remboursement du chèque les intérêts de la somme, les frais du protêt et des avis qu'il aurait donnés.

La recevabilité de l'action cambiaire du porteur est toutefois subordonnée à l'ignorance dans laquelle se trouvait celui-ci que la provision n'existe pas ou était insuffisante (Cass. crim. du 26. 6. 1969 JCP C.I. 1969-86 565). S'il a accepté le chèque le sachant sans provision, il a lui-même commis un délit, et ne saurait se porter partie civile et invoquer sa propre turpitude.

Mais il conserve, bien entendu, la possibilité de faire valoir la réalité de sa créance envers le tireur devant la juridiction civile et d'obtenir condamnation.

1967.8).

Barrement spécial :

Il consiste en l'inscription du nom d'une banque déterminée entre les deux barres. Ce barrement oblige le banquier tiré à verser les fonds exclusivement à cette banque.

Le chèque en plusieurs exemplaires :

L'article 49 du décret-loi de 1935 dispose que lorsque le chèque a été émis dans un pays et qu'il doit être payable dans un autre pays ou une partie outre-mer de ce pays, il peut être émis en plusieurs exemplaires identiques. Cela permet son expédition par plusieurs voies jusqu'au lieu de paiement. Chaque exemplaire porte le même numéro de chèque auquel s'ajoute un numéro d'exemplaire, faute de quoi chacun d'eux serait considéré comme un chèque distinct.

La forme suivante est ordinairement employée :

"A vue, payer contre ce chèque n°..... le n° et X^e exemplaires ne l'étant, la somme de".

Le premier chèque arrivé à destination et présenté à la banque tirée fait l'objet du paiement. Les autres exemplaires présentés par la suite sont annulés ou restitués au signataire.

Chèques de voyage ou traveller's check :

Définis comme chèques à l'usage des touristes ou autres personnes émis par une banque et payables par l'un quelconque des correspondants de celle-ci, ces chèques sont pratiquement acceptés partout. Le chèque de voyage ou traveller's check est une forme moderne de la lettre de crédit. L'institution obéit à un souci préoccupant de réduire les risques de perte d'espèces en cas de déplacement. Les banquiers l'ont imaginé pour procurer à leurs clients des moyens de libération au cours de leurs voyages. Ils ne sont donc pas prévus par la législation bancaire qui les ignore. Le chèque de voyage n'est pas l'équivalent d'un billet de banque comme certains auteurs sont tentés de l'affirmer. Selon la jurisprudence dominante, le chèque de voyage n'est qu'un simple engagement de payer contracté par le banquier et ne constitue qu'un titre de créance à court terme.

Les chèques de voyage inter-bancaires se présentent sous forme de coupures d'un montant déterminé remis à tout client de la banque qui en exprime la demande. Ces coupures, qui doivent être signées par leur propriétaire au moment de leur délivrance et de leur paiement afin de réduire les risques de falsification, sont payées, sur présentation dans toute banque pratiquant cette formule.

Ils peuvent être utilisés directement comme moyens de paiement dans le commerce, à la condition que les commerçants auxquels ils sont remis acceptent de les recevoir, aucune obligation ne leur en étant faite.

CHAPITRE III - LA TRANSMISSION DU CHEQUE -

Le chèque est la propriété de son bénéficiaire et constitue un des éléments de son patrimoine. Il peut donc en disposer librement, la transmission se faisant à divers titres par la voie de la simple remise de la main si le chèque est au porteur, ou dans le cas contraire par la voie de l'endossement qui lui permet :

a) d'en transmettre la propriété ;

L'endossement translatif de propriété se fait habituellement par la mention suivante inscrite sur le chèque ou sur une allonge par l'endosseur "Payez à M. X ou à son ordre" ou bien "Payez à l'ordre de M. X". En l'absence de toute mention, l'endossement est considéré comme translatif de propriété.

L'endossement peut également être réalisé en blanc et être même réalisé par la seule signature de l'endosseur, faite dans ce cas au dos du chèque ou sur une allonge pour le distinguer d'un aval.

Le porteur d'un chèque en blanc peut :

- remplir ce blanc par son nom ou le nom d'une autre personne. N'ayant pas dans ce cas, figuré parmi les signataires du chèque, il n'encourra aucune responsabilité de ce chef ;

- endosser à nouveau le chèque en blanc ou au nom d'une autre personne ; Dans ce cas sa responsabilité sera engagée ;

- remettre le chèque à un tiers, sans remplir le blanc et sans l'endosser ; en ce cas, il sera assimilé à un chèque au porteur.

.../...

L'endossement doit intervenir avant le protêt ou avant le délai de présentation, sinon il ne produit que les effets d'une cession de créance.

L'indication de la date de l'endossement n'est pas nécessaire et l'endossement sans date est présumé fait dans les délais réguliers. Mais si une date est portée, elle doit être exacte, l'antidate étant interdite, sous les peines du faux.

La propriété du porteur du chèque résulte de la suite ininterrompue des endossements, les endosseurs biffés étant réputés non écrits. Avant paiement le banquier est obligé de vérifier la régularité de la suite des endossements mais non la signature des endosseurs.

L'endosseur peut interdire un autre endossement. En ce cas il n'est plus tenu à garantie envers les porteurs postérieurs du chèque.

L'endossement partiel est nul.

b) de remettre le chèque à un mandataire aux fins d'encaissement.

L'endossement résulte de mentions telles que "valeur en recouvrement", "pour encaissement" "par procuration" ou toute autre mention impliquant un simple mandat.

Par suite de ce mandat le banquier endossataire ne peut effectuer un endossement translatif, il peut seulement faire un nouvel endossement par procuration, et les personnes obligées au paiement du chèque ne peuvent opposer à l'encaisseur que les seules exceptions opposables à l'endosseur.

c) de remettre le chèque à titre de gage.

En fait, en raison du peu de sécurité aux créanciers gagistes qu'offrent les très courts délais légaux de paiement et d'exercice des recours en matière de chèque, cet endossement est très peu pratiqué.

Notons enfin que le paiement du chèque peut être garanti, pour tout ou partie de son montant, par un aval.

Le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant et son engagement est valable, alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute autre cause qu'un vice de forme.

CHAPITRE IV - LE PAIEMENT DU CHEQUE -

Délai de présentation :

Le délai normal de présentation est de huit jours (décret-loi de 1935 article 29). Les dispositions de l'article 29 sont d'ordre public c'est-à-dire que les particuliers ne sont pas habilités à y déroger par conventions contraires.

Le point de départ du délai de présentation :

Le point de départ du délai est la date de l'émission portée sur le chèque (décret-loi du 30 octobre 1935 article 29 alinéa 4).

Sanctions contre le porteur négligent :

Le porteur négligent est celui qui a laissé courir le délai légal imparti pour présenter le chèque à l'encaissement. Ce porteur perd ses recours cambiaires contre les endosseurs et même contre le tireur lui-même. Il ne peut assigner ce dernier que s'il parvient à prouver qu'au moment de l'émission la provision n'exista pas ou que si elle existait à l'émission, le tireur l'avait retirée avant l'expiration du délai de présentation (Cass. crim. 13 nove. 1952 Gaz. Pal. 1952-2404). La Cour de Cassation a également retenu la responsabilité d'un mandataire qui avait négligé de présenter un chèque à l'encaissement dans les délais impartis (Cass. Com. 21 juin 1954 JCP 1954-11-8207).

Mais le porteur négligent qui perd son recours cambiaire du fait de sa négligence ne perd pas pour autant tout lien de droit avec le tireur ou les endosseurs. Il peut poursuivre l'un et les autres dans l'hypothèse où ceux-ci seraient enrichis injustement. Il peut également les assigner soit sur le terrain civil soit sur le terrain commercial suivant l'objet de l'obligation que le chèque avait pour vocation d'éteindre.

Le refus de paiement :

Le banquier ne peut refuser de payer que lorsque la provision fait défaut. La loi lui fait obligation de payer même lorsque la provision disponible est insuffisante pour couvrir le montant inscrit sur le chèque à concurrence du montant de cette provision. S'il refuse de payer dans le cas où une provision existe, suffisante ou non, sa responsabilité sera engagée pour atteinte au crédit de son client. Il est possible d'une avende de 1.000 à 10.000 francs s'il indique sciemment une provision inférieure à celle existante. Mais en cas de

refus de paiement justifié, le porteur diligent doit faire dresser par un huissier (ou un notaire) un acte nommé "protêt" qui constate ce refus de paiement (décret-loi du 30 octobre 1935 article 40). L'article 41 du même texte stipule que le protêt doit être établi avant l'expiration du délai légal de présentation. Si celle-ci a lieu le dernier jour du délai, le protêt peut être établi le premier jour ouvrable suivant, sauf le cas de force majeure empêchant le porteur impayé d'agir, le délai imparti pour dresser le protêt ne peut en aucune façon être prolongé.

Sous peine de dommages-intérêts l'huissier ou le notaire doivent mentionner sur le chèque le protêt avec sa date, ceci en vue d'empêcher le porteur de céder le chèque en ne soufflant mot du protêt.

Opposition au paiement :

L'émission d'un chèque serait totalement dépourvu d'efficacité si un chèque, provisionné au moment de l'émission, pouvait être paralysé par le retrait ou le blocage de cette provision.

Par l'émission du chèque, le tireur transfère la provision de son patrimoine dans celui du bénéficiaire ; il en dispose. Il ne saurait donc, par la suite, en disposer à nouveau en la retirant ou en la bloquant.

Le blocage appelé encore opposition consiste dans la défense faite au tiré de payer. L'opposition est tout de même permise dans les trois cas suivants :

1° - vol, ou perte du chèque et faillite du porteur. Mais c'est au tireur qu'il appartient de prouver qu'il se trouve dans l'un de ces trois cas.

Le cas de la faillite du porteur est prévu pour éviter que le paiement qui aurait dû être fait entre les mains du syndic de faillite et non du porteur failli, puisse être considéré comme non valable et refusé par le syndic.

Si le tireur ne parvient pas à rapporter la preuve de l'existence de l'un de ces cas, sa mauvaise foi sera établie. La mauvaise foi ne se presume pas ; elle se caractérise par la connaissance chez le tireur que le blocage de la provision entraînerait le non-paiement injustifié du chèque.

La Cour de Cassation française a jugé que dès que le banquier a eu connaissance de l'opposition du tireur, il doit bloquer la provision jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la validité de celle-ci (Cass. Req. 18/6/46 JCP 1946-11-3252).

Il faut signaler l'opposition qui est admise par la Cour de Cassation sur un chèque émis en règlement d'une dette de jeu. Cette opposition est justifiée par la cause immorale du chèque (Cass. du 7/12/1961 D. 1962-61). Par contre, cette validité a été refusée en cas de dol du bénéficiaire ou d'erreur du tireur (Paris 22 mai 1970 Gaz. Pal. 1970-2. 310).

La procédure en cas d'opposition non justifiée :

Le législateur de 1935 ouvre au porteur, en cas d'opposition non justifiée c'est-à-dire pratiquée hors des cas prévus, la possibilité de s'adresser au tribunal pour demander la main-levée de cette opposition. Et en cas d'urgence, possibilité lui est offerte d'user de la procédure des référés en saisissant le Président du tribunal. Le référé est une procédure exceptionnelle et rapide qui permet, par ordonnance du Président saisi, de statuer provisoirement sur une contestation dont la solution s'impose d'urgence, sans qu'il soit fait préjudice au principal.

La procédure d'opposition en cas de vol ou de perte :

Lorsque le tireur d'un chèque l'a perdu ou se l'est fait dérober, il doit en prévenir immédiatement le banquier tiré en indiquant le numéro du chèque, la somme portée et le bénéficiaire désigné. Si c'est le bénéficiaire du chèque lui-même à qui le chèque a été volé ou qui l'a perdu, il doit en prévenir le tireur qui, à son tour, en avertit le banquier en lui donnant toutes les précisions utiles.

Une opposition est alors pratiquée, par simple lettre, de préférence recommandée, avec accusé de réception, entre les mains du banquier par le tireur lui-même. La somme correspondant au montant du chèque reste bloquée chez le banquier tiré pendant trois ans et huit jours. Toutefois, en pratique, pour éviter ce blocage prolongé le banquier peut faire signer :

- par le tireur, une lettre de garantie (sur papier timbré) dégageant la responsabilité du banquier en cas de présentation ultérieure du chèque ;
- par le bénéficiaire, une lettre de désistement renonçant au bénéfice de la provision.

Les droits du porteur d'un chèque perdu ou volé :

La matière est réglée par l'article 36 du décret-loi de 1935. Le texte dispose que le porteur d'un chèque perdu ou volé qui ne peut obtenir du tireur un second chèque en remplacement du premier, doit en demander le

paient en présentant une requête au Président du Tribunal. Le Président rend une ordonnance autorisant le porteur à se faire payer, à condition toutefois qu'il ait prouvé sa propriété sur le chèque et qu'il ait constitué une caution qui reste engagée pendant six mois.

CHAPITRE V - LES TRIBUNAUX COMPETENTS -

Deux procédures peuvent être envisagées suivant la nature des litiges.

1°) Quand le litige trouve sa source dans un délit d'émission de chèque sans provision, la victime peut attaquer l'auteur de l'infraction devant le tribunal correctionnel et se constituer partie civile à l'instance pénale. La possibilité est aussi offerte au demandeur de réclamer l'exécution de l'obligation devant une juridiction commerciale ou civile suivant la nature de celle-ci.

La compétence territoriale échoit, en cas de délit d'émission de chèque sans provision, au tribunal du lieu où l'infraction a été commise, c'est-à-dire le lieu de la remise du chèque au bénéficiaire. Mais comme pour les autres délits, sont également compétents le tribunal de la résidence du tireur coupable ou du lieu de son arrestation (article 370 du Code de Procédure pénale).

2°) Lorsque le litige n'a aucun caractère pénal le tribunal compétent est le tribunal de première instance du lieu où se trouve la banque qui doit régler le chèque statuant en matière civile ou en matière commerciale suivant la qualité des parties.

Si le législateur permet aux commerçants de porter, par une clause compromissoire, leur litige devant un arbitre, obligation est faite de statuer selon les règles du droit commercial.

CHAPITRE VI - LA PRESCRIPTION EN MATIERE DE CHEQUE -

Rappelons que la prescription est un mode d'extinction des obligations prévues par le législateur pour éviter que les litiges s'éternisent. En matière de chèque la prescription fait l'objet de l'article 52 du décret-loi de 1935 ultérieurement complété par le décret du 24 mai 1938. Ces textes disposent que :

- les actions en recours du porteur contre les endosseurs, le tireur lui-même et les autres obligés, se prescrivent par six mois à partir de l'expiration du délai de présentation.

- les actions en recours des divers obligés au paiement d'un chèque les uns contre les autres se prescrivent par six mois à partir du jour où l'obligé a remboursé le chèque ou du jour où il a été lui-même actionné.

Toutefois, ajoutent ces textes, en cas de déchéance ou de prescription, il subsiste une action contre le tireur qui n'a pas fait provision ou les autres obligés qui se seraient enrichis injustement.

L'action du porteur du chèque contre le tiré banquier se prescrit par trois ans à partir de l'expiration du délai de présentation.

En cas d'action en justice, la prescription ne court que du jour de la dernière poursuite judiciaire. Elle ne s'applique pas s'il y a eu condamnation ou si la dette a été reconnue par acte séparé.

Une fois la prescription accomplie, toute partie intéressée peut exiger la prestation de serment des débiteurs ou de leurs héritiers.

L'aveu implicite du défaut de paiement peut également écarter la prescription.

de cette obligation doit donc être mis en demeure de l'exécuter, et la nécessité de cette mise en demeure est d'ailleurs expressément édictée par l'article 154 qui précise que le créancier, ayant mis le débiteur en demeure, n'a d'autre preuve à faire, pour pouvoir se prévaloir de la clause pénale, que celle de l'inexécution de l'obligation principale par la partie défaillante.

L'article 153 prévoyant la clause pénale figure parmi les textes du Code des obligations civiles et commerciales relatifs à la responsabilité. Or, la responsabilité est basée sur la notion de faute, la faute étant définie par l'article 119 du même Code comme un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit, c'est-à-dire qu'elle soit légale ou contractuelle. Pour que la clause pénale puisse être mise en application, l'inexécution de l'obligation par la partie défaillante doit être fautive. Le créancier ne pourrait user de la clause pénale si l'inexécution du débiteur était due à un cas fortuit ou à la force majeure.

Cette clause pénale doit-elle être considérée comme une sanction de l'inexécution - ce qui lui donnerait un caractère de peine privée - , comme une réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution, ou bien comme une simple convention relative à la responsabilité et qui serait alors soumise aux conditions de validité requises par l'article 151, c'est-à-dire à une limitation de l'obligation ou de l'étendue de la réparation du préjudice ?

En fait, selon les cas, la clause pénale peut présenter l'un de ces trois caractères.

La stipulation de la clause pénale porte obligatoirement sur une somme déterminée, ce qui donne à celle-ci un caractère forfaitaire quant à la réparation du préjudice et implique pour les parties qui l'ont convenue, l'acceptation d'un certain risque.

En effet, lorsque par suite de la mise en œuvre de la clause pénale, le paiement intervient, cette somme peut se révéler :

- soit supérieure au montant réel du dommage subi, et, pour la partie excédentaire, elle est l'application d'une sanction, d'une peine privée ;
- soit égale au montant du préjudice subi, et elle représente alors la réparation de celui-ci, donnant ainsi à la clause pénale l'instituant, valeur d'une clause attributive de dommages-intérêts ;
- soit inférieure au montant du préjudice réellement subi, auquel cas la clause pénale devient une clause limitative de responsabilité, cette assimilation étant d'ailleurs expressément prévue par l'article 155 qui soumet, dans cette hypothèse,

la clause pénale aux conditions de validité d'une telle clause, la clause ne pouvant recevoir application si l'inexécution de l'obligation est due au dol ou à la faute lourde du débiteur ou si le dommage a été causé à l'intégrité de la personne.

De nature hybride, de caractère accessoire, la clause pénale représente en outre une exception au droit commun des contrats.

L'article 105 du Code des obligations civiles et commerciales a fourni au contractant des armes efficaces en cas de manquement grave de l'autre partie à ses obligations.

En dehors du droit à des dommages-intérêts en réparation de l'intégralité du préjudice qu'il a subi, cet article ouvre au créancier victime d'une défaillance de son débiteur, le droit de demander en justice :

- soit l'exécution forcée des obligations, exécution forcée qui peut s'accompagner d'une peine judiciaire, d'une astreinte prononcée par le juge ;
- soit la réduction de ses propres obligations ;
- soit la résolution du contrat ou sa résiliation s'il s'agit d'un contrat à exécution successive.

A cet arsenal déjà bien garni, la clause pénale vient adjoindre une nouvelle arme. Mais son usage vient-il s'ajouter ou remplacer celui des autres ? Le créancier peut-il demander en même temps que l'application de la clause pénale, soit l'exécution forcée de l'obligation principale, soit la résolution ou résiliation du contrat ?

Il ne peut en même temps se prévaloir de la clause pénale et agir en résolution du contrat, celle-ci entraînant l'anéantissement rétroactif de l'obligation principale et donc de la clause pénale qui en est l'accessoire et qui est incluse au contrat anéanti.

L'exercice de la clause pénale laisse-t-il subsister l'obligation principale ?

La réponse est donnée par le deuxième alinéa de l'article 153 qui dispose que "le paiement de la clause stipulée pour le retard dans l'exécution ou l'exécution défectueuse ne dispense pas d'exécuter l'obligation". Ainsi et uniquement dans les cas où la clause pénale est prévue pour le retard dans l'exécution ou pour l'exécution défectueuse, le créancier peut obtenir le bénéfice de la clause pénale et poursuivre en même temps l'exécution de l'obligation principale. Ces deux obligations

sont alors cumulatives.

Mais il n'en est plus de même lorsque la clause pénale concerne l'inexécution, totale ou partielle, de l'obligation principale. En ce cas, celle-ci est remplacée par l'obligation née de la clause pénale, c'est-à-dire par le paiement d'une somme déterminée. Mais si ce paiement est une obligation de remplacement, il ne constitue pas une obligation alternative. Le créancier n'a pas le choix entre les deux obligations et ne peut donner préférence à l'une ou l'autre. Il doit d'abord exiger l'accomplissement de l'obligation principale en mettant le débiteur en domande de l'exécuter, et ce n'est qu'en cas d'inexécution constatée qu'il peut réclamer l'exécution de l'obligation résultant de la clause pénale, à savoir le paiement de la somme convenue.

Si ces obligations ne sont pas alternatives, elles ne sont pas non plus cumulatives.

Le remplacement de l'obligation principale par l'obligation de payer une somme d'argent entraîne novation par changement d'objet. Le créancier a été rempli de ses droits en percevant la somme fixée et ne peut plus poursuivre l'exécution de l'obligation primitive.

Enfin, accessoire de l'obligation principale, la clause pénale revêt les caractères d'indivisibilité et de solidarité, si ces caractères sont ceux de l'obligation principale.

3° - Force de la clause pénale. Contrôle du juge :

Le contrat faisant la loi des parties, la clause pénale, librement convenue, s'impose à elles.

Elle s'impose également, ajoute l'article 154, au juge. Celui-ci pourra donc réduire la somme stipulée par les parties, tout au moins pour les cas d'inexécution totale, tardive ou défectueuse, le dernier alinéa de cet article lui accordant le droit de faire une application proportionnelle de la peine, sauf stipulation contraire des parties, en cas d'inexécution partielle.

Est-ce à dire que les parties, ayant convenu le paiement d'une somme déterminée en cas d'inexécution totale, pourront, par l'insertion d'une clause au contrat, écarter toute intervention judiciaire en cas d'inexécution partielle ?

Les parties ne pourraient soustraire le contrat à l'appréciation du juge et toute clause en ce sens serait nulle, mais elles peuvent, pour la clause pénale, en stipulant expressément dans le contrat des dispositions réglant le problème de l'inexécution partielle, supprimer les conditions requises pour l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge. Dans ce cas, les parties ne sont nullement tenues de prévoir une application proportionnelle de la peine et peuvent librement fixer celle-ci.

Mais, bien entendu, le juge conserve le pouvoir de contrôler si les conditions de mise en œuvre de la clause pénale ont bien été remplies, si l'exécution de l'obligation principale a bien été demandée et si la mise en demeure du débiteur a été faite.

- les actions en recours des divers obligés au paiement d'un chèque les uns contre les autres se prescrivent par six mois à partir du jour où l'obligé a remboursé le chèque ou du jour où il a été lui-même actionné.

Toutefois, ajoutent ces textes, en cas de déchéance ou de prescription, il subsiste une action contre le tireur qui n'a pas fait provision ou les autres obligés qui se seraient enrichis injustement.

L'action du porteur du chèque contre le tiré banquier se prescrit par trois ans à partir de l'expiration du délai de présentation.

En cas d'action en justice, la prescription ne court que du jour de la dernière poursuite judiciaire. Elle ne s'applique pas s'il y a eu condamnation ou si la dette a été reconnue par acte séparé.

Une fois la prescription accomplie, toute partie intéressée peut exiger la prestation de serment des débiteurs ou de leurs héritiers.

L'aveu implicite du défaut de paiement peut également écarter la prescription.

<u>CLAUSE PÉNALE</u>		<u>PAGE</u>
<u>SOMMAIRE</u>		
Législation.....		363
1 - Définition.....		363
2 - Nature de la clause pénale.....		363
3 - Force de la clause pénale - Contrôle du juge.....		371

Législation : Code des obligations civiles et commerciales : articles 153 à 156.

La clause pénale est souvent insérée dans les contrats, qu'ils soient civils ou commerciaux, car elle constitue une garantie contre le non respect par l'une des parties de ses obligations contractuelles.

Aussi, en raison de son utilisation fréquente, nous examinerons les principes qui la régissent tels qu'ils nous semblent résulter des articles du Code des obligations civiles et commerciales qui lui sont applicables.

1° - Définition :

L'article 153 définit la clause pénale comme étant celle par laquelle les contractants s'engagent, par écrit, à payer une somme déterminée dans le cas d'inexécution totale, partielle, tardive ou défectueuse.

Ainsi, à la différence du législateur français qui, dans l'article 1226 du Code civil, a défini la clause pénale comme étant celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention "s'engage à quelque chose" en cas d'inexécution - ce "quelque chose" n'étant pas précisé et pouvant consister en une obligation de faire ou de ne pas faire - le législateur sénégalais a traduit l'obligation existant au contrat en une obligation de donner, de payer une somme d'argent à l'exclusion de toute autre obligation.

Cette somme d'argent, précise l'article, doit être déterminée. Son montant doit donc être fixé dans la clause, les parties devant savoir exactement à quoi elles s'engagent, et ne peut résulter du jeu d'éléments variables.

2° - Nature de la clause pénale :

L'obligation née de la clause pénale a un caractère accessoire. Elle n'entre en jeu et ne peut être exigée qu'en cas de non accomplissement ou d'accomplissement partiel tardif ou défectueux de l'obligation principale. Le débiteur

de cette obligation doit donc être mis en demeure de l'exécuter, et la nécessité de cette mise en demeure est d'ailleurs expressément édictée par l'article 154 qui précise que le créancier, ayant mis le débiteur en demeure, n'a d'autre preuve à faire, pour pouvoir se prévaloir de la clause pénale, que celle de l'inexécution de l'obligation principale par la partie défaillante.

L'article 153 prévoyant la clause pénale figure parmi les textes du Code des obligations civiles et commerciales relatifs à la responsabilité. Or, la responsabilité est basée sur la notion de faute, la faute étant définie par l'article 119 du même Code comme un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit, c'est-à-dire qu'elle soit légale ou contractuelle. Pour que la clause pénale puisse être mise en application, l'inexécution de l'obligation par la partie défaillante doit être fautive. Le créancier ne pourrait user de la clause pénale si l'inexécution du débiteur était due à un cas fortuit ou à la force majeure.

Cette clause pénale doit-elle être considérée comme une sanction de l'inexécution - ce qui lui donnerait un caractère de peine privée - , comme une réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution, ou bien comme une simple convention relative à la responsabilité et qui serait alors soumise aux conditions de validité requises par l'article 151, c'est-à-dire à une limitation de l'obligation ou de l'étendue de la réparation du préjudice ?

En fait, selon les cas, la clause pénale peut présenter l'un de ces trois caractères.

La stipulation de la clause pénale porte obligatoirement sur une somme déterminée, ce qui donne à celle-ci un caractère forfaitaire quant à la réparation du préjudice et implique pour les parties qu'il en convienne, l'acceptation d'un certain risque.

En effet, lorsque par suite de la mise en œuvre de la clause pénale, le paiement intervient, cette somme peut se révéler :

- soit supérieure au montant réel du dommage subi, et, pour la partie excédentaire, elle est l'application d'une sanction, d'une peine privée ;
- soit égale au montant du préjudice subi, et elle représente alors la réparation de celui-ci, donnant ainsi à la clause pénale l'instituant, valeur d'une clause attributive de dommages-intérêts ;
- soit inférieure au montant du préjudice réellement subi, auquel cas la clause pénale devient une clause limitative de responsabilité, cette assimilation étant d'ailleurs expressément prévue par l'article 155 qui soumet, dans cette hypothèse,

- le fait, pour le gérant d'une succursale, de faire connaître trois jours avant sa fermeture, aux clients de la société exploitant la succursale, cette fermeture et la constitution par ses soins d'une nouvelle société représentant l'activité de la succursale ;

- le fait, pour l'ancien secrétaire commercial d'une entreprise, de devenir, dans la semaine de son départ de celle-ci, le cogérant statutaire d'une société concurrente, la faisant profiter de ses connaissances concernant la clientèle, les fournisseurs et les prix de l'entreprise qu'il venait de quitter ;

- le fait, pour un ancien représentant, de prendre une part importante à la constitution d'une société concurrente en autorisant son épouse à souscrire une partie du capital ;

- le fait, pour un représentant, de préparer le transfert à son profit de contrats conclus par l'employeur avec la clientèle que le représentant était chargé de visiter ;

- le fait, pour un ancien employé, de créer une entreprise concurrente, de prospection les clients de l'entreprise qu'il a quittée et qu'il avait connus au cours de ses fonctions salariées ;

- le fait pour un médecin, ayant provisoirement remplacé, pendant sa dernière maladie puis immédiatement après sa mort, un autre médecin décédé membre d'un cabinet du groupe, de s'établir dans la même localité comme médecin indépendant, sans avoir laissé à la veuve du médecin décédé le temps de présenter à la clientèle le successeur choisi par elle et agréé par les autres médecins du groupe ;

- le fait, pour d'anciens associés de se rétablir à une adresse qui fut le siège de la société et de conserver la ligne téléphonique de celle-ci.

Enfin la concurrence déloyale peut s'ajouter à des infractions, constituant des délits réprimés pénalement, à certaines protections légales, notamment en matière de propriété industrielle concernant les brevets d'invention, marques ou modèles et dessins déposés. Mais lorsque la protection légale fait défaut, il ne peut y avoir concurrence déloyale que s'il y a eu manœuvre en vue de créer une confusion. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Dakar dans un arrêt du 16 mars 1962 (Recueil de législation et de Jurisprudence, premier volume, janvier-juin 1962, page 90) a jugé que la seule reproduction, d'objets non couverts par un brevet n'est pas constitutive de faute et, en l'absence de tout procédé frauduleux créant une confusion, ne peut être retenue comme constituant

une concurrence déloyale. Il en est spécialement ainsi lorsque l'objet reproduit porte une marque différente, écartant ainsi tout risque de confusion.

Cette liste de cas de concurrence déloyale est purement indicative. Le catalogue reste ouvert et il appartient à la jurisprudence de le compléter.

Législation : Articles 40 à 117 du Code des Obligations civiles et commerciales.

CHAPITRE PREMIER - GENERALITES -

Définition :

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

L'obligation, dans le sens restreint, est le lien de droit duquel résulte, pour une ou plusieurs personnes, envers une ou plusieurs autres, la nécessité de faire ou de donner une chose.

La partie obligée s'appelle le débiteur ; la partie envers laquelle elle est obligée s'appelle le créancier.

L'effet de l'obligation (que nous développerons plus loin) est d'établir un lien juridique entre deux personnes et d'attribuer un droit à l'une d'elles à l'égard de l'autre.

L'obligation elle-même considérée comme une charge prend le nom de dette, obligation passive ; considérée comme un droit, c'est la créance, l'obligation active.

Ce qui caractérise toute obligation c'est un lien de droit, une nécessité juridique, qui constitue l'un débiteur, l'autre créancier, et qui attribue à ce dernier un droit de créance, et quelquefois un droit réel, mais toujours un droit.

L'obligation, au sens juridique du mot, ne doit pas être confondue avec la nécessité imposée à tous et à chacun de respecter le droit d'autrui, et s'en distingue par le caractère relatif et individuel du lien qui la constitue.

Il ne faut pas non plus confondre l'obligation avec certains devoirs qui s'imposent à l'homme dans l'intérêt d'autrui, mais qui, ne supposant pas l'existence d'un créancier, sont du domaine exclusif de la morale. Ces devoirs sont dénommés parfois obligations imparfaites, pour les opposer aux obligations parfaites, c'est-à-dire à celles qui, en s'imposant au débiteur créent un droit pour le créancier.

Le consensualisme - Le principe du consensualisme est un legs du passé. Il répond aujourd'hui comme jadis à une préoccupation de rapidité dans les affaires mais correspond surtout à la sociologie africaine.

La disposition de l'article 41, comme sa devancière, adopte le principe du consensualisme quant à la formation du contrat. Le contrat consensuel est celui où l'obligation est produite par le seul échange de consentements des parties. Il reste toutefois que certaines dispositions légales, qu'on peut considérer comme dérogatoires à l'article 41, exigent un écrit ou d'autres formalités pour la validité d'un contrat déterminé. Tels sont le contrat de mariage, la donation, la constitution d'hypothèque, la subrogation consentie par le débiteur. Dans ces contrats, la forme est essentielle et ne peut être supplée par aucun genre de preuve. En d'autres termes, ces contrats sont dits solennels, solennels parce qu'ils ne sont valables qu'autant qu'ils se trouvent revêtus de l'authenticité et de toutes les formalités requises.

Le consensualisme et le formalisme obéissent à des préoccupations différentes:

Le premier répond à un souci de rapidité et le second à un souci de sécurité, autrement dit de preuve.

Sous réserve de ne pas porter atteinte par conventions particulières, à l'ordre public et aux bonnes moeurs, les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter et d'adopter toute espèce de clauses ou de modalités. Ces dispositions résultent des termes de l'article 42 du Code des Obligations civiles et commerciales.

Par ordre public il faut entendre non seulement l'ensemble des règles régissant les institutions et les corps sociaux ou familiaux, mais aussi l'ordre public économique dont le domaine s'accroît à mesure que la législation économique s'étend. Des règles prohibitives ou contraignantes ont été édictées qui suppriment ou restreignent la liberté contractuelle. C'est ainsi que les contrats portant sur les immeubles immatriculés et fonds de commerce, les baux à usage d'habitation et à usage commercial, l'assurance obéissent à des règles d'ordre public qui s'imposent aux parties. De même des mesures concernant les prix ont été prises et leur fixation n'est plus libre.

Les bonnes moeurs s'apprécient par référence aux règles morales communément admises. Toute convention contraire à ces règles est nulle.

La classification des contrats

Contrat synallagmatique et contrat unilatéral (article 43) :

Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement. Le propre d'un contrat unilatéral est de n'obliger qu'une seule des deux parties.

Lorsque l'engagement unilatéral fait l'objet d'un acte sous seing privé l'article 22 du Code des Obligations stipule que celui-ci doit être rédigé en entier de la main de celui qui le souscrit, ou, à défaut, que celui-ci écrive de sa main, outre sa signature, un "bon pour" ou un "approuvé" portant en toutes lettres le montant de son obligation dont il fait preuve.

Il est à remarquer que cet article ne contient aucune exigence quant à la place que doit occuper la signature de l'obligé.

En général elle suit la mention "manuscrite" "bon pour" ou "approuvé". Mais il n'y a là aucune obligation et elle peut figurer à l'acte à un tout autre endroit, et notamment la signature apposée par l'obligé sur le timbre fiscal suffit. Il faut, bien entendu, qu'il y ait un lien matériel et intellectuel entre l'apposition de la signature et le contenu de l'acte établissant de façon certaine et sans équivoque le consentement du signataire à ce contenu. Les tribunaux apprécient souverainement l'existence de ce lien.

L'absence de la mention "bon pour" ou "approuvé" rend l'acte non valable. Il peut toutefois constituer en matière civile un commencement de preuve par écrit à compléter par témoignages ou présomptions.

La distinction des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux présente un intérêt à cause de certaines règles, qui sont particulières à chacune de ces catégories.

Les contrats synallagmatiques sont, avant tout et surtout, ceux où l'obligation contractée par chacune des parties est une obligation principale qui dérive immédiatement du contrat. Tels sont les contrats de vente, d'échange,

de louage, de société. Il faut aussi classer parmi les contrats synallagmatiques, sans prétendre épuiser la liste dans ce petit exposé, le compte courant, la concession de travaux publics, l'adoption, etc...

Constituent, au contraire, des actes unilatéraux, la donation entre vifs pure et simple, le contrat de prêt, de dépôt, de mandat et de cautionnement, l'acquiescement, le désistement.

On appelle quelquefois imparfaitement synallagmatiques certains contrats que l'on range a priori dans la catégorie des contrats unilatéraux, mais où il n'y a que l'obligation d'une des parties qui soit la conséquence directe du contrat, celle de l'autre partie n'étant qu'une obligation incidente ou éventuelle à laquelle peuvent donner lieu les dépenses faites soit pour l'exécution du contrat, soit pour la conservation de la chose, et qui ne produit qu'une *actio contraria* (cf Pothier Traité des obligations n° 9, Aubry et Rau, 4^e édition t. 4). Tels sont les contrats de mandat, de dépôt, de prêt à usage, de nantissement.

La division entre contrat bilatéral et unilatéral a été critiquée comme inutile au point de vue pratique, et même comme dangereuse.

D'ailleurs, un contrat unilatéral de sa nature peut devenir bilatéral, s'il résulte de la convention que chacune des parties a entendu contracter une obligation principale qui, ne se rattachant par aucun lien nécessaire à la nature du contrat, soit l'œuvre directe de la volonté des parties. C'est ce qui a lieu pour la donation faite sous des charges imposées au donataire (sur ce point cf Baudry : - Lanantinerie et Barde t. 1).

Contrat à titre onéreux et contrat à titre gratuit (article 44) :

Les contrats à titre gratuit, sont ceux dans lesquels l'une des parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange.

Par contre, sont dits à titre onéreux, les contrats qui procurent à chaque partie un avantage ; il faut, pour qu'un contrat soit reconnu comme tel, qu'il impose la nécessité de prestations réciproques (sur ce point cf Delombe t. 24 n° 24).

Les contrats synallagmatiques sont tous à titre onéreux, les contrats à titre onéreux ne sont pas tous synallagmatiques.

Ainsi le prêt à intérêt, qui est un contrat unilatéral, est certainement un contrat à titre onéreux.

Les contrats à titre gratuit sont, notamment, la donation simple, le prêt sans intérêt, le dépôt et le mandat gratuit, le cautionnement.

La vente, le louage, la transaction, la société, etc... sont, au contraire des contrats à titre onéreux.

Contrats commutatifs et contrats aléatoires :

La division des contrats, posée par l'article 45, en contrats commutatifs et contrats aléatoires, peut être considérée comme une subdivision des contrats à titre onéreux.

L'intérêt de cette distinction consiste particulièrement en ce que le caractère aléatoire qu'a revêtu un contrat fait obstacle à l'admission de l'action en rescission pour lésion. quand le contrat est du nombre de ceux à l'égard desquels la loi admet, en principe, cette cause de rescission - (Delombre t. 24 n° 26).

Un contrat à titre onéreux est commutatif lorsque chacune des parties, dès la conclusion du contrat, peut apprécier le montant de sa prestation et l'avantage que lui procure le contrat.

Le contrat est, non plus commutatif, mais aléatoire lorsqu'il crée pour chacune des parties une chance de gain ou un risque de perte résultant d'un évènement incertain.

Il y a lieu de signaler que le caractère d'incertitude de cet évènement est une des conditions de validité des contrats aléatoires.

Le jeu, le pari, le prêt à la grosse aventure, le contrat de rente viagère, le contrat d'assurance sont des conventions aléatoires.

Contrats à exécution instantanée et contrats à exécution successive :

Le contrat est dit instantané lorsqu'il est exécuté par une seule prestation pour chacune des parties. L'exemple type du contrat instantané est la vente.

.../...

Au contraire, le contrat est dit successif lorsqu'il est exécuté par des prestations répétées. Il en est ainsi en matière de louage, de contrat de travail etc....

CHAPITRE II - LES CONDITIONS DE VALIDITE DES CONTRATS -

Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

- le consentement de la partie qui s'oblige ;
- sa capacité de contracter ;
- un objet déterminé et licite qui forme la matière de l'engagement ;
- une cause licite dans l'obligation.

Section I - Les contractants -

Détermination des contractants :

Chaque partie peut exprimer sa volonté ^{en} elle-même ou la faire exprimer par un représentant. Cette volonté doit toutefois être librement exprimée.

Les origines de la représentation sont diverses. Analysée comme une sorte de substitution d'une personne à une autre pour la validité de l'acte qu'il s'agit de porter sur la scène juridique, la représentation peut provenir de la loi, d'une décision judiciaire ou de la volonté des parties elles-mêmes.

Différente quant à son origine la représentation l'est aussi quant à ses caractères.

Décidée par la loi ou par une autorité judiciaire, la représentation se présente comme une mesure de protection ou de sanction.

Il en va différemment lorsqu'elle émane des parties, auquel cas elle se présente sous un autre jour.

Lorsque la loi exige, pour la conclusion d'un contrat, des formes particulières, le pouvoir de passer ce contrat, doit être donné au représentant dans la même forme.

Rapports du représentant et du tiers contractant :

Quelle que soit son origine (légale, judiciaire ou particulière) le représentant doit justifier des pouvoirs dont il est investi et faire connaître au moment de la conclusion de chaque contrat qu'il agit pour le compte d'un tiers.

.../...

Rapport du représenté et du tiers :

Si la représentation s'analyse en une sorte de substitution d'une personne à une autre, cette substitution ne saurait être valable qu'en ce qui concerne la validité de l'acte et non quant à ses effets. L'article 51 stipule que les droits et obligations dérivant du contrat passé par le représentant naissent directement dans la personne du représenté.

De même la capacité requise pour contracter s'apprécie non point dans la personne du représentant mais dans celle du représenté lorsqu'il s'agit de la représentation conventionnelle. Il y a lieu toutefois de signaler que la loi exige du représentant la capacité de représenter autrui.

Le vice du consentement dans l'hypothèse d'une représentation :

Il résulte des dispositions de l'article 53 que, dans l'hypothèse d'un contrat conclu par un représentant, les vices du consentement s'apprécient dans la personne du représenté ou dans celle du représentant dans la mesure où la volonté de chacun a concouru à l'acte.

L'article 50 stipule, qu'en tout état de cause, le représentant, au moment de la conclusion du contrat doit faire connaître au tiers contractant qu'il agit pour autrui, et doit justifier de ses pouvoirs. L'inobservation de cette obligation est sanctionnée par les dispositions de l'article 55 du même code qui rendent inopposables au tiers au nom de qui il a été contracté les effets de ce contrat complaisamment conclu faute de pouvoir et de ratification de ce dernier.

La ratification rétroagit et rend le contrat opposable au tiers du jour de sa conclusion.

Mais le défaut de ratification n'a pas pour effet d'anéantir le contrat comme nous l'avons déjà signalé ; l'article 56 oblige celui qui s'est porté fort pour autrui de réparer le préjudice résultant de l'inopposabilité du contrat, le représentant sans pouvoirs étant considéré comme un gérant d'affaires.

Il faut enfin souligner que le législateur a soustrait un certain nombre d'hypothèses de représentations du domaine des articles 49 à 56 pour les soumettre à des dispositions particulières. Il s'agit de la représentation des personnes morales, du mandat commercial et de la déclaration de command -

La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. La volonté d'un tiers étranger aux parties doit être considérée comme une condition casuelle : si le tiers ne veut ou ne peut déclarer sa volonté, la convention reste sans effet (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1 n° 787).

Condition impossible, immorale ou illicite :

Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes moeurs, ou illicite, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend.

On distingue plusieurs espèces d'impossibilités : 1^o l'impossibilité naturelle ou physique ; 2^o l'impossibilité juridique ou légale ; 3^o l'impossibilité morale.

Impossibilité naturelle ou physique :

Puisque, pour qu'il y ait condition, l'événement doit être futur et incertain, une chose physique et impossible ne peut, dès lors, rendre une obligation conditionnelle : en ce sens aucun doute ne peut s'élever et il est constant que le fait ne pourra jamais être réalisé.

Impossibilité juridique ou légale :

Les conditions juridiquement ou légalement impossibles sont celles qui portent sur une chose qui serait contraire à la loi. Pour ces conditions, l'impossibilité se réduit à ce que l'événement prévu ne peut pas légitimement s'accomplir. Ce qui ne peut pas être la cause d'une convention ne saurait non plus en former la condition, au moins en général.

Impossibilité morale :

Il y a impossibilité morale toutes les fois qu'une condition est contraire aux bonnes moeurs. Les conditions contraires aux bonnes moeurs sont non seulement celles qui blessent la piété, la licence, l'honnêteté publique, mais encore celles qui se réfèrent à des faits qui, bien qu'innocents en soi, prennent un caractère d'immoralité, parce qu'il est défendu de les imposer comme conditions dans des actes (nudité, etc.).

Effets de la condition :

L'article 68 stipule que "la condition accomplie, produit un effet rétroactif au jour de la conclusion du contrat sauf stipulation contraire des parties".

On distingue plusieurs sortes de terme :

Il y a d'abord le terme à partir duquel l'obligation devra être exécutée, que l'on a appelé terme primordial, et le terme à partir duquel l'obligation cessera, où la dette ne sera plus exigible, que l'on a appelé terme final. On nomme quelquefois aussi le terme final terme résolutoire, mais il est plutôt extinctif que résolutoire. En ce sens : Baudry Lacantinerie et Barde, t. 2, n° 974.

C'est dans le premier sens que le mot terme est employé par le code, et on le définit alors de la manière suivante : un délai accordé au débiteur pour satisfaire à son obligation. Pris dans ce sens on oppose le terme de droit au terme de grâce. Le terme de droit fait partie de l'engagement ; il constitue la loi des contractants. Le terme de grâce doit être sollicité ; il ne peut être accordé par le juge que pour des motifs d'humanité et dans les cas prévus par la loi.

Exécution de l'obligation à terme :

Il résulte de l'article 70 que ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme ; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété.

Droits respectifs des parties avant l'échéance du terme :

Le terme a des effets différents de ceux de la condition, en ce qu'il n'empêche pas l'obligation de se former immédiatement, qu'il n'en suspend ni la naissance ni la résolution ; il en limite seulement l'exigibilité, de telle sorte que ce qui est dû à terme ne peut être exigé avant l'échéance.

Mais le terme ne suspend que l'exigibilité de la créance, il n'empêche pas les autres effets des obligations. Ainsi, les droits d'enregistrement sont dus dès le jour du contrat.

Quoique le terme ne suspende pas l'obligation, mais seulement l'exécution, cependant il empêche la prescription de courir jusqu'au jour de l'exigibilité, aussi bien lorsqu'il s'agit d'une créance à terme incertain que d'une créance à jour fixe. En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2 n° 994.

Aucun acte de poursuite n'est permis au créancier à terme, il ne peut procéder ni par voie de saisie exécution, ni par voie de saisie immobilière, ni par voie de saisie brandon.

Ces deux notions, d'ailleurs, se confondent facilement dans une législation qui ne distingue pas la création de l'obligation de l'aliénation qui en est la conséquence. Ce n'est pas le cas du Code des Obligations civiles et commerciales qui opère cette distinction dans les articles 73 et 74.

Ce dernier article stipule que "la prestation promise doit être possible et porter sur des choses qui sont dans le commerce.

Elle doit être déterminée ou déterminable quant à son espèce et à sa quotité.

Elle peut porter sur des choses futures".

D'où l'on conclut que, le contrat pouvant engendrer plusieurs obligations et chaque obligation ayant son objet particulier, le contrat a autant d'objets qu'il engendre d'obligations ; c'est ainsi que, dans la vente, la chose vendue et le prix sont les deux objets du contrat.

Le mot chose est souvent pris dans un sens large ; il comprend tout ce qui peut apporter à l'homme quelque utilité ou avantage ; les choses incorporelles ou droits comme les choses matérielles, les faits ou actions de l'homme, l'omission ou abstention de faits. En ce sens Baudry-Lacantinerie et Barde t. 1 n° 243.

La chose qui fait l'objet du contrat peut donc être non seulement une chose matérielle, mais une chose incorporelle, un simple droit ou même une production immatérielle de l'intelligence ou du génie.

Cependant les actes dépendant d'une profession littéraire, scientifique ou artistique ne peuvent, former l'objet d'un contrat, en ce sens que celui qui les a promis n'est pas contraignable à l'exécution de sa promesse. En ce sens: Aubry et Rau, 4^e édition, t. 4. Ainsi l'engagement pris par un médecin de traiter un malade, par un avocat de plaider une cause, n'engendre contre eux aucune action contractuelle, sauf, le cas échéant, la responsabilité à laquelle ils pourraient être soumis en vertu de l'article 118 et suivants du Code des Obligations civiles et commerciales.

Mais ces actes n'en constituent pas moins, à raison de l'avantage qu'ils sont destinés à procurer, une cause suffisante pour valider la promesse de rémunération, d'honoraire, faite par celui au profit duquel ils doivent être accomplis.

En tout cas, pour pouvoir faire l'objet ou la matière d'un contrat, la chose doit remplir les conditions suivantes :

ter toutes difficultés d'interprétation.

Toutefois, ajoute l'alinéa 2, le contrat est réputé conclu dès que les parties se sont mises d'accord sur les points essentiels, notamment sur la nature et l'objet des prestations promises.

Contrat entre absents, l'offre :

L'article 80 dans son premier alinéa stipule que sauf volonté contraire, l'offre lie le pollicitant dès lors qu'elle précise les éléments principaux du contrat proposé.

Il reste toutefois que le second alinéa du même texte a prévu plusieurs situations qui sont de nature à délier le pollicitant de son offre sans qu'il s'expose au paiement des dommages-intérêts.

Ces situations relèvent les unes de l'incapacité ou du décès du pollicitant et les autres de sa volonté.

L'incapacité ultérieure ou le décès du pollicitant rendent l'offre caduque. Le pollicitant peut rétracter l'offre tant qu'elle n'a pas été acceptée. Cependant, lorsqu'un délai a été fixé pour l'acceptation ou que ce délai résulte des circonstances, la révocation de l'offre ne peut intervenir avant qu'il soit expiré.

Contrats entre absents, l'acceptation :

Nous avons déjà défini l'acceptation comme la manifestation du consentement de la partie à laquelle est faite la proposition de contracter.

L'article 81 stipule que sauf dans les contrats conclus en considération de la personne, l'acceptation pure et simple forme le contrat.

Il faut entendre par là que toute offre faite sans détermination de personnes peut être acceptée par tout intéressé. Lorsque l'offre s'adresse à une personne nominativement désignée, celle-ci seule peut parfaire la convention par son acceptation.

L'acceptation peut être tacite, sous réserve d'un mode déterminé d'acceptation imposé par le pollicitant.

L'acceptation tacite résulte d'un simple fait qui la suppose nécessairement.

Lorsque des relations d'affaires existent entre les parties, et seulement dans ce cas, le silence vaut acceptation.

Moment et lieu de formation du contrat :

La détermination du moment auquel se trouve réalisé, pour la formation de la convention, le concours des volontés d'où elle résulte, est importante à divers points de vue, notamment :

- lorsqu'il s'agit de savoir jusqu'à quel moment l'auteur de l'offre, ou l'auteur de l'acceptation, peut utilement la rétracter ;
- lorsqu'il s'agit de fixer la limite des délais ayant leur point de départ à la formation de la convention, tel que le délai de la prescription libératoire ;
- lorsqu'il s'agit de savoir quelle loi est applicable, si une loi nouvelle vient modifier les règles auxquelles obéit la formation de la convention, ou les obligations qu'elle engendre.

Enfin il est important de déterminer quel est le lieu où une convention a pris naissance, en raison de l'attribution de compétence juridictionnelle qui en résulte et de la loi applicable lorsque l'un des contractants habite à l'étranger, la loi applicable étant en ce cas le lieu de formation du contrat.

Qu'il s'agisse de contrats entre présents ou de contrats entre absents, une seule règle est appliquée : le contrat se forme au moment et au lieu de l'acceptation.

Cependant, si l'offre est acceptée tacitement, le contrat se forme au moment où l'acceptation tacite est réputée être intervenue.

La promesse de contrat :

L'article 83 dispose que celui qui s'engage à conclure un contrat est lié par sa promesse. Le bénéficiaire de la promesse doit lever l'option dans le délai prévu. Le contrat produit à ce moment tous ses effets sans rétroaction. Il s'agit là de la promesse unilatérale de contrat, encore appelée option.

La promesse de contrat est synallagmatique lorsque les parties sont d'accord sur l'objet du contrat et sur leurs obligations et prestations réciproques, se réservant seulement un moratoire pour parfaire leur accord. En réalité, il s'agit là beaucoup plus de la conclusion d'un contrat que d'une promesse et, en ce qui concerne la vente, l'article 323 stipule que la promesse synallagmatique est une vente parfaite - et en a donc les effets - lorsque le contrat peut être passé librement.

de nullité peut être expresse ou tacite mais doit toutefois être faite en toute connaissance de cause.

La confirmation fait disparaître rétroactivement le vice originaire, sans préjudice du droit des tiers.

Pouvoir du juge :

En matière de nullité l'article 89 reconnaît au juge du fond un pouvoir d'appréciation assez large. En effet, aux termes de ce texte sauf dispositions contraires de la loi sur les nullités de droit, le juge apprécie les causes d'annulation du contrat.

L'exception de nullité

L'exception de nullité ne doit pas être confondue avec la nullité elle-même. Alors que l'exception est une notion d'ordre procédural qui permet à son bénéficiaire de repousser toute action dirigée contre lui relativement à l'affaire annulée, la nullité est une question de fond.

Par opposition à la nullité, l'exception de nullité ne se prescrit pas fut-elle absolue ou relative.

Les effets de l'annulation

Les effets de l'annulation sont réglementés par l'article 91 qui opère une distinction suivant la nature des contrats.

Lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive qui a déjà reçu un commencement d'exécution, le souci d'éviter des gaspillages économiques et de sauvegarder une certaine sécurité des affaires a amené le législateur à n'annuler le contrat que pour l'avenir.

Quant aux contrats à exécution instantanée (telle la vente) l'article 91 stipule que le contrat nul est réputé n'avoir jamais existé et qu'en conséquence les parties doivent restituer ce qu'elles ont reçu.

Restitution par l'incapable

L'article 92 stipule que l'incapable est tenu à restitution dans la mesure de son enrichissement.

L'enfant par exemple, dénué de discernement, est naturellement incapable de consentement ; par suite, les actes qu'il ferait seul seraient nuls pour défaut de consentement.

L'incapable, qui ne peut consentir, ne peut s'enrichir du fait de son consentement et doit restituer ce qu'il a reçu.

Contrats immoraux

Le contrat est dit immoral, lorsque le motif déterminant de la volonté des parties est contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Un tel contrat est nul, et celui qui l'a exécuté ne peut obtenir la répétition de sa présentation.

Annulation partielle (article 94) :

Une distinction s'impose à cet égard suivant que la nullité porte sur une clause substantielle ou accessoire. Lorsque la nullité porte sur une clause accessoire du contrat, les autres clauses demeurent valables.

Responsabilité entraînant maintien du contrat

Lorsque la nullité résulte de la faute de l'une des parties, celle-ci ne peut demander l'annulation du contrat. C'est l'application de la maxime "fraud omnia corrompit", la fraude corrompt tout.

L'alinéa 2 de l'article 95 exclut de la catégorie des fautes permettant le maintien du contrat la simple déclaration de capacité.

En d'autres termes, la simple déclaration de capacité faite par un incapable, lors de la conclusion d'un contrat, ne saurait suffire pour le maintien de celui-ci.

CHAPITRE IV - LES EFFETS DU CONTRAT -

Section 1 - Effets entre les parties (articles 95 à 109) :

L'article 96 stipule que le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable. En d'autres termes, lorsque le contrat est légalement formé, il tient lieu de loi pour les parties. Il faut entendre par là que toutes les fois que la convention est en opposition avec un texte législatif, c'est elle qui doit l'emporter, si elle ne viole pas une règle d'ordre public.

Il faut aussi entendre par là que le contrat légalement formé ne peut être révisé ou résilié que du consentement mutuel des parties ou pour les causes prévues par la loi.

en tout état de cause, substituer sa volonté à la leur.

Les termes trop généraux, les clauses visant un point particulier, ne font pas obstacle à la recherche de la volonté des parties.

Clauses contradictoires

La question se pose lorsqu'il existe, dans un même contrat, plusieurs variétés de clauses dont les unes sont imprimées et les autres dactylographiées ou manuscrites.

L'article 102 stipule qu'entre ces clauses celle qui a le caractère le plus personnel est préférée aux autres.

Entre clauses inconciliables ou contradictoires celle qui reflète le mieux la volonté commune des parties a la préférence.

Lacune dans le contrat

En l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donne à l'obligation d'après sa nature. Mais on ne saurait imposer davantage à l'obligé qui ne peut être tenu à plus qu'il ne s'est engagé et aux conséquences normales de cet engagement d'après la nature de l'obligation en l'absence de stipulations précises.

Les stipulations du contrat sont réputées faites en faveur de celui qui s'oblige lorsque toute autre interprétation s'avère impossible.

Paragraphe 2 - Règles particulières aux contrats synallagmatiques

L'exception d'inexécution

Elle est un moyen de faire échec aux prétentions du co-contractant qui n'a pas lui-même exécuté ses obligations.

Toutefois, l'exception d'inexécution n'est pas largement entendue par le législateur car, elle suppose, d'après la nature et l'importance de l'obligation méconnue un manquement suffisamment grave pour justifier le refus d'exécution de l'obligation corrélative.

Dans les contrats synallagmatiques, lorsqu'on se trouve dans les hypothèses où l'exception joue, chacun des contractants peut refuser de remplir son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne.

La convention admettant l'exécution successive des obligations, ou les usages donnant à l'une des parties un délai d'exécution, rendent l'exception temporairement inopposable.

Action en résolution judiciaire

Quand peut-on demander la résolution judiciaire ?

Il faut rappeler que la résolution judiciaire est facultative pour la partie qui jouit de ce droit. Elle peut être analysée comme une sanction à l'encontre du co-contractant qui a failli à son obligation. Dans les contrats synallagmatiques lorsque l'une des parties manque gravement à ses engagements en refusant de les exécuter, en tout ou en partie, l'autre peut, en dehors des dommages-intérêts qui lui sont dus, demander en justice soit l'exécution forcée, soit la réduction de ses propres obligations, soit la résolution du contrat, soit la résiliation s'il s'agit d'un contrat à exécution successive.

Option :

L'article 105 établit une option au bénéfice du co-contractant victime entre tous ces moyens précédemment énumérés.

Il y a lieu toutefois d'observer que le même texte permet à l'autre partie de s'exécuter même en cours d'instance.

Clause de résolution expresse :

La clause résolutoire est une convention par laquelle les parties conviennent expressément, qu'à défaut d'exécution, le contrat sera résolu de plein droit et sans sommation. Cette clause est possible, sauf disposition légale contraire.

Il est aussi possible aux parties de convenir, par cette clause que le contrat sera résilié de plein droit à dater de la notification au défaillant des manquements constatés à sa charge.

Effets de la résolution et de la résiliation :

La résolution se distingue de la résiliation quant à ses effets et quant aux contrats qui en font l'objet.

La résolution sanctionne le manquement à un contrat à exécution instantanée. Elle entraîne la restitution des prestations déjà effectuées, elle ne nuit point aux tiers, sous réserve des dispositions concernant le régime foncier.

Par contre, la résiliation ne concerne que les contrats à exécution successive et n'a d'effet que pour l'avenir, laissant subsister les prestations déjà accomplies.

.../...

Théorie des risques, risques du contrat :

Il résulte des dispositions de l'article 108 que dans les contrats synallagmatiques, lorsque l'une des parties est dans l'impossibilité d'exécuter sa propre prestation, l'autre est déliée du contrat.

La règle établie par ce texte est une règle d'équilibre nécessaire. C'est à dire nécessaire. En effet, dans les contrats synallagmatiques les obligations réciproques des parties se servent réciproquement de cause et il est normal que lorsque l'un des contractants se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son engagement, l'autre soit délié du sien.

Risques de la chose (article 109) :

Le transfert des risques de la chose est lié au transfert de la propriété, ce dernier transfert entraînant celui des risques de la chose.

Le transfert de propriété résulte normalement de la délivrance de la chose (article 276 du Code des Obligations). Mais les parties peuvent en convenir autrement et les risques seront transférés au moment convenu par les parties pour le transfert de propriété. C'est ainsi que le vendeur peut se réservé la propriété de la chose jusqu'à complet paiement du prix (article 359).

Section II - Effets à l'égard des tiers (relativité des contrats) :

Le principe est que le contrat est un accord de volonté qui ne crée de droits qu'en faveur de ceux qui y ont été parties et n'engagent que ces dernières. Il ne produit d'obligations pour les tiers que dans les cas prévus par la loi.

Toutefois, à ce principe, l'article 110, dans son alinéa 2, apporte une dérogation en stipulant que le contrat est opposable aux tiers dans la mesure où il crée une situation juridique que ceux-ci ne peuvent méconnaître.

Il en est ainsi notamment, lorsque le contrat a été soumis à publicité.

Paragraphe I - La simulation :

La simulation est un accord par lequel les parties, dans le dessein de dissimuler leur véritable intention, conviennent de se constituer deux actes.

Ces actes sont appelés le premier, c'est-à-dire celui qui est destiné à être caché et qui exprime la réalité de leur intention, la contre-lettre et le second, c'est-à-dire celui qui a pour vocation d'être exhibé, l'acte apparent.

Il peut arriver que l'acte apparent et l'acte secret n'interviennent pas entre les mêmes parties. C'est le cas lorsque l'un des contractants à l'acte apparent a agi en qualité de prête-nom. Ce prête-nom transmet ensuite par un acte secret les effets du contrat au contractant véritable. Celui-ci peut ainsi dissimuler son nom et éviter que les tiers connaissent le véritable bénéficiaire de l'opération. Dans ce cas le cocontractant à l'acte apparent peut parfaitement ignorer l'acte secret. La nullité du dernier acte peut être prononcée s'il a été réalisé en vue de frauder la loi, ou s'il y a eu dol, la dissimulation du nom du véritable contractant ayant eu alors pour but d'obtenir le consentement du cocontractant à l'acte apparent, consentement qu'il aurait refusé s'il avait connu le nom du réel bénéficiaire.

L'intérêt de la distinction entre deux actes, apparent et secret, se situe au niveau de leurs effets envers les parties et les tiers.

Effets de la simulation entre les parties :

La simulation n'est pas une cause de nullité à moins qu'une disposition expresse de la loi n'en décide autrement. En d'autres termes, en l'absence de cette disposition expresse de la loi qui répute nulle toute simulation, les contractants doivent exécuter les obligations résultant de toute contre-lettre modifiant les stipulations de l'acte apparent.

En cas de prête-nom, si la qualité de celui-ci était ignorée de son cocontractant à l'acte apparent, c'est cet acte qui règle leurs rapports. Si le prête-nom avait révélé sa qualité au cocontractant, c'est au contraire l'acte secret qui précise les effets de la convention.

Effets de la simulation à l'égard des créanciers :

Il résulte des dispositions de l'article 112 que la contre-lettre n'est pas opposable aux créanciers des contractants. Elle ne leur nuit point.

C'est ainsi que si l'acte secret établit le caractère fictif de la vente faisant l'objet de l'acte apparent, le tiers qui sur la foi de ce dernier acte aura traité avec l'acquéreur, ne peut se voir opposer l'acte secret. A son égard seul l'acte apparent existe.

Effets de la simulation à l'égard des ayants-cause à titre particulier :

L'article 113 dispose, que la contre-lettre ne peut créer d'obligation à la charge des ayants-cause à titre particulier des contractants, mais qu'il leur est loisible d'en invoquer le bénéfice.

Il est ainsi une option est ouverte aux ayants-cause à titre particulier qui peuvent, lorsqu'ils y trouvent leur intérêt, invoquer soit les stipulations de la contre-lettre soit celles de l'acte apparent.

Paragraphe II - La stipulation pour autrui :\$

Dans ce contrat l'un des contractants appelé promettant s'engage envers l'autre appelé stipulant à fournir une prestation non pas à celui-ci suivant l'effet normal du contrat qui ne lie en principe que les parties, mais à un tiers désigné par le suppléant et appelé tiers bénéficiaire. Une telle stipulation constitue une dérogation à l'effet relatif des contrats.

Conditions de validité :

La stipulation est valable à condition qu'elle soit acceptée par le promettant et que le stipulant y ait intérêt.

Cette notion d'intérêt doit être entendu dans un sens très large et non dans celui, très étroit, du profit pécuniaire.

Tiers bénéficiaire :

Le tiers bénéficiaire peut être une personne simplement déterminable ou une personne future. Il peut accepter la stipulation même après le décès du stipulant.

Effets de la stipulation :

Le contrat étant intervenu entre le promettant et le stipulant, celui-ci peut contraindre le promettant à exécuter sa promesse. Il peut également révoquer la stipulation tant que le tiers bénéficiaire ne l'a pas acceptée.

Mais le tiers bénéficiaire acquiert un droit direct contre le promettant qui se trouve obligé envers lui. Il peut donc agir directement contre le promettant en exécution de sa promesse. Toutefois, le promettant peut lui opposer les exceptions que le contrat lui permettait de faire valoir contre le stipulant.

La stipulation pour autrui a reçu sa principale application pratique en matière d'assurance sur la vie contractée au bénéfice d'un tiers.

CONTRATS ADMINISTRATIFS
MARCHES ADMINISTRATIFS.

S O M M A I R E

P A G E

	P A G E
LEGISLATION.....	415
Contrats administratifs.....	415
Commissions des contrats de l'Administration.....	415
Marchés administratifs.....	415
CHAPITRE I - LES CONTRATS ADMINISTRATIFS.....	416
Critère des contrats administratifs.....	416
Mode de conclusion des contrats administratifs.....	418
Obligations des parties au contrat.....	418
- Obligations de l'Administration.....	418
- Obligations du co-contractant.....	419
Sanctions des obligations des parties.....	419
- Sanctions applicables à l'Administration.....	419
- Sanctions applicables au co-contractant.....	420
Responsabilité contractuelle.....	421
Dommages-intérêts pouvant être obtenus par le co-contractant.....	422
- réparation intégrale.....	422
- réparation partielle.....	423
Fin des contrats administratifs.....	423
- Annulation.....	423
- Résiliation.....	424
- conventionnelle.....	424
- de plein droit.....	424
- judiciaire.....	425
- administrative.....	425
Contentieux des contrats administratifs.....	426
CHAPITRE II - LA COMMISSION DES CONTRATS DE	
L'ADMINISTRATION.....	426
Composition.....	426
Vocation.....	427
- administrative.....	427
- contrôle des prix.....	427

Dispositions communes aux avances et aux acomptes.....	452
Délais de constatation des droits à paiement.....	453
- Marchés de fournitures et de services.....	453
- Marchés de travaux.....	453
- Marchés de bâtiments.....	453
Pénalités pour retard.....	456
Primes pour avance.....	457
Garanties exigées des soumissionnaires et des titulaires des marchés.....	457
garanties financières.....	457
- à fournir par les soumissionnaires.....	457
- à fournir par les titulaires.....	458
Consistance des garanties pécuniaires.....	459
Caution personnelle en cas d'avances.....	460
Mesures diverses.....	460
Cautions solidaires.....	462
Autres garanties financières.....	463
Garantie technique des fournitures.....	463
SECTION IV - Mesures coercitives-Résiliation des marchés.....	464
Mesures coercitives.....	464
Résiliation.....	465
- Résiliation sans indemnité.....	465
- de plein droit.....	465
- possibilité de résiliation.....	466
- Résiliation avec possibilité d'indemnité pour le co-contractant.....	466
Dispositions diverses.....	466

(J.O.R.S. n° 4076 du 3 janvier 1970, page 7) modifié par arrêté n° 802 du 24 janvier 1970 (J.O.R.S. n° 4097 du 11 avril 1970, page 352) et par arrêté n° 12 379 du 4 septembre 1970 (J.O.R.S. n° 4122 du 26 septembre 1970, page 932), lequel fait double emploi avec le précédent.

CHAPITRE I

LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Nous en exposerons les principes généraux.

Il faut entendre par contrats passés par l'Administration les contrats passés par les personnes morales de droit public.

Tous les contrats passés par ces personnes morales ne sont pas des contrats administratifs. Certains sont des contrats de droit privé soumis au droit commun des contrats tel qu'il est établi par le Code des Obligations civiles et commerciales. L'Administration agit alors comme un simple particulier et ces contrats, dans leurs conditions, ne diffèrent point de ceux de droit commun. C'est le cas notamment des contrats concernant l'acquisition de fournitures de peu d'importance.

Mais le plus souvent, les personnes morales de droit public agissent en raison des nécessités du service public et en vue de l'intérêt général. Elles concluent alors des conventions spéciales qualifiées de contrats administratifs.

Ces contrats sont soumis aux dispositions de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration et les dispositions du droit commun ne leur sont applicables qu'en l'absence de dispositions spéciales les concernant (article 4 de ladite loi).

Critère des contrats administratifs :

La qualité de contrat administratif peut résulter :

- d'une disposition législative ou réglementaire ;
- de la nature du contrat.

Contrats administratifs par détermination de la loi :

La qualité du contrat administratif peut être attribuée à tout moment, par la loi ou le règlement à une catégorie de conventions auxquelles une personne de droit public est partie, cette qualification devant résulter d'une disposition expresse du texte en cause.

~ du but d'intérêt général qui a manifestement inspiré la stipulation.

Modes de conclusion des contrats administratifs :

Sauf dans les cas où des dispositions législatives ou réglementaires imposent des procédures particulières, les personnes administratives choisissent librement les modes de conclusion de leurs contrats (article 23).

En principe les contrats de l'administration sont conclus à la suite d'une adjudication publique ouverte, restreinte ou sur coefficient et qui doit avoir fait l'objet d'une publicité préalable suffisante à peine d'annulation, la soumission étant libre dans les conditions de nationalité ; de capacité juridique et d'incompatibilité fixées par les dispositions législatives et réglementaires, l'Administration pouvant toutefois prononcer l'exclusion générale des adjudications d'une personne, soit à titre de sanction pour des fautes commises antérieurement par celle-ci, soit en raison de l'insuffisance de ses garanties professionnelles ou financières.

Le soumissionnaire est lié par son offre et ne peut ni la retirer, ni la modifier en cours de procédure.

L'attribution du marché est faite au meilleur offrant ; les autres soumissionnaires sont alors dégagés des engagements résultant de leur soumission.

Enfin, dans les cas prévus par les dispositions législatives et réglementaires l'Administration peut conclure :

- des marchés sur appels d'offres, selon les modalités fixées par les textes ;
- des marchés de gré à gré ;

Le choix du co-contractant est libre sous réserve des conditions de publicité et d'appel à la concurrence prévues par la loi ou les textes réglementaires.

- des marchés sur factures pour les achats de fournitures ou sur mémoires pour les prestations de services.

Obligations des parties au contrat :

Obligations de l'Administration :

L'Administration est tenue d'exécuter ses engagements contractuels ; l'exécution doit être correcte, c'est-à-dire satisfaire aux règles techniques et être faite de bonne foi, intégrale, c'est-à-dire porter sur toutes les obligations contractées, et intervenir dans le délai prévu.

Obligations du co-contractant de l'Administration :

Ses obligations découlent :

- des dispositions contractuelles,
- des dispositions législatives ou réglementaires,
- des usages et des prescriptions de l'Administration contractante dans les cas où le pouvoir de les édicter lui est reconnu.

Il est tenu d'exécuter les obligations qui lui incombent.

L'exécution doit être conforme aux modalités prévues par le cahier des charges, correcte, de bonne foi et intervenir dans les délais prévus, ou si aucun délai n'a été prévu, dans un délai raisonnable.

Les cessions et sous-traités sont prohibés, sauf autorisation préalable de l'Administration.

Si celle-ci est saisie d'une demande de cession ou de sous-traité, elle doit statuer dans un délai raisonnable à peine d'engager sa responsabilité.

Si la cession est acceptée le cessionnaire autorisé est entièrement substitué au co-contractant initial dans ses droits et obligations, celui-ci, sauf clause contraire, cessant d'être responsable de l'exécution du contrat.

Si le sous-traité est autorisé, le lien contractuel entre l'Administration et le co-contractant n'est en rien modifié et aucun lien contractuel n'est créé entre l'Administration et le sous-traitant.

Sanctions des obligations des parties.

Sanctions applicables à l'Administration :

L'inexécution par l'Administration de ses obligations n'autorise en aucun cas son co-contractant à suspendre ses prestations.

Seul le juge peut sanctionner cette inexécution.

Mais il ne peut pas adresser d'injonction à l'Administration ni la condamner directement ou sous astreinte à une obligation de faire ou de ne pas faire.

Il peut seulement :

- annuler les mesures prises par l'Administration dans l'exécution du contrat, à la condition qu'elles ne soient pas provoquées par les nécessités du service public à la réalisation duquel participe le co-contractant ;

- accorder au co-contractant des dommages-intérêts si la responsabilité de l'Administration est engagée dans l'inexécution de ses obligations ;

- résilier le contrat aux torts de l'Administration, en cas de manquements particulièrement graves de celle-ci à ses obligations contractuelles et la condamner à des dommages-intérêts envers son co-contractant.

Sanctions applicables au co-contractant de l'Administration :

Les sanctions frappant l'inexécution des obligations du co-contractant sont destinées à assurer la continuité du service public auquel l'exécution du contrat est nécessaire.

L'originalité juridique de ces sanctions consiste en ce qu'elles sont prononcées, non par le juge, mais par l'Administration, sauf toutefois pour les dommages-intérêts qui ne peuvent que faire l'objet d'une condamnation du juge.

Le juge peut seulement, sur la demande du co-contractant, contrôler la légalité de l'application des sanctions.

Les sanctions peuvent être :

- pécuniaires :

Des pénalités peuvent être prévues au contrat. Elles peuvent se cumuler avec toute autre sanction,

Des dommages-intérêts peuvent être alloués par le juge.

- coercitives :

En cas de faute grave, l'Administration peut substituer une autre personne au co-contractant défaillant pour assurer la continuité du service.

La substitution est provisoire et ne met pas fin aux liens contractuels, l'exécution du contrat se poursuivant aux frais et risques du co-contractant sanctionné.

Les modalités de la substitution sont :

- la mise sous séquestre du concessionnaire ;

Exceptionnellement, la mise sous séquestre du concessionnaire de service public peut être prononcée en l'absence de toute faute, lorsque, par suite de circonstances extérieures, elle est indispensable pour assurer la continuité du service.

- la mise en régie de l'entrepreneur ;

- l'exécution par défaut dans le marché de fournitures ou de transport.

- Résolutoires :

En cas de fautes/ graves ^{très} du co-contractant le juge peut prononcer la résiliation du contrat. Ce droit peut toutefois être reconnu à l'Administration par une stipulation de la convention. Dans ce cas l'Administration procède à la résiliation du contrat sous le contrôle éventuel du juge.

Le pouvoir de sanction de l'Administration est d'ordre public ; elle ne peut y renoncer par avance d'une manière générale.

Faits justificatifs de l'inexécution des obligations :

L'inexécution totale ou partielle des obligations de l'un des contractants peut être justifiée par la force majeure ou le fait de l'autre partie.

Ce dernier fait doit être extérieur imprévisible et irrésistible et il a les mêmes effets que la force majeure.

Responsabilité contractuelle :

La faute commise par une partie engage sa responsabilité à condition que l'autre partie prouve qu'il en est résulté pour elle un préjudice. Ce préjudice doit être réel, certain et spécial.

Il doit être entièrement réparé par le versement d'une indemnité, le retard dans le paiement de cette indemnité résultant d'une condamnation donnant lieu à des intérêts moratoires calculés sur la base du taux légal, qui sont dus du jour de la sommation de payer, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. Lorsque le retard injustifié de l'Administration dans le paiement de l'indemnité est imputable à une faute grave de celle-ci, des dommages et intérêts compensatoires peuvent être alloués au co-contractant, à condition que le préjudice subi du fait du retard ne soit pas couvert par les intérêts moratoires.

Enfin, lorsqu'il s'agit d'intérêts dus au moins pour une année, ceux-ci peuvent être capitalisés et produire des intérêts par demande judiciaire ou convention spéciale.

Limitations contractuelles de responsabilité:

Toute clause générale d'irresponsabilité de l'Administration est nulle, d'ordre public.

- réparation partielle :

- pour le déficit résultant du bouleversement de l'économie du contrat du fait de circonstances extérieures à la volonté du co-contractant et imprévisibles au moment de la conclusion de la convention.

C'est la théorie de l'imprévision.

Le législateur sénégalais a donné, dans le Code des Obligations de l'Administration, force légale à une construction jurisprudentielle française.

L'élément perturbateur du contrat peut résulter d'un fait d'ordre économique dont l'origine peut se trouver notamment dans un évènement naturel ou dans une intervention des pouvoirs publics par voie législative, réglementaire ou de mesure individuelle et doit intervenir durant les délais d'exécution de la convention, à moins que le retard dans l'exécution soit dû à une faute de l'Administration.

L'imprévision ne peut être invoquée que si l'évènement perturbateur a donné naissance à une situation extra-contractuelle se traduisant par une charge nouvelle pour le co-contractant, pour l'évaluation de laquelle il est tenu compte du préjudice subi par lui. Cette situation extra-contractuelle apparaît lorsque le co-contractant de l'Administration a subi un déficit important, que la marge de hausse éventuelle qui a pu être envisagée par les parties au moment de la conclusion du contrat est dépassée et que ces circonstances ont fondamentalement perturbé l'économie du contrat.

Le bouleversement ainsi intervenu ne met pas fin à l'obligation du co-contractant d'exécuter le contrat.

L'indemnité qui lui est allouée ne couvre qu'une partie du préjudice subi et le juge fixe la partie restant à sa charge.

Fin des contrats administratifs :

Le contrat administratif est anéanti :

- par son annulation et peut prendre fin :

- par sa résiliation,
- par son exécution.

1° - Annulation :

La validité du contrat administratif est soumise aux conditions de validité prévues par le Code des Obligations civiles et commerciales pour tout contrat.

Toutefois l'erreur ne doit pas procéder d'une faute, inattention ou légéreté inexcusable de la partie qui l'invoque.

Sont frappés de nullité absolue :

- le contrat qui, par son objet, n'est pas de la compétence de la personne morale de droit public qui l'a passé (articles 22 et 47) ;
- le contrat conclu en violation des règles de forme imposées par la loi (article 51) ;

Faisant application de cette disposition le tribunal de première instance de Dakar, dans un jugement du 5 décembre 1970 (Recueil ASERJ 1970, n° 4, page 135), a estimé que cette nullité peut être invoquée à bon droit à l'égard d'un contrat conclu en violation de la procédure du bon d'engagement instituée par le décret n° 64-400 du 4 juin 1964 (J.O.R.S. n° 3689 du 27 juin 1964, page 802), qui prescrit que toute dépense publique ne peut recevoir commencement d'exécution avant confirmation de régularité et prise en charge dans la comptabilité de l'ordonnateur par le procédé du bon d'engagement.

Ainsi, décide le jugement, ne peut engager l'Etat un contrat conclu sur la base d'un bon d'engagement qui indique seulement la marchandise réclamée sans même le nom du commerçant fournisseur, marchandise livrée sans autre formalité.

- le contrat conclu sans autorisation préalable lorsque sa conclusion est soumise à cette condition (article 18).

2° - Résiliation :

La résiliation du contrat peut être :

- conventionnelle ;
- de plein droit ;
- judiciaire ;
- administrative.

a) résiliation conventionnelle :

Les parties peuvent à tout moment convenir de mettre fin à un contrat en cours d'exécution.

b) résiliation de plein droit :

La disparition de l'objet du contrat entraîne sa résiliation de plein droit.

Celle-ci peut encore résulter soit d'une stipulation contractuelle (par exemple en cas de décès du co-contractant de l'Administration) soit d'une disposition légale.

c) résiliation judiciaire :

Les parties peuvent demander en justice la résiliation du contrat.

Elle peut être prononcée :

- sur demande des ayants-cause du contractant, en cas de décès de celui-ci ;
- lorsque l'Administration n'exécute pas ses obligations contractuelles, mais le manquement doit être particulièrement grave ;
- lorsqu'elle renonce à utiliser son pouvoir de sanction unilatérale à l'égard du co-contractant défaillant ;
- lorsqu'elle a, par l'utilisation des pouvoirs qu'elle détient à l'égard de l'exécution du contrat, dépassé les limites des modifications pouvant être apportées aux conditions initiales du contrat ;
- lorsque le rétablissement de l'équilibre du contrat est impossible par suite d'un bouleversement économique ;
- lorsque la force majeure rend définitivement impossible l'exécution du contrat ;
- lorsque le concessionnaire d'un service public a manqué gravement à ses obligations.

La résiliation produit effet au jour de la décision définitive.

d) résiliation administrative :

L'Administration contractante peut prononcer la résiliation du contrat par une décision unilatérale lorsque ce pouvoir lui est accordé par des dispositions légales ou des stipulations contractuelles.

Le Code des Obligations de l'Administration reconnaît à celle-ci le pouvoir unilatéral de résiliation :

- en cas de décès du co-contractant ;
- en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de celui-ci ;
- en cas de manquement grave du co-contractant à ses obligations ;
- au cas où le contrat est devenu inutile ou inadapté.

L'Administration peut se voir reconnaître le droit, par une stipulation contractuelle, de résilier unilatéralement une concession de service public en cas de

manquement grave du concessionnaire à ses obligations.

Contentieux des contrats administratifs :

La connaissance du contentieux des contrats administratifs est de la compétence des tribunaux de première instance.

Le recours pour excès de pouvoir devant la Cour Suprême est irrecevable en matière de contrats administratifs aussi bien en matière d'annulation du contrat lui-même qu'en annulation de mesures d'exécution du contrat.

Toutefois le recours pour excès de pouvoir est possible pour les actes détachables du contrat.

Sont notamment détachables du contrat :

- l'autorisation de contracter ;
- la décision de contracter ou de ne pas contracter ;
- l'opération d'adjudication ;
- l'approbation du contrat ;
- l'acte de conclusion du contrat ou le refus de conclure.

CHAPITRE II

LA COMMISSION DES CONTRATS DE L'ADMINISTRATION

Composition :

La Commission des contrats de l'Administration comprend :

- Le Secrétaire Général de la Présidente de la République ou son représentant, Président ;
- Un représentant du Président de la République ;
- Un magistrat représentant le Ministre de la Justice ;
- Un représentant du Ministre chargé des Finances ;
- Un représentant du Ministre chargé de l'Industrie et de l'Artisanat ;
- Un représentant du Ministre chargé du Commerce ;
- Un représentant du Ministre chargé des Travaux Publics ;
- Un représentant du Ministre chargé du Plan ;
- Un représentant du Contrôle financier ;
- Un représentant du Trésorier général ;
- Le contrôleur des opérations financières.

Les membres de la Commission autres que son Président et le contrôleur des opérations financières, sont nommés ainsi que leurs suppléants par arrêté du Président de la République.

La Commission peut demander la présence, avec voix consultative, de tout expert de son choix appartenant au secteur public ou au secteur privé.

Le Secrétariat de la Commission est assuré par un agent du Secrétariat Général de la Présidence de la République.

Vocations :

La Commission des contrats de l'Administration a :

- une vocation administrative ;
- une vocation de contrôle des prix ;
- une vocation économique ;
- une vocation technique ;
- une vocation particulière de contrôle.

Au titre de sa vocation administrative

la Commission :

- est consultée sur tous les projets portant modification du Code des Obligations de l'Administration et des décrets portant règlement particulier de certains contrats de l'Administration;
- est chargée d'étudier et de proposer toutes mesures de nature à améliorer le régime des contrats, notamment par l'établissement de cahiers types de clauses administratives générales.

Au titre de sa vocation de contrôle des prix

la Commission :

- formule des avis sur les projets de contrats qui posent des problèmes au regard de la réglementation des prix ou qui prévoient des prix anormalement élevés par rapport à ceux habituellement pratiqués et aux besoins à satisfaire ;
- étudie et propose les mesures propres à améliorer l'information mutuelle des services d'achat, ainsi que leur fonctionnement ;
- peut proposer à l'approbation du Ministre des Finances des formules de variation type, applicables à certaines catégories de prestations, lorsque les contrats comportent une clause de révision des prix.

.../...

Enfin la Commission intervient dans les différents cas définis par le décret n° 67-697 du 16 juin 1967 portant réglementation des marchés administratifs.

Notamment :

- elle décide de l'agrément des fournisseurs et entrepreneurs,
- elle choisit les attributaires des marchés lorsque le choix du Président de la Commission de dépouillement n'est pas ratifié par l'autorité administrative dont il dépend,
- elle apprécie les dérogations au décret sus-visé pour les marchés passés à l'étranger.

D'une façon générale, la Commission peut être saisie par les parties des différends et litiges s'élevant à propos des marchés et contrats (sauf pour ces derniers pour ceux relatifs à l'utilisation du personnel conformément au droit commun), ou des irrégularités constatées dans le déroulement des procédures concernant la réglementation des marchés administratifs.

Fonctionnement :

Sur convocation de son Président la Commission se réunit à date fixe, un ordre du jour détaillé étant envoyé à chaque membre avant la réunion. Il reproduit pour chaque projet de contrat le montant et la nature du projet.

La consultation dite "à domicile" est interdite.

Un exemplaire du projet de contrat et du rapport de présentation est envoyé à chaque membre. Le rapport doit obligatoirement faire référence au document comptable par lequel la dépense a été engagée ou pour les établissements publics à gestion purement commerciale au document comptable par lequel la dépense a été autorisée.

La Commission entend à titre de rapporteur un fonctionnaire ou agent du service bénéficiaire assisté le cas échéant du fonctionnaire ou agent qui a préparé le contrat.

La Commission doit faire connaître son avis dans les quinze jours qui suivent la réception des dossiers au Secrétariat.

Elle se prononce à la majorité des membres qui la composent, la voix du Président étant prépondérante en cas de partage.

Si son avis est favorable, le projet de contrat est aussitôt soumis à l'approbation de l'autorité compétente à qui sont signalées, le cas échéant, les réserves éventuellement exprimées par certains membres de la Commission.

Si l'avis est défavorable l'approbation du contrat est dans tous les cas de la seule compétence du Premier Ministre après avis du Ministre chargé des Finances.

CHAPITRE III

LES MARCHES ADMINISTRATIFS

Définition :

Les marchés publics sont des contrats administratifs relatifs aux travaux, fournitures ou services conclus par l'Etat, les établissements publics ou les collectivités locales, à l'exclusion des concessions.

SECTION I

Passation des marchés

Il est obligatoirement passé un marché :

- pour l'exécution de travaux dont la valeur excède un million de francs et ce, sauf dérogation accordée par la Commission des contrats, même s'il est fait appel à plusieurs entrepreneurs ou fournisseurs pour la réalisation du ou des chantiers et que le montant des travaux exécutés par chacun d'eux est inférieur à un million de francs ;
- pour les achats de fournitures livrables immédiatement ou au fur et à mesure des commandes lorsque les besoins annuels prévisibles de la personne morale justifient l'acquisition d'une quantité dont la valeur excède un million de francs ;
- pour les services dont la valeur excède un million de francs, sauf lorsque ces services sont exécutés par une personne morale de droit public dans les conditions fixées par décret ;
- pour les achats de véhicules automobiles quel que soit leur prix, lorsque leur cylindrée excède 125 cm³.

Tous les marchés ci-dessus sont conclus après appel à la concurrence, sous forme écrite et font l'objet d'un instrument unique dont les cahiers des charges sont les éléments constitutifs.

Ces cahiers des charges comprennent :

- les cahiers des clauses et conditions générales fixant les dispositions administratives applicables à tous les marchés de fournitures, de travaux ou de services ; ils sont approuvés par décret.
- les cahiers des prescriptions communes fixant essentiellement les dispositions ou spécifications techniques conformes aux normes homologuées dans la mesure où il en existe et qui sont applicables aux marchés portant sur une même nature de fournitures, de travaux ou de services, ou passés par un même organisme spécialisé. Ils sont approuvés par arrêté du ou des Ministres intéressés.

Ces deux catégories sont établies à la diligence de la Commission des contrats de l'Administration.

- les cahiers des prescriptions spéciales fixant les clauses propres à chaque marché et comportant au besoin des dérogations aux cahiers des clauses et conditions générales et aux cahiers des prescriptions communes.

Les marchés autres que ceux visés ci-dessus peuvent être conclus sur factures et mémoires.

Mentions obligatoires :

Les marchés définissent les engagements réciproques des parties. Ils doivent contenir au moins les mentions suivantes :

- 1°) l'indication des parties contractantes, avec notamment le numéro d'inscription au registre du commerce ou au registre des métiers et le numéro de compte de contribuable du co-contractant de l'Administration ;
- 2°) la définition de l'objet du marché ;
- 3°) la référence aux articles et alinéas du chapitre II du titre I du décret n° 67-697 du 16 juin 1967 portant règlementation des marchés administratifs en vertu desquels le marché est passé ;
- 4°) l'énumération éventuelle par ordre de priorité des pièces incorporées au marché ;
- 5°) le montant du marché et son mode de détermination dans les conditions fixées par les articles 40 à 43 du décret précité ;
- 6°) le délai d'exécution du marché dans les conditions fixées par l'article 45 du décret susvisé ;

- 7°) les conditions de réception et, le cas échéant, de livraison des prestations ;
- 8°) les conditions de règlements ;
- 9°) les conditions de résiliation ;
- 10°) les garanties exigées, telles que définies à l'article 80 du décret susdit ;
- 11°) l'avis de la Commission des contrats de l'Administration ;
- 12°) la date de conclusion des marchés ;
- 13°) l'imputation budgétaire ;
- 14°) le comptable assignataire chargé du paiement.

Préparation et conclusion des marchés :

Les marchés sont préparés et passés par les Ministères, les collectivités locales et les établissements publics compétents.

Toutefois en ce qui concerne les acquisitions d'automobiles et autres moyens du transport, sauf les engins spéciaux destinés à la défense et aux travaux publics, les marchés sont passés exclusivement par le Ministère des Finances et il en est de même, en ce qui concerne les Ministères et services installés dans la Région du Cap-Vert, pour le mobilier d'appartement et de bureau, les machines à écrire, à calculer, à photocopier et les duplicateurs.

Approbation des marchés :

Les marchés sont approuvés soit par le Premier Ministre, soit lorsqu'ils ont reçu l'avis favorable de la Commission des contrats de l'Administration, par le Ministre ou l'autorité ayant reçu délégation du Premier Ministre.

Délégation est donnée au Ministre des Finances pour approuver jusqu'à concurrence de 50 millions de francs les marchés de fournitures et de travaux ayant reçu l'avis favorable de la Commission des contrats de l'Administration et passés sur les fonds du budget général, des budgets annexes et des comptes spéciaux du Trésor.

Les contrats administratifs des établissements publics à caractère industriel et commercial sont soumis à l'avis de la Commission des contrats de l'Administration et approuvés par le Premier Ministre si leur montant est supérieur à 50 millions. Dans les autres cas, ils sont approuvés par l'autorité désignée dans le décret constitutif de chacun des établissements publics.

Fractionnement :

En principe, les travaux, fournitures et services de même nature doivent donner lieu à un appel d'offres unique.

Cependant, lorsque le dépouillement des offres fait apparaître que le fractionnement ne présente pas d'inconvénients financiers ou techniques, les travaux ou services à exécuter, les fournitures à livrer peuvent être divisés en plusieurs lots donnant lieu chacun à un marché distinct, compte tenu soit de l'importance des travaux, fournitures ou services, soit de la nature des professions intéressées, soit du lieu d'exécution ou de réception.

Si les marchés à passer pour un ou plusieurs lots ne sont pas attribués, l'Administration peut entamer de nouvelles procédures pour ces lots en modifiant, s'il y a lieu leur consistance.

Plusieurs circulaires présidentielles ou ministérielles ont insisté sur la nécessité de respecter ces prescriptions sur le fractionnement des marchés, dans le but notamment de favoriser le développement des entreprises artisanales.

Mais, à l'inverse, est absolument prohibée la procédure destinée à éviter l'obligation d'établissement d'un marché, et qui consiste, sans appel à la concurrence, à répartir entre plusieurs entreprises un travail donné, en attribuant systématiquement à chacune pour moins d'un million de francs.

Durée des marchés :

En règle générale, l'Administration ne doit pas contracter pour une durée de temps supérieure à un an.

Toutefois deux exceptions sont apportées à ce principe :

- les marchés dits "de clientèle" peuvent être contractés pour une durée maximale de trois ans.

Il s'agit des marchés qui comportent l'engagement par l'Administration de confier à un fournisseur, pendant une période déterminée, l'exécution de tout ou partie de certaines catégories de prestations suivant commandes faites au fur et à mesure des besoins.

Si ces marchés sont passés pour une durée supérieure à six mois et s'ils le prévoient expressément, chaque contractant a le droit de demander aux dates

fixées par lesdits marchés, une révision des conditions du marché ou de dénoncer celui-ci à défaut d'accord sur cette révision.

- les marchés afférents à des programmes pouvant être contractés par l'Administration pour plusieurs années, à condition que les engagements qui en découlent demeurent respectivement dans les limites des autorisations de programme et des crédits disponibles.

Conditions à remplir pour prendre part aux marchés :

L'exécution des marchés ne peut être confiée qu'à une entreprise ayant la capacité juridique, technique et financière nécessaire.

Ils ne peuvent être attribués à des entrepreneurs ou fournisseurs en faillite.

Les entrepreneurs ou les fournisseurs en liquidation judiciaire ne peuvent déposer des offres ou des soumissions qu'en vertu d'une autorisation de l'autorité compétente pour approuver le marché.

Justifications à fournir :

Tout candidat à une adjudication ou un appel d'offre doit justifier ses capacités techniques et financières par la présentation :

1°) d'une déclaration indiquant son intention de soumissionner et faisant connaître ses nom, prénoms, qualité et domicile, numéro d'inscription au registre du commerce ou au registre des métiers et numéro de compte de contribuable (sauf en ce qui concerne ce numéro, pour les candidats étrangers lors des appels à la concurrence internationale) et s'il agit au nom d'une société, la raison sociale, l'adresse du siège social, la qualité en laquelle il agit et les pouvoirs qui lui sont conférés ;

2°) d'une note indiquant ses moyens techniques, le lieu, la nature et l'importance des travaux, fournitures ou services qu'il a exécutés ou à l'exécution desquels il a concouru, l'emploi qu'il occupait dans chacune des entreprises auxquelles il a collaboré, ainsi que les nom, qualité et domicile des hommes de l'art sous la direction desquels ces travaux, fournitures ou services ont été exécutés. Les certificats délivrés par ces hommes de l'art sont joints à la note. Ils peuvent être remplacés par des certificats délivrés par un organisme de classification et de qualification agréé par l'Administration.

Les candidats aux adjudications publiques restreintes et aux appels d'offres, au lieu de présenter à l'appui de chaque offre la note ci-dessus, peuvent demander aux Ministres intéressés leur agrément pour les travaux, fournitures ou services déterminés.

Les demandes sont transmises par les Ministres, après avis des services techniques, à la Commission des Contrats de l'Administration qui accorde l'agrément, sans aucun engagement de confier l'exécution de marchés ultérieurs, pour des travaux, fournitures ou services d'un type déterminé et d'un montant maximum compte tenu des capacités techniques et financières de l'entreprise demandant son agrément.

Dans le cas de changement dans les conditions initiales ayant provoqué l'agrément, la Commission des contrats de l'Administration peut décider des modifications qui sont examinées à la demande des entreprises ou des ministères de gestion ou de tutelle.

La liste unique des entrepreneurs et fournisseurs agréés est diffusée périodiquement auprès des Ministères, collectivités locales et établissements publics par le Secrétariat de la Commission précitée.

3°) des attestations justifiant, dans les conditions fixées par arrêté du Ministre des Finances, de sa situation à l'égard de la Caisse de Compensation des Prestations Familiales et des Accidents du Travail, de la Caisse des Retraites IPRAO et des recouvrements fiscaux.

4°) éventuellement, de tout document permettant de juger de la capacité financière de l'entreprise.

Personnes et entreprises bénéficiant de certains avantages :

La participation aux appels à la concurrence et aux prestations et fournitures par entente directe dont le financement est prévu par le budget général ou les budgets des établissements publics et des collectivités locales, est réservée aux seules entreprises installées au Sénégal régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au registre du commerce ou au registre des métiers, sauf lorsqu'il s'agit de fournitures ou de travaux ne pouvant être directement ou indirectement réalisés par des entreprises locales.

Une préférence, à qualité équivalente et à délai de livraison comparable et dans la mesure où leurs offres ne sont pas supérieures de plus de 10 % à celles du

moins-disant, est accordée :

- aux fournisseurs de produits d'origine ou de fabrication sénégalaise, pour les marchés de fournitures passés sur appels d'offres ou par entente directe ;
- aux groupements d'artisans ou artisans inscrits au registre des métiers, pour les marchés de travaux passés sur appels d'offres ou par entente directe.

Les soumissionnaires concernés doivent joindre aux justifications exigées, une déclaration par laquelle ils demandent à bénéficier de la préférence prévue, en même temps qu'ils apportent toutes justifications utiles sur l'origine et la fabrication des produits qu'ils proposent, ou pour les groupements d'artisans, sur la constitution de leurs groupements.

Plusieurs circulaires présidentielles et ministrielles ont rappelé que la préférence prévue, doit être, dans les conditions fixées, impérativement respectée.

SECTION II

Modes de passation des marchés

L'appel à la concurrence peut avoir lieu sous différentes formes.

Ces formes sont les suivantes :

1°) Marchés par adjudication publique ouverte ou restreinte :

Y sont soumis obligatoirement les fournitures et travaux d'un montant supérieur à cinquante millions de francs.

S'il a rempli toutes les formalités exigées le concurrent le moins-disant doit être retenu.

Sont passés par adjudication publique ouverte les marchés portant sur des fournitures ou travaux d'un type courant qui peuvent, sans inconvénient, être livrés à une concurrence illimitée et dont il est possible de définir toutes les spécifications dans le cahier des charges avec une précision suffisante pour que les prestations conformes au cahier des charges ne se différencient que par le prix demandé.

L'adjudication publique ouverte comporte une concurrence illimitée.

L'adjudication restreinte comporte la faculté pour l'Administration de n'admettre que les soumissions qui émanent d'entrepreneurs ou fournisseurs présentant toutes les garanties financières et professionnelles nécessaires ; la liste en est arrêtée par l'autorité compétente après avis d'une commission désignée à cet effet.

Le cahier des charges peut stipuler les titres qui seront exigés pour être admis à soumissionner ou les épreuves éliminatoires auxquelles seront soumis les projets ou échantillons présentés. L'autorité compétente statue définitivement sur les conditions d'admission avant l'ouverture des plis renfermant les soumissions ; une adjudication restreinte n'est valable que s'il est retenu au moins deux soumissionnaires.

Sont passés par adjudication restreinte les marchés qui ne peuvent, sans inconvenient, être livrés à une concurrence illimitée.

Qu'elle soit publique ouverte ou restreinte, l'adjudication est soumise à publicité, sauf, pour l'adjudication restreinte, lorsque s'y opposent des circonstances exceptionnelles de rapidité ou de secret intéressant la défense nationale.

L'avis des adjudications à passer est publié, sauf les cas d'urgence, au moins quarante jours avant l'expiration du délai prévu par le cahier des charges pour le dépôt des soumissions par la voie des affiches et par tous les moyens ordinaires de publicité (journal d'annonces légales, bulletins des Chambres de Commerce, etc...).

Cet avis fait connaître :

- le lieu où l'on peut prendre connaissance du cahier des charges ;
- les autorités chargées de procéder à l'adjudication ;
- le lieu, le jour et l'heure fixés pour l'adjudication.

A compter de la publication de cet avis, il ne peut être apporté aucune modification au cahier des charges sans qu'il soit recouru à une nouvelle publicité.

Les soumissions placées sous enveloppes cachetées sont, dans un délai fixé par le cahier des charges, envoyées par lettres recommandées, ou si le cahier des charges l'autorise ou le prescrit, remises en séance publique ou déposées dans une boîte à ce destinée.

Il est procédé à l'adjudication en séance publique par un bureau d'adjudication de trois membres au moins désignés par l'autorité qui a lancé l'adjudication. Ce bureau comprend obligatoirement un représentant du contrôleur financier et pour ce qui concerne les établissements publics, le contrôleur des opérations financières.

Lorsqu'un maximum de prix ou un minimum de rabais a été fixé par l'autorité compétente, le montant de ce maximum ou de ce minimum est indiqué dans un pli cacheté, déposé sur le bureau à l'ouverture de la séance.

n'est ouvert qu'après dépouillement et classement des soumissions ; ce prix ou ce rabais doit rester secret.

Les plis renfermant les soumissions sont ouverts en présence du public ; il en est donné lecture à haute voix.

Le concurrent le moins-disant est déclaré adjudicataire provisoire.

Toutefois, lorsqu'un maximum de prix ou un minimum de rabais a été arrêté et qu'aucune proposition ne se trouve dans la limite ainsi fixée, le Président du bureau de l'adjudication fait connaître qu'il n'est pas désigné d'adjudicataire provisoire.

Si le prix le plus bas ou le rabais le plus fort est souscrit par plusieurs soumissionnaires, il est procédé entre ceux-ci seulement à une réadjudication. Si les nouvelles offres ne peuvent départager les soumissionnaires, il est procédé à un tirage au sort entre les moins-disants.

Les résultats de chaque adjudication sont constatés par procès-verbal relatant toutes les circonstances de l'opération.

Les adjudications ne sont valables et définitives qu'après approbation par l'autorité compétente. Le cahier des charges fixe le délai dans lequel cette approbation doit intervenir ; à l'expiration de ce délai, si l'approbation n'est pas intervenue, l'adjudicataire provisoire peut retirer les offres qu'il a présentées.

2°) Marchés par adjudication sur coefficients :

Sont passés par adjudication sur coefficients notamment les marchés portant sur les travaux, fournitures ou services qui ne répondent pas à un type uniforme dont les spécifications puissent être définies avec précision et pour lesquels la concurrence porte à la fois sur le prix et sur le mérite technique des projets ou échantillons présentés, lorsque ce mérite technique peut être évalué par des coefficients de qualité susceptibles d'être combinés avec des coefficients de prix pour l'attribution automatique du marché.

L'adjudication sur coefficients comporte l'obligation pour l'Administration de ne confier l'exécution des travaux ou de la fourniture qu'à celui des concurrents dont le projet ou l'échantillon aura été classé premier par le jeu combiné des coefficients de qualité et des coefficients de prix déterminés par le cahier des charges.

Selon qu'ils peuvent ou non être livrés à une concurrence illimitée, les marchés par adjudication sur coefficients sont soumis aux règles des marchés sur adjudication publique ouverte ou à celles des marchés par adjudication restreinte.

Le cahier des charges définit avec précision les conditions auxquelles devront satisfaire les projets ou échantillons, les délais dans lesquels ils devront être déposés, les épreuves auxquelles ils seront soumis, le mode de calcul et de combinaison des coefficients de qualité et des coefficients de prix qui leur seront attribués.

L'attribution des coefficients de qualité aux projets ou échantillons déposés par les entrepreneurs ou fournisseurs admis à concourir est effectuée définitivement et rendue publique avant l'ouverture et la lecture des plis renfermant les offres de prix, qui ont lieu en séance publique.

Lorsque deux ou plusieurs concurrents sont classés ex-aequo, il est procédé entre eux à une réadjudication et si les nouvelles offres ne peuvent les dépasser, à un tirage au sort.

Le concurrent classé premier est proclamé adjudicataire en séance publique et les résultats font l'objet d'un procès-verbal. L'adjudication n'est valable et définitive qu'après approbation par l'autorité compétente.

3°) Marchés sur appel d'offres :

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

L'appel d'offres ouvert comporte un appel public à la concurrence.

L'avis d'appel d'offres ouvert est publié au moins trente jours avant la date fixée pour la réception des offres par la voie des affiches et par tous les moyens ordinaires de publicité (journal d'annonces légales, bulletins des Chambres de Commerce, etc...).

L'avis d'appel d'offres fait connaître :

- l'objet du marché ;
- le lieu où l'on peut prendre connaissance du cahier des charges ;
- les conditions auxquelles doivent répondre les offres et éventuellement le règlement du concours s'il y est fait appel.

L'Administration peut recourir à l'appel d'offres avec concours. Il est fait appel au concours lorsque des motifs techniques ou esthétiques justifient des

recherches particulières. Le concours a lieu sur la base d'un programme établi par l'Administration qui détermine les conditions auxquelles doivent satisfaire les projets, notamment en ce qui concerne la dépense, les délais dans lesquels ils doivent être déposés, les primes, récompenses ou avantages alloués aux auteurs des projets les mieux classés par une commission désignée à cet effet par l'autorité compétente.

- la date et le lieu des réceptions des offres ;
- le délai pendant lequel les candidats restent engagés par leurs offres ;
- les justifications à produire concernant les qualités et capacités exigées du soumissionnaire.

En cas d'appel d'offres restreint, à l'exception de ces dernières justifications qui ne sont demandées qu'en cas de besoin, les indications ci-dessus doivent être portées à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres restreint ne peut s'adresser qu'aux candidats que l'Administration décide de consulter en raison de la nature spéciale de la fourniture, des travaux ou des services.

L'appel d'offres restreint est précédé d'une présélection des entreprises.

L'avis de présélection est publié selon le mode de publicité indiqué ci-dessus, au moins vingt jours avant la date limite fixée pour la réception des demandes d'agrément. En cas d'urgence, ce délai peut être réduit à dix jours.

L'avis de présélection fait connaître :

- la nature de la fourniture, des travaux ou des services ;
- les conditions auxquelles doivent répondre les demandes d'agrément ;
- le lieu et la date de réception des demandes d'agrément ;
- les justifications techniques et financières à produire concernant les qualités et capacités exigées du soumissionnaire en raison de la nature particulière ou de l'importance de la fourniture, des travaux ou des services.

Les demandes de présélection sont ouvertes et examinées aux lieu et date indiqués, par une commission identique à celle de l'appel d'offres et éventuellement complétée de techniciens ainsi que d'un représentant des Assemblées Consulaires.

En cas de désaccord d'un ou plusieurs membres sur la liste des candidats agréés, le Président de la Commission en rend compte au Président de la Commission des Contrats de l'Administration.

L'autorité qui a lancé l'appel d'offres prévient par lettre les entreprises, chacune pour ce qui la concerne, du résultat du dépouillement des demandes d'agrément.

Les dossiers d'appel d'offres sont communiqués aux seules entreprises agréées.

Ces lettres doivent parvenir aux entrepreneurs quarante jours au moins avant la remise des offres, ce délai pouvant être ramené à vingt jours en cas d'urgence.

Marchés pouvant faire l'objet d'appel d'offres :

Il peut être passé des marchés sur appel d'offres :

- pour les fournitures ou services dont la dépense totale n'excède pas 50 millions de francs ou, s'il s'agit d'un marché passé pour plusieurs années, dont la dépense annuelle n'excède pas 10 millions de francs, ainsi que pour les marchés de travaux. Ces limites peuvent être relevées par décret pour certains services ou fournitures;
- après avis de la Commission des contrats de l'Administration, pour les fournitures ou services dont les dépenses dépassent les limites fixées ci-dessus, lorsque leur caractère particulier et leur incidence technique ou financière ne permettent pas de définir toutes les spécifications dans un cahier des charges avec une précision suffisante ;
- pour les fournitures ou services entrant dans l'une des catégories des marchés par adjudication, qui dans le cas d'urgence, amenés par des circonstances imprévisibles préalablement constatées par la Commission des contrats de l'Administration, ne peuvent pas subir les délais des procédures prévues ;
- après accord préalable de la Commission des contrats, pour les fournitures ou services entrant dans les catégories susvisées, lorsque le jeu normal de la concurrence est entravé localement par l'état du marché ;
- pour les fournitures ou services qui n'ont fait l'objet d'aucune offre aux adjudications ou à l'égard desquelles il n'a été proposé que des conditions inacceptables.

Dépouillement des offres

Commission de dépouillement :

Les plis sont ouverts par une Commission comprenant :

- un représentant de l'autorité qui a lancé l'appel d'offres ;
- un représentant du Ministre des Finances ;

.../...

- un représentant du Contrôleur financier ;
- et, en ce qui concerne les établissements publics, un représentant du Contrôleur des opérations financières.

La séance d'ouverture des plis concernant les offres n'est pas publique, les candidats n'y sont pas admis. Cette séance suit immédiatement l'heure limite du dépôt des offres.

Etude des offres :

Après avoir éliminé les offres parvenues après la date limite fixée par le dossier d'appel d'offres ainsi que celles ne comportant pas les indications requises, la Commission procède à l'examen des offres.

Elle choisit librement, compte tenu de tous les éléments d'appréciation, l'offre qui lui paraît la plus intéressante.

Si plusieurs offres jugées les plus intéressantes sont tenues pour équivalentes, il peut être demandé aux candidats de présenter un rabais sur leurs offres. Hormis ce cas, la Commission ne peut discuter avec les candidats que pour faire préciser ou compléter la teneur technique de leurs offres.

Si la possibilité en est prévue dans l'appel d'offres, une offre comprenant une variante par rapport à l'objet du marché peut être prise en considération.

Désignation de l'attributaire :

La Commission dresse procès-verbaux des séances de dépouillement des offres et de ses travaux appuyés, le cas échéant, des rapports techniques, indiquant le soumissionnaire qui lui paraît devoir être préféré ; si la Commission ne propose pas le soumissionnaire offrant le moindre prix, le procès-verbal doit exposer les motifs de ce choix.

Le procès-verbal est soumis à l'approbation de l'autorité hiérarchiquement supérieure à celle qui préside la Commission. En cas d'approbation, cette autorité avise immédiatement les autres soumissionnaires du rejet de leurs offres.

Au cas où cette autorité n'estime pas devoir suivre les propositions de dépouillement, elle saisit du choix qu'elle propose la Commission des contrats de l'Administration. Dans ce cas, la désignation de l'attributaire du marché est effectuée dans les mêmes conditions que sont approuvés les marchés.

Si des offres ne sont pas faites par deux entrepreneurs ou fournisseurs au moins ou s'il est manifesté qu'une entente est intervenue entre tous les entrepreneurs ou fournisseurs consultés ou entre certains d'entre eux, il est procédé à une nouvelle consultation plus étendue, sauf le cas d'impossibilité matérielle ou d'urgence impérieuse.

L'Administration peut ne pas donner suite à un appel d'offres si elle n'a pas obtenu des propositions qui lui paraissent acceptables.

4°) Marchés par entente directe :

Il peut être passé des marchés par entente directe entre le service intéressé et le fournisseur ou entrepreneur:

- pour les objets non susceptibles d'appel à la concurrence dont la fabrication ou la vente est exclusivement attribuée à des porteurs de brevets d'invention, à des concessionnaires ou à des possesseurs uniques ;
- pour les fournitures ou travaux dont l'exécution ne peut en raison des nécessités techniques ou des programmes de production être confiée qu'à un entrepreneur ou fournisseur déterminé ;
- pour les objets, matières ou denrées qu'en raison de leur nature particulière et de la spécialité de l'emploi auquel ils sont destinés, il y a intérêt à acheter et à choisir aux lieux de production lorsqu'il n'existe sur place qu'un seul producteur ou fabricant des produits considérés.

Il s'agit là de cas où la concurrence est impossible.

Des marchés par entente directe peuvent également être passés dans les cas suivants :

- pour les travaux, exploitations et fournitures qui ne sont effectués qu'à titre d'essais ou d'études ;
- lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un appel d'offres pour les fournitures, services ou travaux qui, ayant donné lieu à un appel d'offres consécutif ou non à une adjudication, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou à l'égard desquels il n'a été proposé que des conditions inacceptables ;
- pour les travaux, fournitures ou services que l'Administration doit faire exécuter aux lieu et place des entrepreneurs ou fournisseurs défaillants et à leurs risques et périls ;

- - - - -
- pour les transports par voie ferrée ou confiés à des entrepreneurs de services publics, ou entreprises subventionnées de transports pour les affrètements et pour les assurances sur les chargements qui s'en suivent ;
 - pour les travaux, fournitures ou services qui, dans le cas d'urgence impérieuse amenées par des circonstances imprévisibles préalablement constatées par l'Administration, ne peuvent pas subir les délais d'une procédure d'appel d'offres ;
 - pour toutes espèces de travaux, fournitures et services lorsque les circonstances exigent que les opérations du Gouvernement soient tenues secrètes ; ces marchés doivent préalablement avoir été autorisés par le Président de la République sur un rapport spécial des Ministres intéressés ;
 - pour les travaux, fournitures et services dont le coût global excède un million et n'atteint pas cinq millions de francs.

Dans toute la mesure du possible le service intéressé doit assurer, par tous moyens appropriés, avant la passation du marché, une publicité préalable et une concurrence par demandes de renseignements afin que soient mis en compétition les fournisseurs ou entrepreneurs susceptibles de réaliser la prestation qui fait l'objet du marché.

Factures et mémoires :

Les fournitures, travaux ou services dont le montant est inférieur à un million peuvent être commandés sur bon de commande réglementaire appuyé de factures pro-forma ou de devis. Le règlement intervient sur présentation de la facture ou du mémoire correspondant.

Classification des contrats :

Les marchés peuvent être passés :

- à prix global forfaitaire :

Il s'agit du marché où le travail demandé est complètement déterminé et où le prix est fixé en bloc et à l'avance.

- à prix unitaires :

Ils concernent les marchés où le règlement est effectué en appliquant les-dits prix unitaires aux quantités réellement exécutées.

Les prix unitaires peuvent être soit spécialement établis pour le marché considéré (bordereau), soit basés sur ceux d'un recueil existant (série) soit basés

sur ceux des prix imposés par la voie législative ou réglementaire assortis éventuellement d'un coefficient ou d'une remise en unités monétaires.

Constituent des cas particuliers de marchés à prix unitaires le marché à commande, qui comporte à la fois un maximum de durée et un minimum et un maximum de prestations ou de travaux exprimés en quantités ou en valeur, et le marché de clientèle qui comporte l'exécution de certaines prestations demandées au fur et à mesure des besoins pendant une période déterminée.

- sur dépenses contrôlées :

Il s'agit du marché dans lequel les dépenses réelles et contrôlées du co-contractant (main-d'œuvre, matériaux, matières consommables, location de matériel, transports, etc...), pour l'exécution d'un travail déterminé lui sont intégralement remboursées, affectées de coefficients de majoration tenant compte des frais généraux et du bénéfice.

SECTION III

Conditions d'exécution des marchés

Prix :

Les prix du marché sont réputés couvrir le bénéfice ainsi que tous droits, impôts, taxe, frais généraux, et d'une façon générale toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe du travail, de la fourniture ou du service.

Les prix portés à un marché sont, en règle générale, fermes et non revocables, sauf pour les marchés à prix unitaires basés sur une série des prix existante ou sur les prix imposés par voie législative ou réglementaire.

Toutefois, il peut être inséré dans les marchés dont la durée d'exécution dépasse deux mois, une clause permettant de tenir compte des variations subies pendant les délais contractuels par les prix d'origine de la main-d'œuvre, des matériaux et de fournitures ainsi que par les charges imposées, par voie législative ou réglementaire, entrant dans la composition du prix global ou des prix unitaires.

Les prix d'origine à considérer sont ceux résultant de l'actualisation à la date d'origine des délais d'exécution, du ou des prix des marchés établis, compte tenu des prix connus à la date fixée pour le dépôt des offres ou à la date précisée par le cahier des prescriptions spéciales.

Le montant actualisé du marché correspond à l'engagement définitif de l'Administration à la date du commencement des délais d'exécution du marché. Il s'obtient en appliquant au montant porté au marché la formule de variation des prix.

Le prix global ou les prix unitaires doivent être calculés par le soumissionnaire en tenant compte des conditions économiques connues à la date fixée pour le dépôt des offres ou éventuellement à une date déterminée par le cahier des prescriptions spéciales.

Par délais contractuels on entend la période comprise entre l'origine des délais d'exécution et la date d'expiration des délais convenus pour l'achèvement de travaux ou fournitures.

La date d'origine des délais d'exécution est soit la date de notification du marché, soit la date fixée par celui-ci, soit celle fixée par l'ordre de service de commencer les travaux s'il en est ainsi disposé.

Les délais contractuels peuvent être augmentés de la période pendant laquelle une suspension d'exécution du marché a été autorisée par l'autorité qui a passé celui-ci :

Une telle suspension peut, à titre exceptionnel, être prononcée lorsque des conditions imprévisibles indépendantes de la volonté des parties empêchent de respecter les délais contractuels.

Variation des prix :

Lorsqu'il a été convenu de tenir compte des variations des prix, le montant global du marché, ou éventuellement le montant des prix unitaires, est réparti en pourcentage entre les divers postes (main-d'œuvre, matériaux, fournitures, etc...) rentrant dans la composition des prix, suivant la formule suivante dite "formule de variation des prix" :

$$P = PO \left(a \frac{A}{AO} + b \frac{B}{BO} + c \frac{C}{CO} \right)$$

dans laquelle :

- P, représente le nouveau montant du marché révisé ;
- PO, représente le montant fixé initialement ;
- AO, BO, CO, représentent le montant des prix unitaires entrant dans la composition des prix tels que connus à la date fixée pour le dépôt des offres ou à la date fixée par le cahier des prescriptions spéciales ;

.../...

- A, B, C, représentent le montant des prix unitaires à la date où est constatée la variation des prix ;
- a, b, c, représentent les coefficients ou paramètres correspondant au pourcentage de l'importance de chaque prix unitaire dans le prix global P. La somme des coefficients : a, b, c est égale à 100 %.

Révision des prix :

Si pendant les délais contractuels, les prix unitaires entrant dans la composition de la formule ci-dessus subissent une variation en plus ou en moins, la révision ne peut intervenir, sur demande écrite du co-contractant ou sur initiative de l'Administration, qu'après application d'un seuil et d'une marge neutralisée minima, calculés comme suit :

- P étant le montant des sommes dues après application de la formule de variation des prix ;
- PO étant le montant desdites sommes avant l'application de la même formule.

1°) Si le rapport $\frac{P - PO}{PO}$ est inférieur en valeur absolue à un seuil de cinq centièmes (5/100), le montant du versement à effectuer n'est pas modifié ; le co-contractant n'a droit à aucune indemnité ou l'Administration à aucune réduction ;

2°) En cas de hausse des prix si le rapport $\frac{P-PO}{PO}$ est supérieur à cinq centièmes (5/100), la part correspondant à cinq centièmes devient marge neutralisée et les neuf dixièmes (9/10) de l'excédent : P-PO au-dessus des cinq centièmes sont pris en charge par l'Administration, laquelle ajoute la plus-value correspondante au montant du décompte ;

3°) En cas de baisse des prix si le rapport $\frac{PO-P}{PO}$ est supérieur à cinq centièmes (5/100), les neuf dixièmes (9/10) de l'excédent PO-P au-dessus de cinq centièmes sont acquis à l'Administration qui déduit la moins-value correspondante du montant du décompte ;

4°) Si le rapport $\frac{P-PO}{PO}$ est supérieur en valeur absolue à vingt centièmes (20/100), l'administration peut prononcer d'office la résiliation du marché, le contractant ayant droit également sur sa demande écrite à cette résiliation.

La révision du prix d'origine doit être opérée sur le montant de chaque acompte puis en fin de marché, sur le montant du paiement pour solde.

Les prix unitaires utilisés pour la révision doivent être appréciés à la date de réalisation réelle et au plus tard à la date limite de réalisation contractuelle des opérations donnant lieu à ces versements.

Lorsque des avances ont été accordées et qu'elles sont remboursées par déduction sur les sommes dues à titre d'acompte ou de solde, la clause de révision des prix ne s'applique que sur la différence entre le montant initial de l'acompte ou du solde et le montant de l'avance à déduire.

Modalités de règlement des marchés :

Les marchés administratifs peuvent donner lieu à paiement d'avances ou d'acomptes.

Avances :

Elles peuvent être accordées à raison des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, fournitures ou services qui font l'objet d'un marché.

Elles peuvent être consenties au titulaire du marché dans les cas et dans les proportions suivants :

- s'il justifie que les travaux, fournitures ou services à exécuter nécessitent, soit la réalisation d'installations, soit l'achat, la commande ou la fabrication par lui-même de matériels, machines ou outillages importants, le montant des avances ne peut excéder ni la fraction de la valeur des installations ou des matériels, machines et outillages à amortir sur le prix du marché, ni 40 % du montant initial du marché.

L'avance est versée sur production de justifications contrôlées par l'Administration en suivant les débours afférents, soit à la réalisation des installations, soit à l'achat, la commande ou la fabrication de matériels, machines ou outillages, corrigés, compte tenu de la partie des immobilisations à amortir sur le prix du marché.

- s'il justifie de la conclusion d'un contrat d'achat ou d'une commande d'approvisionnement (matériaux, matières premières, objets fabriqués, etc...) destinés à entrer dans la composition des travaux ou des fournitures qui font l'objet du marché, le montant des avances ne peut excéder 50 % du montant des débours se rapportant au contrat d'achat ou à la commande considérée, tels que ces débours résultent des justifications par le titulaire du marché et contrôlées par l'Administration.

En outre, si le marché comporte une durée d'exécution supérieure à un an, le montant de chaque avance ne peut, sauf accord de l'ordonnateur, excéder la valeur des approvisionnements nécessaires à l'exécution des travaux ou des

.../...

fournitures pendant la période d'un an qui suit l'attribution de l'avance.

Ces avances sont versées sur production des justifications de débours contrôlées par l'Administration.

- s'il justifie se trouver dans l'obligation de faire des dépenses préalables, tels que achats de brevets, frais d'études, frais de transports nécessités par l'exécution du marché et d'une nature autre que celles prévues dans les cas ci-dessus, le montant des avances ne peut excéder le montant des dépenses préalables qu'il a exposées et contrôlées par l'Administration.

Ces avances sont versées sur productions des justifications des débours contrôlés par l'Administration.

- s'il est chargé d'acquérir pour le compte de l'Etat, soit des matériels, machines, outillages et équipements industriels, soit des matériaux, matières premières ou objets fabriqués, le montant des avances ne peut excéder 60 % du montant des dépenses se rapportant au contrat d'achat ou à la commande considérée, telles que ces dépenses résultant des justifications produites par le titulaire et contrôlées par l'Administration. Les avances peuvent être versées préalablement au paiement effectif de ces dépenses dès la conclusion du contrat d'achat ou de commande.

- pour un marché de travaux, nécessitant l'emploi sur le chantier de matériel de travaux publics de valeur considérable, dans les conditions expressément déterminées par les documents contractuels, le montant de ces avances ne peut excéder ni 60 % de la valeur vénale des matériels employés sur le chantier, ni 30 % du montant initial du marché.

Ces avances peuvent être versées lorsque les matériels ont été amenés sur le chantier ou, s'il s'agit de matériels dont le titulaire du marché ne disposait pas dans l'Etat du Sénégal au jour de l'approbation du marché, dès que les matériels peuvent être présentés au service chargé du contrôle de l'exécution du marché.

- exceptionnellement, il peut être accordé une avance de démarrage pour permettre au titulaire du marché de faire face aux charges entraînées par la réalisation de l'une des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, fournitures ou services.

Cette avance de démarrage ne peut excéder 15 % du montant initial du marché. Elle est versée à partir de la conclusion du marché, en fonction des charges du titulaire telles qu'elles sont prévues par celui-ci et vérifiées par l'Administration.

Les avances doivent être suivies dans la comptabilité des services contractants jusqu'à apurement. Elles sont remboursées, à un rythme fixé par le marché, par déduction sur les sommes dues ultérieurement au titulaire à titre d'acompte ou .../...

de solde.

Le rythme de remboursement tient compte de la proportion, dans la partie du marché déjà exécutée, des éléments ayant donné lieu à avances.

Acomptes :

Tout titulaire d'un marché prévoyant un délai d'exécution supérieur à trois mois est en droit d'obtenir des acomptes suivant les modalités fixées par le marché, s'il justifie avoir accompli pour l'exécution dudit marché l'une des prestations suivantes, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire de sous-traitants lorsque ceux-ci ne remplissent pas les conditions leur permettant d'obtenir directement de l'Administration le règlement de leurs travaux, fournitures ou services :

- dépôt sur le chantier, en usine ou en atelier des approvisionnements, matériaux, matières premières, objets fabriqués, etc... destinés à entrer dans la composition des travaux ou des fournitures qui font l'objet du marché sous réserve qu'ils aient été acquis par le titulaire du marché en toute propriété, et qu'ils soient lotis d'une manière telle que leur destination ne fasse aucun doute et qu'ils puissent être facilement contrôlés par l'Administration ;
- accomplissement d'opérations intrinsèques d'exécution des travaux, fournitures ou services constatés dans les attachements ou procès-verbaux administratifs sous réserve de la preuve de leur paiement par le titulaire du marché lorsque ces opérations ont été exécutées par des sous-traitants ;
- paiement par le titulaire du marché, des salaires et charges sociales obligatoires y afférentes correspondant à la main-d'œuvre effectivement et exclusivement employée à l'exécution des travaux, fournitures ou services, ainsi que de la part des frais généraux de l'entreprise payable au titre du marché selon les termes du contrat.

Les acomptes sur salaires et charges sociales ne peuvent se cumuler pour une même tranche de travaux, fournitures ou services avec ceux versés pour l'accomplissement d'opérations intrinsèques d'exécution par le sous-traitant visées ci-dessus.

Montant des acomptes :

Le montant d'aucun acompte ne doit excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte ; cette valeur est appréciée selon les termes du contrat. Il y a lieu d'en déduire la part des avances fixée par le contrat.

* * * * * 51

Dans le cas d'acomptes versés en fonction de phases techniques d'exécution, le marché peut fixer le montant de chaque acompte forfaitairement sous forme de pourcentage du montant initial du marché.

Périoricité des versements :

Les versements d'acomptes doivent intervenir tous les trois mois.

Ils peuvent s'échelonner pendant la durée d'exécution du marché suivant les termes périodiques ou en fonction de phases techniques d'exécution définies par le marché.

Paiement direct au sous-traitant :

Un sous-traitant, qu'il ait sous-traité pour une fraction de l'ensemble du marché ou pour l'accomplissement de certaines des opérations principales nécessaires pour l'exécution dudit marché et prévues dans celui-ci, peut obtenir directement de l'Administration contractante, avec accord du titulaire du marché, le règlement des travaux, fournitures ou services dont il a assuré l'exécution et qui n'ont pas déjà donné lieu à paiement au profit du titulaire.

Ce règlement est subordonné à la réalisation des conditions suivantes :

- le sous-traitant doit être agréé par l'Administration contractante par une disposition expresse insérée, soit dans le marché, soit dans un avenant ;
- le marché ou l'avenant doit indiquer d'une manière précise la nature et la valeur des travaux, des fournitures ou services à exécuter par le titulaire et par chacun des sous-traitants nommément désignés ;
- le titulaire du marché doit revêtir de son acceptation les attachements ou procès-verbaux administratifs produits à l'appui des titres de paiement émis au règlement des travaux, fournitures ou services exécutés par le sous-traitant. Le titulaire du marché demeure responsable des travaux, fournitures et services exécutés par le sous-traitant comme s'ils l'étaient par lui-même.

Ces dispositions ne peuvent recevoir application en cours d'exécution du contrat lorsque le marché a déjà été remis en nantissement par le titulaire.

Le sous-traitant bénéficiaire de ces dispositions peut, dans les mêmes conditions que le titulaire du marché, donner en nantissement à concurrence de la valeur des prestations qu'il exécute, tout ou partie de sa créance sur la collectivité contractante.

Dispositions communes aux avances et aux acomptes :

Les règlements d'avances ou d'acomptes n'ont pas le caractère de paiement définitif et leur bénéficiaire en est débiteur jusqu'au règlement final du marché.

Sauf accord de l'Administration contractante constaté par avenant, le titulaire d'un marché et les sous-traitants bénéficiaires des dispositions ci-dessus indiquées, ne peuvent disposer des approvisionnements ayant fait l'objet d'avances ou d'acomptes pour d'autres travaux, fournitures ou services que ceux prévus au contrat.

S'ils sont autorisés à disposer des approvisionnements, l'avenant doit préciser les conditions dans lesquelles les versements d'avances ou d'acomptes correspondants devront être restitués ou retenus sur les versements à intervenir.

En cas de résiliation totale ou partielle du marché, l'Administration contractante peut, sans attendre la liquidation définitive et si la demande lui en est faite, mandater au profit du titulaire 80 % au maximum du solde créditeur que fait apparaître une liquidation provisoire.

Réciproquement, si la liquidation provisoire fait apparaître un solde créditeur au profit de l'Administration, celle-ci peut exiger du titulaire du marché le versement immédiat des 80 % du montant de ce solde. Toutefois, un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette, celui-ci devant alors fournir la garantie d'une caution personnelle s'engageant solidairement avec lui à effectuer le remboursement.

Ces dispositions sont applicables aux sous-traitants bénéficiaires des dispositions précédemment indiquées sous réserve, en cas de solde créditeur à leur profit, que le décompte provisoire des travaux, fournitures ou services soit revêtu de l'acceptation du titulaire du marché.

Délais de règlement :

Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché ou par un sous-traitant pouvant bénéficier d'un paiement direct par l'Administration, qui donnent lieu à un versement d'avances ou d'acomptes ou à paiement pour solde, doivent être constatées par un écrit (procès-verbal, certificat ou décompte) dressé par l'Administration contractante.

Délais de constatation des droits à paiement :

a) Marchés de fournitures et de services :

Les fournitures et prestations effectuées par le titulaire sont soumises à des vérifications qualitatives et quantitatives destinées à constater qu'elles répondent aux spécifications du marché.

Le marché indique la nature et les modalités des vérifications, les autorités qui en sont chargées, le lieu où elles sont effectuées, le délai maximal imparti à l'Administration pour y procéder et notifier sa décision.

Dans le silence du marché, ce délai est de vingt jours. Son point de départ est fixé à la date définie comme suit :

- lorsque les vérifications sont effectuées en totalité ou en partie dans les établissements du titulaire, la date en est indiquée par celui-ci à l'autorité désignée à cet effet par le marché et de manière à permettre à l'Administration de commencer toutes les vérifications à compter de ce jour ;
- lorsque les vérifications sont effectuées dans les magasins de l'Administration ou autres emplacements de dépôt et de livraison désignés dans le marché, cette date est celle de la livraison dans ces magasins ou emplacements.

b) Marchés de travaux :

Sauf stipulations contraires du cahier des prescriptions spéciales, les délais ouverts à l'ingénieur pour procéder aux constatations ouvrant droit àacompte ou à paiement pour solde sont fixés à un mois.

Le point de départ de ces délais est :

- pour les décomptes provisoires, la fin de chaque mois ;
- pour le dernier décompte provisoire, la date de la réception provisoire ;
- pour le décompte général et définitif, trois mois après la réception provisoire ;
- pour le décompte pour solde, la date de la réception définitive.

c) Marchés de bâtiments :

Dans le cas de contrôle des travaux par l'architecte, celui-ci dispose de quinze jours pour procéder aux constatations donnant droit àacompte ou à paiement pour solde et pour établir les décomptes correspondants.

Dans le cas où il est dérogé aux règles fixées ci-dessus, le marché doit préciser les délais ouverts à l'Administration contractante pour procéder aux

constatations ouvrant droit à acompte ou à paiement pour solde.

Les délais courrent à partir des termes périodiques ou du terme final fixés par le marché et, lorsqu'on / pas fixé de tels termes, à partir de la demande du titulaire appuyée, si besoin est, des justifications nécessaires.

L'absence de constatation quinze jours après l'expiration du délai ouvre droit automatiquement, lorsqu'elle est imputable à l'Administration, à des intérêts moratoires calculés depuis le jour qui suit l'expiration du délai jusqu'à celui de la constatation.

Dans les deux mois qui suivent la constatation, le titulaire du marché et éventuellement les sous-traitants pouvant bénéficier du paiement direct par l'Administration, doivent être, le cas échéant, avisés des motifs pour lesquels les prestations constatées ne peuvent faire l'objet d'un acompte au moins partiel ou d'un paiement pour solde.

Tout retard dans la notification ouvre droit automatiquement à des intérêts moratoires calculés depuis le jour qui suit l'expiration du délai de deux mois jusqu'à celui de la notification.

Dans le délai de trois mois, compté suivant le cas à partir de la constatation ou du jour où le créancier a régularisé son dossier, suivant la notification qui lui en a été faite, le règlement doit intervenir. Le défaut de règlement dans ce délai fait courir de plein droit et sans autre formalité des intérêts moratoires calculés depuis le jour qui suit l'expiration dudit délai jusqu'au jour du règlement.

Les intérêts moratoires sont calculés sur le montant des droits à acompte ou à paiement pour solde, à un taux supérieur de 1 % au taux d'escompte de l'Institut d'Emission.

Dans le cas où les documents contractuels prévoient l'échelonnement dans le temps des phases successives d'exécution et des versements auxquels elles doivent donner lieu, aucune créance ne peut devenir exigible, aucun intérêt moratoire ne peut commencer à courir, avant les dates ainsi prévues par le contrat.

Lorsque les prix des travaux, fournitures ou services ou, au moins, les conditions exactes de leur détermination ne résultent pas directement des stipulations du contrat, notamment dans le cas où, exceptionnellement, un marché a été passé sur commande, le contrat doit indiquer en vue de sa mobilisation bancaire et du versement d'acompte un prix provisoire, soit global, soit correspondant à des

- soit que le titulaire sera soumis au contrôle d'un organisme agréé qui approuve ses plans, calculs et devis ;
- soit que le titulaire travaillera sous le contrôle d'un architecte solidairement responsable ;
- soit qu'il sera exigé que le titulaire souscrive une assurance afin de garantir sa responsabilité décennale.

Les cautionnements définitifs sont restitués ou les cautions qui les remplacent libérées, soit au moment du règlement pour solde, soit à l'expiration du délai de garantie, si le marché prévoit ce délai, et au vu d'une main levée donnée par l'autorité qui a passé le marché et approuvée par l'ordonnateur.

L'application des cautionnements définitifs à l'extinction des débits a lieu aux poursuites et diligence du Trésor public.

Les dossiers d'appel à la concurrence doivent préciser le régime des garanties qui seront exigées des soumissionnaires et des titulaires des marchés.

Consistance des garanties pécuniaires :

Au choix des soumissionnaires et titulaires des marchés les garanties pécuniaires peuvent consister en numéraire ou en titres dont la liste est fixée par décret pris sur rapport du Ministre des Finances qui détermine le mode de calcul de la valeur retenue pour chaque catégorie de ces titres (ce décret ne semble pas être actuellement intervenu).

Les cautionnements sont reçus par le Trésor (compte de dépôts et consignations).

Les oppositions sur les cautionnements doivent être faites, à peine de nullité entre les mains du comptable qui a reçu lesdits cautionnements.

Lorsque le cautionnement est constitué en titres nominatifs, le titulaire souscrit une déclaration d'affectation de ces titres et donne au Trésor un pouvoir irrévocable à l'effet de les aliéner s'il y a lieu.

L'affectation des titres nominatifs au cautionnement est notifiée à l'établissement émetteur.

Les valeurs transmissibles par endossement, endossées en blanc, sont considérées comme valeurs au porteur.

Lorsque les rentes ou valeurs affectées à un cautionnement donnent lieu à remboursement, la somme remboursée est encaissée par le Trésor et affectée au cautionnement à due concurrence à moins que le cautionnement ne soit reconstruit, au choix du titulaire, en valeurs prévues par le décret sus-indiqué.

Caution personnelle en cas d'avances :

Le titulaire d'un marché ne peut recevoir d'avances qu'après avoir constitué une caution personnelle s'engageant solidairement avec lui à rembourser, s'il y a lieu :

- 50 % des avances consenties au titulaire pour la réalisation d'installations, l'achat, la commande ou la fabrication par lui-même de matériels, machines ou outillages importants, ou pour la conclusion d'un contrat d'achat ou d'une commande d'approvisionnement de matériaux, matières premières, objets fabriqués, etc... destinés à entrer dans la composition des travaux ou fournitures faisant l'objet du marché, ou pour lui permettre de faire les autres dépenses préalables nécessitées par l'exécution du marché.
- 80 % du montant des avances consenties pour les marchés de travaux nécessitant l'emploi de matériels de travaux publics de valeur considérable, ou pour l'achat au compte de l'Etat des matériels, machines, outillages et équipements industriels, de matériaux, matières premières ou objets fabriqués, ou à titre d'avance du démarrage.

Toutefois, l'Administration contractante peut, en raison de la nature ou de l'objet du marché, prévoir avant la conclusion du contrat que la caution devra s'engager pour une valeur supérieure aux limites ci-dessus.

L'Administration libère les cautions fournies en garantie du remboursement des avances à mesure que les avances sont effectivement remboursées.

Mesures diverses :

Lorsqu'en vue de l'exécution des travaux, fournitures ou services, des matériels, machines, outillages ou approvisionnements sont remis par l'Administration au titulaire du marché sans transfert de propriété à son profit, celui-ci assure à leur égard la responsabilité légale du dépositaire.

Dans ce cas l'Administration peut exiger :

- un cautionnement ou une caution personnelle et solidaire garantissant la représentation des matériels, machines, outillages ou approvisionnement remis ;

- une assurance contre les dommages subis, même en cas de force majeure.

L'Administration peut également prévoir dans le cahier des charges des pénalités pour retard imputable au titulaire dans la restitution ou la représentation des matériels, machines, outillages ou approvisionnements remis.

Lorsque une remise d'approvisionnements par l'Administration a lieu avec transfert de propriété au titulaire, les garanties et les pénalités ci-dessus peuvent être exigées et prévues, et le titulaire est responsable de la représentation de ces approvisionnements ou d'approvisionnements de substitution, matériaux, matières premières, objets fabriqués, etc... ayant une valeur correspondante, jusqu'à exécution de ses obligations contractuelles.

Les marchés peuvent spécifier qu'en contrepartie de paiement d'acomptes, la propriété des approvisionnements, des travaux et fournitures élémentaires et des produits intermédiaires correspondant à ces acomptes et énumérés sur un inventaire, sera transférée à la personne publique contractante.

Dans ce cas, le bénéficiaire des acomptes assume néanmoins à l'égard des approvisionnements et produits intermédiaires dont la propriété a été transférée mais qui sont restés en dépôt sur le chantier, en usine ou en atelier, la responsabilité légale du dépositaire.

Les marchés peuvent spécifier que des marques apparentes attestant la propriété de la personne publique contractante, devront être apposées par le bénéficiaire des acomptes sur les approvisionnements et sur les produits intermédiaires transférés.

Le transfert de propriété des approvisionnements, travaux élémentaires et produits intermédiaires est annulé en cas de non-réception par l'Administration des travaux ou des fournitures qui font l'objet du marché.

En cas de perte d'approvisionnements ou de produits intermédiaires transférés ou de rebut des travaux ou des fournitures, l'Administration contractante doit exiger du bénéficiaire d'acomptes :

- soit le remplacement à l'identique ;
- soit la restitution immédiate des acomptes, sauf possibilité d'imputation sur les versements à intervenir ;
- soit la constitution d'une caution garantissant la restitution des acomptes.

Cautions solidaires :

Les soumissionnaires et adjudicataires des marchés passés au nom de l'Etat, des établissements publics et des collectivités locales peuvent fournir des cautions solidaires ayant reçu l'agrément du Ministre des Finances au lieu et place du cautionnement provisoire, du cautionnement définitif, élément fixe et élément proportionnel, du cautionnement des avances et du cautionnement garantissant la représentation des matériels, machines, outillages et approvisionnements remis par l'Administration.

Seuls peuvent être autorisés à cautionner, les établissements bancaires enregistrés et les organismes de cautions mutuelles constitués en vue de se porter caution solidaire de leurs membres.

L'autorisation donnée aux établissements bancaires et organismes habilités à cautionner les entrepreneurs ou les fournisseurs est subordonnée à la constitution par chaque établissement ou organisme d'un dépôt fait au Trésor, d'un montant forfaitaire.

Le montant de ce dépôt, à constater chez le Trésorier Général au compte "52-04 dépôts sans intérêts de diverses collectivités", est fixé par l'arrêté d'agrément ; il ne peut excéder 10 % du montant des engagements définitifs que l'établissement ou l'organisme est disposé à prendre ; il peut être modifié annuellement, soit à la demande de l'établissement ou organisme concerné, soit à l'initiative du Ministre des Finances, dans l'un et l'autre cas d'après les résultats représentatifs de ces engagements définitifs, apparaissant dans le dernier bilan des opérations en fin d'exercice de l'établissement ou organisme en cause.

L'autorisation de cautionner peut être retirée sans préavis par arrêté du Ministre des Finances.

L'arrêté n° 5572 du 8 juin 1972 a fixé comme suit le montant du dépôt des établissements bancaires agréés habilités à cautionner les entrepreneurs et les fournisseurs de l'Etat, des établissements publics et des collectivités locales :

- Banque Nationale de Développement du Sénégal : 50 millions de francs ;
- Banque Internationale pour l'Afrique Occidentale : 150 millions de francs ;
- Société Générale de Banques au Sénégal : 243.200.000 francs ;
- Union Sénégalaise de Banques pour le Commerce et l'Industrie : 243.080.000 francs ;
- Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie : 243 millions de francs.

Autres garanties financières :

Les cahiers des charges déterminent, s'il y a lieu, les garanties autres que le cautionnement ou les cautions personnelles solidaires notamment bancaires, telles que affectations hypothécaires, dépôt de matières dans les magasins de l'Etat, etc... qui peuvent être demandées à titre exceptionnel aux entrepreneurs et fournisseurs pour assurer l'exécution de leurs engagements ; ils précisent l'action que l'Administration peut exercer sur ces garanties.

B - Garantie technique des fournitures :

Le marché précise la nature et la durée de la garantie technique dont la fourniture fait l'objet de la part du titulaire.

Dans le silence du marché, l'obligation de la garantie couvre le démontage, le remplacement et le remontage de la fourniture ou des parties de la fourniture qui seraient à l'usage reconnues défectueuses.

Cette obligation s'étend notamment à la couverture des frais de déplacement, d'emballage et de transport de matériels nécessités par la remise en état ou le remplacement qu'il soit procédé à ces opérations au lieu d'utilisation de la fourniture ou que le titulaire ait obtenu que celle-ci soit retournée à cette fin dans ses établissements.

En ce qui concerne les frais de transport de matériels, le marché peut en limiter les charges, notamment en substituant le lieu de livraison contractuel au lieu d'utilisation effectif.

Le titulaire n'est libéré de son obligation que si l'avarie provient de la faute de l'Administration ou de la force majeure.

Sauf indication contraire du marché, le point de départ de la garantie est la date de la réception de la fourniture.

Toute défectuosité dont la réparation incombe au titulaire doit lui être signalée sans retard.

Les délais dont dispose le titulaire pour effectuer les réparations qui lui sont demandées sont fixés dans le marché ou, à défaut, par décision particulière de l'agent responsable.

Le non respect du délai peut être sanctionné par des pénalités.

.../...

Le titulaire doit exécuter les réparations qui lui sont demandées. La Commission des contrats doit être immédiatement saisie si le titulaire fait des réserves sur la mise en jeu de la garantie technique ou sur les délais dans le cas où ceux-ci sont fixés hors marché par l'agent responsable.

Le marché peut stipuler que le cautionnement définitif sera maintenu en tout ou partie jusqu'à l'expiration de la garantie technique.

La garantie expire normalement une fois écoulée la durée de la garantie, que cette durée soit exprimée en temps ou en durée d'utilisation.

Toutefois, quand la clause de garantie technique a joué, la période de temps écoulé entre la date où les défectuosités ont été signalées au titulaire et la date où a été constatée la réparation est suspensive de la durée de garantie dont le point final est prorogé d'un temps égal à la période de suspension.

De plus, quand les défectuosités constatées à l'usage font apparaître l'impossibilité totale d'utilisation de la fourniture, ces défectuosités étant liées à un vice de conception de la part du titulaire, la remise en état d'utilisation faite sous la direction de l'Administration peut ne pas être faite à l'identique ; dans ce cas les délais de la garantie technique commencent à courir en totalité à partir de la date où la remise en état a été constatée.

SECTION IV

Mesures coercitives - Résiliation des marchés

I/ Mesures coercitives :

Lorsque le co-contractant ne se conforme pas, soit aux dispositions du marché, soit aux ordres de service qui lui sont donnés en vue de son exécution, des mesures coercitives sont prises.

a) En ce qui concerne le marché en cours d'exécution, ces mesures sont :

- 1°) Pour les marchés de travaux, établissement immédiat par l'autorité chargée du contrôle de l'exécution du marché, d'une régie, totale ou partielle, aux frais du co-contractant, ou pour les marchés de fournitures ou de services, exécution de fournitures et services par un tiers aux frais du co-contractant ;
- 2°) Adjudication à la folle enchère au risque du fournisseur ou de l'entrepreneur ou résiliation pure et simple du marché, ou continuation de la régie ou passation d'un marché sur appel d'offres ou d'un marché de gré à gré avec ou sans con-

currence, suivant telle forme que l'Administration estime devoir suivre en l'espèce et sans que le co-contractant puisse éléver aucune protestation sur la procédure choisie en raison des sommes dont il sera en définitive constitué débiteur envers l'Etat. La décision est prise par l'autorité compétente après avis de la Commission des contrats de l'Administration.

Les excédents de dépenses qui résultent du nouveau marché sont prélevés sur les sommes qui peuvent être dues au co-contractant, ou, à défaut, sur son cautionnement, sans préjudice des droits à exercer sur lui en cas d'insuffisance.

Si le nouveau marché ou la régie entraîne au contraire une diminution dans les dépenses, le co-contractant ne peut réclamer aucune part de ce bénéfice.

Les conditions particulières propres respectivement aux marchés de travaux, de fournitures ou de services sont fixées aux cahiers des clauses et conditions générales.

b) Lorsque des actes frauduleux, des infractions réitérées aux conditions du travail, ou des manquements graves aux engagements pris ont été relevés à la charge du co-contractant, le Président de la République peut, après avis de la Commission des contrats de l'Administration, sans préjudice des poursuites judiciaires et des sanctions dont le fournisseur est passible, l'exclure pour un temps déterminé ou définitivement des marchés administratifs.

Le fournisseur est invité préalablement à présenter ses moyens de défense dans le délai imparti par l'Administration.

II/Résiliation :

Résiliation sans indemnité

a) de plein droit :

Le marché est résilié de plein droit sans indemnité.

- en cas de décès de l'entrepreneur, sauf à l'Administration à accepter, s'il y a lieu, les offres qui peuvent être faites par les héritiers pour la continuation des travaux ;
- en cas de faillite, sauf à l'Administration à accepter dans l'éventualité où le syndic aurait été autorisé par le tribunal à continuer l'exploitation de l'industrie, les offres qui peuvent être faites par ledit syndic pour la continuation ;

- en cas de liquidation judiciaire si l'entrepreneur n'est pas autorisé à continuer l'exploitation de son industrie.

En tout état de cause, les mesures conservatoires ou de sécurité dont l'urgence apparaît en attendant une décision définitive du tribunal sont prises d'office et mises à la charge de l'entrepreneur.

b) possibilité de résiliation :

Le marché peut être résilié sans indemnité si les conditions économiques ont entraîné une variation du prix du marché ou de la partie restant à exécuter supérieure à 20 %

Résiliation avec possibilité d'indemnité pour le co-contractant :

Le marché est immédiatement résilié lorsque l'Administration ordonne la cessation des travaux, fournitures ou services.

Lorsqu'elle prescrit leur ajournement pour plus d'une année, soit avant, soit après un commencement d'exécution, l'entrepreneur a droit à la résiliation de son marché s'il le demande/à partir de la date de notification de l'ordre de service prescrivant l'ajournement.

Dans les deux cas il peut être alloué au co-contractant une indemnité s'il y a lieu.

Il en est de même dans le cas d'ajournements successifs dont la durée global dépasse un an, même dans le cas où l'exécution du marché a été reprise entre temps.

Si le marché a reçu un commencement d'exécution, le co-contractant peut requérir qu'il soit procédé immédiatement à la réception provisoire des ouvrages exécutés ou livrés, puis à la réception définitive après l'expiration de la période de garantie.

Lorsque l'Administration prescrit l'ajournement de l'exécution du marché pour moins d'une année, l'entrepreneur n'a pas droit à la résiliation, mais seulement à une indemnité en cas de préjudice dûment constaté.

Dispositions diverses :

Les dispositions concernant les modes de passation des marchés ne sont pas applicables aux travaux que l'Administration est dans la nécessité d'exécuter en régie directe.

Toutefois, l'Administration, en cas de défaillance du titulaire du marché, constatée par une mise en demeure préalable, peut être amenée à faire exécuter en régie tout ou partie du marché, sur autorisation de l'autorité compétente.

Les fournitures de matériaux nécessaires à l'exécution en régie, si elles sont faites par des particuliers, sont néanmoins soumises aux prescriptions réglementaires.

Les dispositions concernant les marchés administratifs ne sont pas applicables aux marchés passés à l'étranger. Ces marchés ne peuvent être conclus qu'après avis de la Commission des contrats de l'Administration.

Les travaux neufs exécutés par voie d'entreprise pour les bâtiments de l'Etat ne peuvent avoir lieu qu'après l'approbation des devis qui en déterminent la nature et l'importance.

Les dépenses qui excèdent les devis approuvés ne peuvent donner lieu à aucun honoraire ni indemnité pour les architectes chargés des travaux au compte de l'Etat.

Les droits de timbre et d'enregistrement auxquels peuvent donner lieu les marchés sont à la charge de ceux qui contractent avec l'Etat. Le droit d'enregistrement est fixé à 1 %.

Jusqu'à intervention des nouveaux décrets prévus, les clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de travaux publics par arrêté ministériel du 16 octobre 1946, modifiées le 27 novembre 1952, les clauses et conditions générales applicables aux marchés de fournitures et services de toutes espèces spécifiées par arrêté du 8 avril 1953 ainsi que tous les textes modificatifs demeureront en vigueur.

Indépendamment des règles instituées par le Code pénal en matière de secret professionnel, les fonctionnaires et agents de l'Administration sont liés par l'obligation de discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les préparations des marchés et des dossiers d'appel d'offres, le dépouillement des appels à la concurrence et les litiges dans l'exécution des marchés, dans les conditions fixées par l'article 14 de la loi n° 61-33 du 15 juin 1961 relative au statut général des fonctionnaires.

CONTRATS D'EXCLUSIVITE

SOMMAIRE

PAGE

La liberté du commerce.....	463
L'atteinte portée à ce principe par les contrats d'exclusivité.....	468
Les différentes sortes de contrats d'exclusivité.....	472
Le refus de vente - conditions que doivent remplir les contrats d'exclusivité pour légitimer le refus de vente.....	473
Portée exacte du décret n° 70 - 1335 du 7 décembre 1970 relatif aux contrats d'exclusivité.....	475
Les contrats concernés par le décret n° 70 - 1335 du 7 décembre 1970 relatif aux contrats d'exclusivité.....	476

La liberté du commerce

L'article 7 de la loi du 2 - 17 mars 1791 pose en ces termes le principe de la liberté du commerce "A compter du 1er Avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon...."

Ce principe est donc ainsi posé d'une façon absolue, seul l'exercice du commerce est soumis à réglementation.

Cette loi figure en appendice au Code de Commerce, lequel Code a été rendu applicable au Sénégal par la loi des 21 - 29 novembre et 7 décembre 1850. Ses dispositions restent actuellement en vigueur à l'exception de celles ayant fait l'objet d'abrogations par la loi n° 66-70 du 13 juillet 1966 portant Code des obligations 2ème partie contrats spéciaux.

L'atteinte portée à ce principe par les contrats d'exclusivité

La liberté constituant donc la base du commerce, il n'est pas surprenant que la doctrine ait montré quelque méfiance envers toutes les conventions qui avaient, sinon pour but, tout au moins pour conséquence, de porter atteinte à la plénitude de ce principe, en le restreignant ou en le limitant.

Elle s'est tout d'abord demandé s'il ne convenait pas de les annuler purement et simplement comme étant entachés d'illégalité.

Mais la jurisprudence avait pris une position moins rigide, plus souple et avait admis la légitimité de la clause d'exclusivité à la condition qu'elle ne soit ni générale ni absolue c'est-à-dire qu'elle ne soit pas illimitée dans le temps et dans l'espace. La validité de la clause d'exclusivité était donc soumise à sa limitation dans le temps. L'atteinte au principe légal de la liberté de commerce ne pouvait être admise que si elle était provisoire, encore qu'aucun délai de limitation n'était fixé, cette limitation pouvant provenir d'une date librement convenue par les parties ou de la survenance d'un évènement prévisible, mais à une date imprécise, auquel les dites parties faisaient référence. Mais seule la clause d'exclusivité illimitée était frappée de nullité.

En France cette jurisprudence était fermement assurée par de nombreux jugements et des arrêts de Cour d'Appel et de la Cour de Cassation.

Cette position jurisprudentielle était toutefois critiquée par certains auteurs qui y voyaient la possibilité d'instituer une sorte d'inféodation économique du détaillant au fabricant.

En outre elle permettait, par un biais, de porter juridiquement atteinte de façon absolue au principe de la liberté de commerce. Il suffisait en effet d'assortir chaque vente successive d'une clause d'exclusivité, ce qui, bien que cette clause soit limitée dans le temps, aboutissait en fait à une clause d'exclusivité illimitée. Cela d'ailleurs n'a pas manqué d'être mis en pratique.

Aussi le législateur intervint-il et une loi française du 14 octobre 1943 limite à dix ans la durée maxima de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur.

Les articles 2 et 3 de cette loi mettent fin aux possibilités de faire échec à la limitation de la clause d'exclusivité par insertion dans chaque vente successive de cette clause. L'article 2 prévoit en effet que "lorsque le contrat dans lequel cette clause est insérée est suivie ultérieurement entre les parties, d'autres engagements analogues portant sur le même genre de biens, les clauses d'exclusivité contenues dans ces nouvelles conventions prendront fin à la même date que celle figurant au premier contrat", et l'article 3 dispose que "la durée de la validité de la clause d'exclusivité insérée dans les contrats en cours d'exécution est limitée à dix ans à partir de la date de publication de la présente loi.

Sa durée serait donc, en ce cas, simplement réductible à la durée décennale réglementairement prévue.

Par contre le décret impose dans son article 2, la nullité absolue du contrat dans deux cas :

1°) Lorsque le contrat d'exclusivité n'est pas passé par écrit. Cette obligation d'un écrit n'existe pas en droit français. Encore qu'il soit passé par écrit en raison des obligations multiples et précises qu'il implique, le contrat d'exclusivité, notamment de concession, peut parfaitement être prouvé, comme toute vente ou tout acte commercial, par tous moyens. Il n'en est plus de même au Sénégal où le seul moyen d'existence du contrat d'exclusivité, et donc de preuve, est l'écrit.

2°) Lorsque le contrat n'a pas été approuvé par le Ministre chargé du Commerce.

Le contrat d'exclusivité est donc soumis à une condition d'agrément de l'autorité ministérielle. Il ne peut être valable et produire ses effet que tout au-tant qu'il a été approuvé par le Ministre compétent.

C'est là une différence essentielle avec le droit français. En France le contrat d'exclusivité est valable et producteur d'effets du seul fait du libre échange de consentement des parties, sous réserve bien entendu qu'il n'encouvre pas la nullité par suite d'une violation des règles légales. Mais il échappe à tout contrôle administratif et ne peut connaître, comme tout acte juridique, que le contrôle exercé par les tribunaux touchant sa régularité. En droit sénégalais au contraire, le contrat d'exclusivité est soumis à une vérification administrative préalable de validité, obligation instaurée par l'article 275 du Code des obligations civiles et commerciales et qui a été réglementée par le décret susvisé.

La sanction prévue par le décret pour la non observation des deux conditions de validité est la nullité absolue, nullité qui, à la différence de la nullité relative qui ne sanctionne que la violation d'une règle ayant pour but de protéger un intérêt privé, sanctionne la violation d'une règle établie en vue de protéger l'intérêt général. Ce qui montre bien que l'intention du législateur, en édictant un tel texte, a été de protéger l'intérêt général tel qu'il résulte de la liberté du commerce et du libre jeu de la concurrence.

Du fait que le caractère de cette nullité soit absolu découlent les conséquences suivantes :

A la différence de la nullité relative dont ne peut exciper que la partie dont l'intérêt est lésé, le droit de se prévaloir de la nullité absolue peut être exercé par toute personne ayant un intérêt à faire déclarer la nullité de l'acte, l'intérêt personnel se mettant au service de l'intérêt/auquel l'acte porte préjudice. L'^{général} article 85 du Code des obligations civiles et commerciales précise que la nullité absolue peut être invoqué non seulement par tout intéressé mais en outre par le Ministère public et soulevée d'office par le juge.

Car une action en justice reste nécessaire. La nullité ne met pas fin, par elle-même à l'existence de l'acte qu'elle entache, elle le rend simplement inefficace c'est-à-dire qu'elle l'empêche de produire ses effets. Mais du fait même que l'acte continue à exister juridiquement, l'une des parties pourrait demander son exécution. Or par application du principe qui interdit de se faire justice à soi-même la partie qui a intérêt à obtenir l'annulation de l'acte doit s'adresser à justice soit pour faire prononcer la nullité, soit, lorsque l'acte est nul de plein droit par lui-même, pour faire constater cette nullité.

Les différentes sortes de contrats d'exclusivité

L'article 1er du décret n° 70-1335 du 7 décembre 1970 distingue trois sortes de contrats d'exclusivité :

1°) "Le contrat d'exclusivité réciproque de vente ou d'achat est celui par lequel un commerçant, dénommé généralement concessionnaire, s'engage à acheter exclusivement certains produits à un fournisseur qui promet en contre partie de les lui vendre exclusivement, les deux parties s'engageant en outre à ne pas acheter ou vendre à des tiers des produits concurrents".

C'est le contrat classique de concession.

2°) "Le contrat d'exclusivité d'achat est celui par lequel un commerçant s'engage d'une part à acheter exclusivement certains produits à un fournisseur qui demeure libre de vendre les mêmes produits à toute autre personne, et d'autre part à ne pas acheter de produits concurrents à des tiers".

C'est le contrat de fourniture, dénommé aussi contrat d'approvisionnement. Généralement il est accompagné et c'est ce qui lui donne son intérêt pour le commerçant distributeur, de conditions d'achat auprès du fournisseur plus avantageuses que dans la moyenne ordinaire et il est parfois prévu un minimum d'achat obligatoire qui constitue un quota.

3°) "Le contrat d'exclusivité unilatérale de vente est celui par lequel un fournisseur s'engage à ne vendre ses produits qu'à certains commerçants qui demeurent libres d'acheter les produits concurrents à des tiers".

Un pareil contrat est de conception surtout théorique. En fait, on discerne mal l'intérêt qu'aurait un fournisseur à passer un tel contrat avec un détaillant, s'il n'obtenait de celui-ci en contrepartie un avantage consistant en une exclusivité d'achat. En pratique l'exclusivité de vente se double, au sein d'un contrat ~~symbolique~~ pragmatique de concession, d'une exclusivité d'achat, chacune de ces clauses constituant la cause du contrat pour la partie intéressée.

Le refus de vente - Conditions que doivent remplir les contrats d'exclusivité pour légitimer le refus de vente

L'existence d'une clause d'exclusivité de vente conduit le fournisseur à refuser de vendre les produits faisant l'objet du contrat d'exclusivité à toute autre personne que l'acheteur auquel il est lié par ce contrat. Or le refus de vente constitue un délit, assimilé à la pratique des prix illicites, prévu et réprimé en France par le décret du 24 juin 1953 et au Sénégal par la loi n° 55-25 du 4 mars 1965 sur les prix et les infractions à la législation économique.

Il convenait donc de rendre possible l'existence des contrats d'exclusivité de vente sans qu'ils soient générateurs de délits. C'était à la fois poser la question de la validité de ces contrats et des produits dont ils pouvaient faire l'objet et pour lesquels le refus de vente à d'autres personnes que le concessionnaire ne constituerait pas un délit.

Au Sénégal les seuls textes concernant les contrats d'exclusivité sont l'article 275 du Code des obligations qui impose l'obligation de l'approbation de la clause d'exclusivité par l'autorité administrative compétente et le décret n° 70-1335 du 7 décembre 1970 qui réglemente ces contrats.

En France, seule la loi du 14 octobre 1943 fixe une limite dans le temps à la clause d'exclusivité. Mais aucun autre texte n'est venu préciser d'autres conditions particulières de validité pour ces contrats.

Aussi est-ce une construction jurisprudentielle qui a finalement défini les conditions qui devaient remplir les contrats d'exclusivité pour être valables.

S'agissant du refus de vente il a appartenu également à la jurisprudence de délimiter la nature ou les catégories de produits pour lesquels le refus de

Quoiqu'il en soit la position jurisprudentielle française en la matière est la suivante :

Se basant sur le fait que la loi du 14 octobre 1943 était un texte limitatif de la liberté contractuelle, les tribunaux, comme il est de règle en ce cas, l'ont interprété très restrictivement et ont soustrait de son application tous les contrats qui, bien que contenant des clauses d'exclusivité, n'étaient pas expressément visés par ce texte. Cette loi ne mentionne en effet que la vente, la cession ou la location de biens meubles. La Cour de Cassation française, dans un arrêt du 14 décembre 1959 (gaz. Pal. 1960, l. 112) a donc pu estimer que l'exclusivité de fournitures promise par le locataire d'un fonds ne constitue pas un contrat de vente portant sur des biens meubles, mais une clause essentielle d'un contrat de bail portant sur un immeuble et que, dès lors, la loi du 14 octobre 1943 était inapplicable. Des décisions jurisprudentielles ont de même soustrait à l'application de cette loi les clauses d'exclusivité insérées dans un contrat de prêt.

Cette jurisprudence française peut-elle influencer les décisions à venir des tribunaux sénégalais en la matière ? C'est possible, mais ce n'est pas certain.

La jurisprudence française peut prêter le flanc à la critique. S'il est bien exact qu'il est de règle qu'un texte limitant la liberté contractuelle doit être interprété restrictivement, il peut en aller différemment lorsque l'expression de cette liberté contractuelle a pour objet de porter atteinte au principe légal de la liberté du commerce, donc à la liberté individuelle. Dans ce cas appliquer restrictivement une limitation légale à ce principe, c'est en fait permettre des atteintes plus importantes au principe de la liberté commerciale. C'est là une considération qui pourrait être de nature à inciter les tribunaux sénégalais à faire une large application du décret n° 70 - 1335. Aussi jusqu'à ce que la jurisprudence locale ait été précisée il semble qu'il y ait d'agir avec prudence dans ce domaine contractuel.

Les contrats concernés par le décret n° 70 - 1335 du 7 décembre 1970

Une dernière question se pose. A quels contrats s'applique le décret n° 70 - 1335 du 7 décembre 1970 ?

Bien entendu ce texte s'applique à tous les contrats d'exclusivité passés et exécutés au Sénégal.

Mais qu'en est-il pour les contrats d'exclusivité conclus à l'extérieur du Sénégal et exécutés au Sénégal ?

La question a été posée lors des réunions d'études précédant la prise du décret. Mais, à notre connaissance, aucune réponse officielle n'y a été fournie.

À défaut il convient de préciser les principes de droit applicables.

Pour les contrats d'exclusivité unilatérale d'achat c'est-à-dire pour les contrats de fourniture conclus à l'étranger, le lieu de passation de l'acte et le lieu d'exécution de l'acte (passation des commandes) se confondent et, étant situés à l'étranger, le texte sénégalais n'est pas applicable, la *lex loci actus* étant la seule compétente.

Mais la situation est différente lorsque les contrats d'exclusivité passés à l'étranger comportent soit des clauses unilatérales de vente (hypothèse, nous l'avons vu, surtout théorique) soit des clauses réciproques de vente et d'achat. Dans ce cas, en effet, le lieu de conclusion du contrat est situé à l'étranger et le lieu d'exécution (vente des marchandises) se trouve au Sénégal.

Quelle sera la loi applicable, celle en vigueur au lieu de conclusion du contrat ou la loi sénégalaise applicable au lieu d'exécution du contrat ?

Le droit international privé distingue traditionnellement, pour la détermination de la loi applicable aux actes juridiques, la forme et le fond.

La forme des actes, ainsi que leur preuve, dépendent de la loi du lieu de la conclusion du contrat. Toutefois les parties au contrat peuvent adopter les formes prévues par leur loi nationale commune.

Les conditions de fond et les effets du contrat sont au contraire régis par la loi d'autonomie, c'est-à-dire par la loi choisie explicitement ou implicitement par les parties au contrat lors de la conclusion de celui-ci. Par conséquent, les conditions de validité du contrat sont en principe soumises à la loi d'autonomie.

Mais ce principe n'est pas absolu. Il subit des dérogations.

Notamment la capacité respective des parties relève de leur loi nationale et certaines actions, en particulier celles concernant les mesures d'exécution forcée auxquelles le contrat peut donner lieu, sont de la compétence du tribunal saisi, ce tribunal pouvant être celui du lieu de conclusion du contrat ou celui du lieu d'exécution du contrat.

Par ailleurs, la loi étrangère choisie par les parties ne doit pas heurter l'ordre public et les bonnes moeurs. Or l'ordre public est intéressé par une question mettant en jeu le principe légal de la liberté du commerce donc la liberté individuelle.

Enfin et surtout la loi d'autonomie est écartée pour tous les contrats dont la conclusion ou l'exécution est subordonnée au respect d'une réglementation ou d'un contrôle administratif. C'est bien le cas au Sénégal où les contrats d'exclusivité sont soumis, par le décret n° 70 - 1335 du 7 décembre 1970, à une réglementation et à une approbation ministérielle de contrôle. Le non respect de cette réglementation ou de ce contrôle constitue d'ailleurs une infraction pénale punie de peines de simple police (article 9 du décret).

On ne peut donc, sauf décision contraire officielle, soustraire les contrats d'exclusivité dont le lieu d'exécution est situé au Sénégal, à l'application du décret précité.

Il convient donc, jusqu'à l'intervention éventuelle d'une telle décision, d'en tenir compte.

CONTROLE DES CHANGES

ET

RELATIONS FINANCIERES AVEC L'ETRANGER

S O M M A I R E

	<u>PAGE</u>
CHAPITRE I - GENERALITES	
Section 1 - Historique.....	483
Section 2 - Organisation administrative.....	484
Sous-section 1 - Le Ministre des Finances.....	484
Sous-section 2 - Les institutions financières.....	484
Sous-section 3 - Liste des intermédiaires agréés..	484
Section 3 - Textes de base.....	485
Section 4 - Champ d'application.....	486
Sous-section 1 - L'étranger.....	486
Sous-section 2 - Les résidents.....	487
Sous-section 3 - Les non-résidents.....	487
CHAPITRE II - REGLEMENTS ENTRE LE SENEGAL ET L'ETRANGER	
Section 1 - Principes.....	487
Sous-section 1 - Transferts à destination de l'étranger.....	487
Sous-section 2 - Les règlements à destination de l'étranger.....	488
Sous-section 3 - Transferts en provenance de l'étranger.....	488
Sous-section 4 - Réglements en provenance de l'étranger.....	489

Sous-section 5 -	Paiements après importation.....	497.
	a) Délai d'acquisition des devises.....	497.
	b) Transfert des devises.....	497.
Sous-section 6 -	Versement d'acompte avant importation.....	497.
	a) Acquisition des devises.....	497.
	b) Transfert des devises.....	497.
Section 2 -	Les exportations.....	498.
Section 3 -	Le règlement des frais accessoires à l'importation et à l'exportation de marchandises.....	498.

CHAPITRE IV - PAIEMENTS AFFERENTS AU TOURISME

Section 1 -	Définition.....	498
Section 2 -	Voyageurs résidents.....	499
	Sous-section 1 - Exportation de moyens de paiement par des voyageurs résidents.....	499
	Sous-section 2 - Déclaration des moyens de paiement à la sortie du territoire.....	499
	Sous-section 3 - Importation de moyens de paiement....	499
Section 3 -	Voyageurs non résidents.....	500
	Sous-section 1 - Importation de moyens de paiement...	500
	Sous-section 2 - Exportation de moyens de paiement..	500.

CHAPITRE V - LES OPERATIONS FINANCIERES D'INVESTISSEMENTS, DE PLACEMENTS ET D'EMPRUNTS

Section 1 -	Les opérations financières d'investissements....	501.
	Sous-section 1 - Investissements étrangers au Sénégal..	501
	1°) Déclaration préalable.....	501
	2°) Réglement des investissements étrangers au Sénégal.....	502.
	3°) Liquidation des investissements étrangers au Sénégal.....	502.
	Sous-section 2 - Investissements sénégalais à l'étranger....	502
	1°) Autorisation préalable.....	502.
	2°) Réglement des investissements à l'étranger	502

3°) Liquidation des investissements à l'étranger.....	503..
Section 2 - Emission, exposition, mise en vente de valeurs mobilières et immobilières, sollicitation de placement à l'étranger.....	503..
Sous-section 1 - Autorisation préalable.....	503...
Sous-section 2 - Dérogation à l'autorisation préalable.....	503..
Section 3 - Les emprunts sénégalais à l'étranger.....	504..
Sous-section 1 - Autorisation préalable.....	504..
Sous-section 2 - Dérogation à l'autorisation préalable.....	504..
Sous-section 3 - Réalisation des emprunts.....	504..
Sous-section 4 - Remboursement des emprunts.....	504..
<u>CHAPITRE VI - LE REGIME DE DETENTION DES TITRES DE CREANCE SUR L'ETRANGER, LES OPERATIONS D'IMPORTATION ET D'EXPORTATION D'OR.....</u>	505..
Section 1 - Le régime de détention des titres de créance sur l'étranger.	505..
Section 2 - L'importation et l'exportation d'or.....	505..
<u>CHAPITRE VII - RELATIONS AVEC LES PAYS DONT L'INSTITUT D'EMISSION EST LIE AU TRESOR FRANCAIS PAR UNE CONVENTION DE COMPTE D'OPERATION.....</u>	506..
Section 1 - Relations avec ces pays.....	506..
Section 2 - Liste de ces pays.....	506..
<u>CHAPITRE VIII - CONTROLE MINISTERIEL ET COMPTES-RENDUS STATISTIQUES</u>	
Section 1 - Le contrôle direct exercé par le Ministre des Finances..	507..
Section 2 - Le contrôle indirect du Ministre des Finances.....	508..
Sous-section 1 - Le contrôle de la position en francs CFA et en devises des Etablissements bancaires et financiers vis à vis de l'étranger.....	508..
Sous-section 2 - Comptes-rendu/statistiques.....	508..

CHAPITRE IX - LES INFRACTIONS A LA REGLEMENTATION DES CHANGES
ET DES RELATIONS FINANCIERES AVEC L'EXTERIEUR

Section 1 -	Constatation des infractions.....	509..
Section 2 -	La poursuite des infractions.....	510..
	Sous-section 1 - L'initiative de la poursuite	510..
	Sous-section 2 - Les agents responsables.....	510..
Section 3 -	Les sanctions.....	510..
	Sous-section 1 - Les sanctions relatives aux infractions à l'obligation de déclaration, d'autorisation ou de rappatriement.....	510..
	Sous-section 2 .. Les sanctions pour refus d'information ou pour information/inexactes.....	511..

CHAPITRE I - GENERALITES

Section 1 - Historique

1968 et
Une série de textes a modifié en 1967, 1969 le régime des changes au Sénégal:

- En 1967, la loi 67-33 du 30 juin 1967 et son décret d'application 67-763 du 30 juin 1967 ont institué la liberté des changes.
- Mais le contrôle des changes a été partiellement rétabli par le décret 68-619 du 2 juin 1968 suivi de l'arrêté ministériel n° 6999 du 8 juin 1968.
- Nouveau retour à la liberté des changes en septembre 1968 avec le décret 68-983 qui suspend l'application des dispositions du décret n° 68-619, dispositions qui seront finalement abrogées par le décret n° 68-992 du 14 septembre 1968.
- Vers la fin de l'année 1968, le décret 68-1229 du 25 novembre abroge le décret 68-992 et remet en vigueur le contrôle des changes.
- Le décret 68-1229 est à son tour abrogé en décembre 1968, le décret 68-619 est par contre remis en vigueur. C'est lui qui régit actuellement le régime des changes au Sénégal, régime qui a été par ailleurs organisé par plusieurs textes nouveaux parus en 1969, 1970 et 1971.

Section 2 - Organisation administrative

Sous-section 1 - Le Ministre des Finances

La loi 65-44 du 22 juin 1965 (JO du 10 aout 1965) a supprimé l'Office des changes. Les attributions de ce dernier, sous réserve des modifications relatives à la réglementation des relations financières avec l'extérieur intervenues depuis 1965, sont maintenant exercées par le Ministre des Finances.

Le Ministre des Finances exerce son pouvoir de contrôle de deux manières :

- soit directement par la voie des autorisations préalables délivrées par la Direction des Finances extérieures ;
- soit indirectement dans le cadre d'autorisation générale et par l'intermédiaire des Institutions financières qui sont tenues de lui rendre compte régulièrement de leurs activités en la matière.

Sous-section 2 - Les Institutions financières

Les Institutions financières qui se composent d'une part de l'Institut d'Emission, en l'occurrence la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest, d'autre part des intermédiaires agréés, dont la liste ci-dessous, sont seuls habilités par l'article 2 de la loi 68-619 du 2 juin (JO du 6 juin 1968) à effectuer les opérations de change, les mouvements de capitaux et les règlements de toute nature entre le Sénégal et l'étranger ou sur le territoire du Sénégal entre résidents et non résidents. La dérogation à cette mesure, en faveur de tout agent sollicitant ^{son autorisation préalable} est soumise à l'appréciation du Ministre des Finances.

Sous-section 3 - Liste des intermédiaires agréés

Aux termes de l'arrêté 2757 du 28 février 1969 (JO 4019 du 22 mars 1969), sont agréés à titre d'intermédiaires habilités à effectuer les opérations de change, mouvements de capitaux de toute nature entre le Sénégal et l'étranger ou au Sénégal entre un résident et un non-résident :

- La Banque Internationale pour l'Afrique Occidentale (B.I.A.O.)
- La Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie du Sénégal (BICIS)
- La Société Générale de Banque au Sénégal (S.G.B.S.)
- La Banque Nationale de Développement du Sénégal (B.N.D.S.)

- L'Union Sénégalaise de Banque (U. S. B.)

A noter que l'Office des Postes et Télécommunications (O. P. T.) est également habilité comme intermédiaire agréé pour l'exécution des règlements entre le Sénégal et l'étranger préalablement autorisés par la Direction des Finances extérieures.

Section 3 - Textes de base

Outre le décret 68-619 du 2 juin 1968 (JO du 6 juin 1968) et l'arrêté ministériel n° 6999 du 8 juin 1968 (JO du 29 juin 1968) le régime des changes et des relations financières avec l'étranger est régi par plusieurs textes dont certains sont remis en vigueur, mais qui sont pour la plupart nouveaux :

- loi 67-33 du 30 juin 1967 (JO 3903 du 1er juin 1967) relative aux relations financières avec l'étranger ;
- décret 68-1324 du 19 décembre 1968 (JO 4031 du 17 mai 1969) relatif à certaines opérations financières avec l'étranger ;
- arrêté 505 du 10 janvier 1969 (JO n° 4012 du 8 février 1969) pris en application du décret 68-1324 et complété par l'arrêté 11570 du 20 août 1970 (JO n° 4120 du 12 Septembre 1970) ;
- avis n° 19 du Ministre des Finances et des Affaires Economiques (JO 4012 du 8 février 1969) réglementant le transport des moyens de paiement par les voyageurs se rendant ou en provenance des pays étrangers et les modalités de contrôle douanier.
- Circulaire n° 16 du Ministère des Finances du 14 janvier 1969 relative à l'exécution des transferts sur l'étranger.
- Circulaire n° 17 du 14 janvier 1969 relative à la domiciliation des exportations et au contrôle du rapatriement.
- Circulaire n° 18 du 14 janvier 1969 relative à la domiciliation des importations et au règlement des marchandises.
- Circulaire n° 195/MF/DFE du 31 octobre 1969 instituant des comptes-rendus pour les transferts reçus de l'étranger.
- Circulaire n° 216 du 12 août 1971 relative aux comptes en francs ouverts à des non résidents et aux dossiers étrangers de valeurs mobilières.

- Arrêté 871 du 18 janvier 1969 (JO n° 4017 du 8 mars 1969) relatif aux exportations matérielles de moyens de paiement et de valeurs mobilières par colis postaux ou envois par la poste.
- Décret 69-1126 du 17 octobre 1969 (JO 4064 du 1er novembre 1969) règlementant les opérations financières sur les valeurs mobilières et immobilières, l'or et les billets B. C. E. A. O. Ce décret abroge le décret 67-763 du 30 juin 1967.
- Décret n° 69-1133 du 21 octobre 1969 (JO 4068 du 22 novembre 1968) règlementant les opérations financières d'investissement et d'emprunt avec l'étranger.
- Arrêté 11570 du 20 août 1970 (JO n° 1120 du 12 septembre 1970), complétant l'arrêté n° 505.
- Arrêté ministériel n° 9261 MFAE du 21 août 1972 relatif à l'exécution des transferts entre le Sénégal et l'étranger sur le marché officiel des changes et sur le marché du franc financier (JO n° 4247 du 9 septembre 1972).
- Décret 69-062 du 15 janvier 1969 (JO 4012 du 8 février 1969) relatif au contrôle de la position en franc CFA et en devises des établissements bancaires et financiers vis à vis de l'étranger.
- Arrêté 2756 du 28 février 1969 (JO 4019 du 22 mars 1969) relatif à l'application du décret n° 69-062.
- Arrêté 2757 du 28 février 1969 (JO 4019) fixant la liste des intermédiaires agréés pour les opérations de changes.

Section 4 - Champ d'application

Sous-section 1 - L'étranger

La réglementation du commerce extérieur et des changes ne s'applique que dans les relations avec l'étranger.

L'arrêté ministériel n° 505 du 10 janvier 1969 en application du décret 68-1324 du 19 décembre 1968 précise la notion d'étranger dans son article 1er :

" Il faut entendre par étranger les pays autres que :

.../...

- 1) Le Sénégal ;
- 2) Les Etats membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (Côte d'Ivoire, Dahomey, Haute-Volta, Mauritanie, Niger, Togo)
- 3) Les pays dont l'Institut d'émission dispose d'un compte d'opérations auprès du Trésor français (Cameroun, République Centrafricaine, Congo-Brazzaville, Gabon, Tchad, Madagascar, Mali).
- 4) La France continentale, la Corse, les départements et territoires d'Outre-Mer de la République française (à l'exception du Territoire français des Afars et des Issas) et la principauté de Monaco.

Sous-section 2 - Les résidents

En ce qui concerne les personnes, la réglementation des changes fait une distinction entre les résidents et les non résidents.

L'arrêté ministériel n° 505 du 10 janvier 1969 a défini ces deux types d'agent.

Sont notamment considérés comme résidents, les personnes physiques ayant leur résidence habituelle au Sénégal et les personnes morales sénégalaises ou étrangères pour leur établissement au Sénégal.

Sous-section 3 - Les non résidents

Les non résidents sont par opposition aux résidents, les personnes physiques ayant leur résidence habituelle à l'étranger et les personnes morales sénégalaises ou étrangères pour leur établissement à l'étranger.

CHAPITRE II - REGLEMENTS ENTRE LE SÉNÉGAL ET L'ÉTRANGER

Section 1 - Principes

Sous-section 1 - Transferts à destination de l'étranger

Les transferts à destination de l'étranger sont conditionnés par le respect des prescriptions réglementaires :

Le décret 68-1324 du 19 décembre 1968, soumet à autorisation préalable, les opérations de changes, mouvements de capitaux et réglements de toutes natures entre le Sénégal et l'étranger ou entre un résident et un non résident.

Par ailleurs, aux termes de l'arrêté n° 505 du 10 janvier 1969,

l'autorisation préalable des réglements est donnée par délégation du Ministre des Finances :

- par les banques intermédiaires agréées, si la demande leur paraît justifiée et dans les limites de la délégation d'autorisation qui leur est accordée ;
- dans tous les autres cas, par la Direction des Finances Extérieures.

Enfin, l'exécution des opérations autorisées⁶ est confiée à la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest, à l'administration des Postes et aux banques agréées en qualité d'intermédiaire par l'arrêté n° 505 du 10 janvier 1969.

Sous-section 2 - Les réglements à destination de l'étranger

Sous réserve des dispositions précédentes, les réglements, à destination de l'étranger s'opèrent :

- Lorsqu'ils sont effectués en francs, par versement au crédit soit d'un compte étranger en francs, soit d'un compte financier au francs, ouvert au Sénégal au nom du créancier étranger ou d'une banque établie à l'étranger. Mais il est interdit aux résidents sénégalais d'émettre des chèques tirés de leur compte au Sénégal au profit de non-résidents, ou d'exporter des billets, effets ou valeurs mobilières.
- Dans le cas où les réglements sont effectués en monnaie étrangère, ils s'opèrent par versement au créancier de devises étrangères achetées, soit sur le marché officiel des changes, soit sur le marché du franc financier, selon la nature de l'opération qui donne lieu à règlement.

Sous-section 3 Transferts en provenance de l'étranger

Les transferts en provenance de l'étranger sont réglementés comme ceux à destination de l'étranger que nous venons de voir.

En effet, l'article 6 du décret n° 1324 du 19 décembre 1968 fait obligation aux résidents de procéder aux rapatriements et, le cas échéant, à la cession sur le marché des changes, de toutes créances sur l'étranger ou sur un non-résident nées de l'exportation de marchandises, de la rémunération de services / d'une manière générale de tous les revenus ou produits encaissés à l'étranger ou versés par un non-résident.

L'article 9 de l'arrêté n° 505 du 10 janvier 1969 précise par ailleurs que ces opérations doivent être exécutées dans un délai global maximum de deux mois à compter de la date d'exigibilité du paiement, cette dernière étant en matière d'exportation, la date d'échéance prévue au contrat commercial et ne devant pas être en principe située au delà de 120 jours après l'arrivée des marchandises à destination.

Sous-section 4 - Règlements en provenance de l'étranger

A l'opposé de ce qui se passe pour les règlements à destination de l'étranger, les règlements en provenance de l'étranger s'opèrent lorsqu'ils sont effectués en francs par le débit d'un compte étranger en francs ou d'un compte financier en francs selon la nature de l'opération. Les règlements ne peuvent en aucune manière être effectués au moyen de billets de banque ou par le débit d'un compte chèque postal ouvert au Sénégal.

Au cas où les règlements sont effectués en monnaie étrangère, ils le sont par cession de devises soit sur le marché officiel des changes, soit sur le marché du franc financier selon la nature de l'opération qui donne lieu à rapatriement.

Dans les sections qui vont suivre, nous allons examiner deux concepts dont nous avons déjà eu l'occasion de parler, à savoir : le marché des changes et les comptes en francs.

Section 2 - Le marché des changes

Les devises étrangères sont traitées en deux marchés distincts :

- Le marché officiel des changes ;
- Le marché du franc financier.

C'est la nature des opérations à régler qui détermine le marché sur lequel doivent être achetées ou vendues selon le cas les devises étrangères utilisées pour le règlement correspondant.

L'arrêté ministériel n° 9261 MFAE/D. F.E. du 21 août 1972 a cependant précisé les opérations en devises entre le Sénégal et l'étranger ou entre résidents et non résidents (et réciproquement semble-t-il) dont le règlement doit s'effectuer sur le marché officiel des changes et celles dont le règlement doit s'effectuer sur le marché du franc financier.

Sous-section 1 - Le marché officiel des changes

Aux termes de l'article 2 de l'arrêté n° 9261, doivent être effectuées sur le marché officiel des changes dans les conditions prévues par la réglementation des changes, les acquisitions et cessions de devises au comptant ou à terme, les règlements entre le Sénégal et l'étranger ou au Sénégal entre un résident et un non résident afférents aux opérations suivantes :

1°/- Paiements résultant de la livraison de marchandises et d'opérations accessoires au commerce extérieur ; remboursement des crédits commerciaux afférents aux importations et exportations de biens et services et aux opérations de négoce international ;

2°/- Paiements résultant de l'exécution de prestations de service entre le Sénégal et l'étranger, à l'exception de ceux repris à l'article 3 de l'arrêté précité ; revenus de la propriété intellectuelle ;

3°/- Paiements courant des Etats et collectivités publics, sénégalais et étrangers.

Sous-section 2 - Le marché du franc financier

C'est l'article 3 de l'arrêté 9261 qui définit le contenu de ce marché. C'est ainsi que doivent être effectués sur le marché du franc financier les achats et cessions de devises et règlements afférents aux opérations suivantes :

- Opérations en capital, sous réserve, le cas échéant, du respect des dispositions de la réglementation relative aux investissements directs opérés à l'étranger par des résidents ou au Sénégal par des non-résidents ;

- Constitution et liquidation d'investissements directs ;
- Emprunts autres que ceux visés au n° 1 de la sous-section précédente ;
- Acquisition et cession d'immeubles ;
- Acquisition et cession de valeurs mobilières.

- Revenus de capital (intérêt dividende etc...) ;
- Salaires, traitements, honoraires, pensions, cotisations et indemnités des assurances sociales, transferts d'économie sur salaire ;
- Autres transferts privés, dons, transferts ayant le caractère de pension alimentaire, transferts d'émigrants et rapatriés, successions ;
- Dépenses de touristes et frais de séjour à l'étranger par des résidents ou au Sénégal par des non-résidents.

- Opérations sur billets de banque et de façon générale toutes opérations de change manuel ;

- Opérations autorisées par la réglementation et ne donnant pas lieu à la présentation de justification.

Sous-section 3 - Rétrocession de devises

En dehors des cas précédents, il peut arriver que des devises étrangères acquises en vue d'un règlement à destination de l'étranger autorisé à titre général ou particulier, ne soient pas utilisées pour ce règlement. Aux termes de l'arrêté 905 du 10 janvier 1969, ces devises doivent être rétrocédées sur le marché des changes à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de leurs achats.

Section 3 - Les comptes en francs ouverts à des non-résidents :

.../...

Il s'agit ici également de concepts dont nous avons déjà parlé. Ces comptes ouverts par les non-résidents auprès des intermédiaires agréés sont de deux sortes :

- les comptes étrangers en francs ;
- les comptes financiers en francs.

Leur fonctionnement a fait l'objet de circulaires ministérielles, notamment des circulaires n° s 44 du 20 mars 1969, 73 du 18 avril 1969, 101 du 23 mai 1970 et 214 du 19 août 1970.

Sous-section 1 - Comptes étrangers en francs :

1°) Définition :

Les comptes étrangers en francs sont des comptes ouverts dans les livres des intermédiaires agréés au nom de non-résidents et en particulier au nom des banques établies à l'étranger, par le crédit et le débit desquels sont réalisés les transferts en francs correspondant aux opérations traitées sur le marché officiel des changes.

2°) Ouverture des comptes étrangers en francs :

L'ouverture des comptes étrangers en francs au nom de non-résidents est libre. Le fonctionnement de ces comptes est soumis aux dispositions suivantes :

a) Opérations au crédit :

Les comptes étrangers en francs peuvent être crédités sans autorisation préalable :

1°) du produit en francs de la cession, au comptant ou à terme, par un non-résident, de devises étrangères sur le marché officiel des changes, y compris le produit du dénouement des contrats à terme en cours ;

2°) des sommes provenant d'un autre compte étranger en francs ;

3°) du montant des cessions de francs contre devises étrangères opérées par un intermédiaire agréé sur une place étrangère, dans la mesure où la réglementation en vigueur dans le pays considéré autorise une telle opération ;

.../...

4°) des paiements faits par un résident à un non-résident lorsque l'acquisition de devises sur le marché officiel des changes par ce résident est autorisée par la réglementation pour l'exécution de ces paiements.

b) Opération au débit :

Les comptes étrangers en francs peuvent être débités sans autorisation préalable :

1°) en vue de l'achat par un non-résident de toutes devises étrangères sur le marché officiel des changes ;

2°) par crédit d'un autre compte étranger en francs ;

3°) du montant des acquisitions de francs contre devises étrangères opérées par un intermédiaire agréé sur une place étrangère dans la mesure où la réglementation en vigueur dans les pays intéressés autorise une telle opération ;

4°) enfin pour tout paiement au profit d'un résident lorsque la cession de devises sur le marché officiel des changes par ce résident est autorisée par la réglementation pour l'exécution de ce paiement.

Sous-section 2 - Les comptes financiers en francs =

1°) Définition :

Les comptes financiers en francs sont des comptes ouverts dans les livres des intermédiaires agréés au nom de non-résidents et notamment, au nom des banques établies à l'étranger, par le crédit et le débit desquels sont réalisés les transferts en francs correspondant aux opérations traitées sur le marché du franc financier. Ils peuvent être ouverts par les intermédiaires agréés dans les mêmes conditions et aux mêmes personnes que les comptes étrangers en francs.

2°) Ouverture des comptes financiers en francs :

L'ouverture des comptes financiers en francs au nom de non-résidents est libre. Leur fonctionnement est cependant soumis aux dispositions suivantes :

a) Opérations au crédit :

Les comptes financiers peuvent être crédités sans autorisation

préalable :

1°) du produit en francs de la cession, au comptant ou à terme, par un non-résident, de devises étrangères sur le marché du franc financier ;

2°) du produit en francs de la cession auprès d'un intermédiaire agréé par un résident de billets de banques étrangers, étant entendu que ne sont pas considérés comme billets étrangers, les billets émis par la Banque de France ou par les Etats dont les Instituts d'Emission sont liés au Trésor français par un compte d'opération ;

3°) du montant des cessions en francs contre devises étrangères opérées par un intermédiaire agréé sur une place étrangère, dans la mesure où la réglementation en vigueur dans le pays considéré autorise une telle opération ;

4°) des sommes (intérêts, dividendes, produit de la liquidation, etc...) provenant de valeurs mobilières non étrangères déposées sous un dossier étranger ;

5°) des sommes provenant d'un autre compte financier en francs ;

6°) des intérêts, dividendes et amortissements (à l'exclusion du produit de la vente) de valeurs mobilières ^{étrangères} déposées sous un dossier étranger ;

7°) des sommes provenant de la liquidation d'investissements directs par des non-résidents, sous réserve de l'application des dispositions du décret n° 69-1133 du 21 octobre 1969 ;

8°) des sommes provenant de la liquidation, par l'entremise des notaires de biens immobiliers appartenant à des non-résidents ;

9°) du montant des billets de banque de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest adressé directement par voie postale de l'étranger à son agence de Dakar par les correspondants/des intermédiaires agréés ;

10°) des paiements faits par un résident lorsque l'acquisition de devises sur le marché du franc financier est autorisée par la réglementation pour l'exécution de ces paiements.

1°) Opérations au débit :

Les comptes financiers en francs peuvent être débités également sans autorisation préalable :

1°) en vue de l'achat par un non-résident de toutes devises étrangères sur le marché financier ;

2°) en vue de l'achat par un non-résident auprès d'un intermédiaire agréé de billets de banque étrangers ;

3°) du montant des acquisitions de francs contre devises étrangères opérées par un intermédiaire agréé sur une place étrangère, dans la mesure où la réglementation en vigueur dans le pays considéré autorise une telle opération ;

4°) en vue de la constitution d'investissements directs par des non-résidents sous réserve de l'application des dispositions du décret n° 69-1133 du 21 octobre 1969 ;

5°) en vue de l'acquisition au Sénégal de valeurs mobilières sénégalaises et étrangères ;

6°) en vue de l'acquisition par l'entreprise des notaires de biens immobiliers appartenant à des résidents ;

7°) du montant des billets de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest adressé directement par voie postale par les intermédiaires agréés à leurs correspondants étrangers ;

8°) par crédit d'un autre compte financier en francs ;

9°) pour tout paiement au profit d'un résident lorsque la cession de devises sur le marché du franc financier par ce résident est autorisée par la réglementation.

Sous-section 3. - Les opérations soumises à autorisation du Ministre .

Le crédit ou le débit des différents comptes en francs ouverts à des non-résidents dans les cas autres que ceux énumérés ci-dessus doit être préalablement autorisé à titre général ou particulier.

CHAPITRE III - PAIEMENTS AFFÉRENTS AUX IMPORTATIONS ET AUX EXPORTATIONS DE MARCHANDISES

Avant d'aborder ce chapitre, il faut rappeler que le décret 68-1324 du 19 décembre 1968 soumet à autorisation préalable les opérations d'importation et d'exportation de marchandises, et que, sauf dérogation expresse contenue dans les dispositions de ce décret, les opérations précitées doivent être obligatoirement domiciliées auprès des intermédiaires agréés.

Section 1 - Les importations

Sous-section 1 - Autorisation des règlements commerciaux relative aux importations :

Pour tous les règlements commerciaux autres que ceux différents aux opérations bénéficiant d'un régime d'autorisation générale et dont l'arrêté 505 du 10 Janvier 1969 pris en application du décret n° 1324 du 19 décembre 1968 a donné la liste complète, est requise une autorisation particulière de la Direction des Finances Extérieures. Les demandes d'autorisation sont transmises par l'entremise des intermédiaires agréés.

sous-section 2. Acquisition des devises et opération de transferts en vue du paiement des importations :

Après ouverture régulière du dossier de domiciliation des importations, les devises nécessaires au règlement des marchandises importées ou à importer peuvent être acquises sur le marché des changes de Paris.

Les devises nécessaires au règlement des frais accessoires à l'importation peuvent être acquises dans les mêmes conditions. Dans tous les cas, l'acquisition des devises se fait au comptant et le transfert s'effectue, en devises ou par le crédit d'un compte étranger en francs, par l'entremise de la banque domiciliataire ^{dans} / les conditions que nous allons indiquer ci-après.

sous-section 3. - Importations payables par ouverture de crédit documentaire :

a) Délai d'acquisition des devises :

Si un crédit documentaire est ouvert, les devises nécessaires au règlement des marchandises importées, ne peuvent être que huit jours maximum avant la date prévue pour l'expédition effective des marchandises.

b) Transfert des devises :

L'acquisition des devises n'implique pas leur transfert immédiat ; celui-ci ne peut en effet être effectué qu'à partir du moment où la banque domiciliataire a été avisée par son correspondant étranger que les documents d'expédition directe et exclusive du territoire douanier sénégalais lui ont été présentés.

sous-section 4. - Importation payablea par remise documentaire :

a) Délai d'acquisition des devises :

Pour le règlement de ces opérations, les devises nécessaires peuvent être/dès la remise à l'importateur des documents d'expédition à destination directe du territoire sénégalais.

b) Transfert des devises :

Le transfert des devises ne peut toutefois se faire qu'après vérification par la banque que les documents portent bien sur les marchandises dont le paiement est demandé et que l'expédition en a été faite à destination directe et exclusive du territoire douanier sénégalais.

sous-section 5. - Paiements après importation :

a) Délai d'acquisition des devises :

Au cas où le règlement des marchandises se fait après leur importation, les devises nécessaires peuvent être obtenues huit jours et plus avant la date d'exactibilité du paiement fixé par le contrat commercial.

b) Transfert des devises :

Le transfert des dites devises ne peut quant à lui, avoir lieu, que sur présentation de l'attestation d'importation visée par le service des douanes, sauf si cette pièce a été produite lors même de l'acquisition des devises auquel cas elle n'est pas à reproduire.

sous-section 6. - Versement d'acompte avant importation -

a) Acquisition des devises :

S'agissant des acomptes à verser avant importation, il faut préciser que les devises nécessaires à leur règlement ne peuvent être acquises qu'au moment du paiement de l'acompte. Encore faut-il que le paiement d'un tel acompte soit expressément prévu dans le contrat commercial.

b) Transfert des devises :

Ces devises ne peuvent en outre être transférées qu'après obtention / par la banque domiciliataire, d'une autorisation particulière à demander

.../...

à la Direction des Finances, au Ministère des Finances et des Affaires Economiques.

Section 2. - Les exportations :

Le régime des importations vise particulièrement à contrôler les sorties de devises, et l'équilibre de la balance commerciale, le régime des exportations quant à lui, met l'accent sur la nécessité de faire correspondre à celles-ci des entrées effectives de devises. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 6 du décret 68-1324 du 19 décembre 1968, les résidents sont tenus de procéder au rapatriement et le cas échéant, à la cession sur le marché des changes de toutes créances sur l'étranger ou sur un non-résident nées de l'exportation des marchandises ; en application de ces dispositions l'exportateur devra faire figurer parmi les pièces constitutives du dossier de domiciliation de ses exportations un engagement de change dont un exemplaire sera adressé par la Banque domiciliaire à la Direction des Finances Extérieures et un exemplaire à la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest.

Reste un dernier point à examiner, à savoir, le règlement des frais accessoires à l'importation et à l'exportation de marchandises.

Section 3. Le règlement des frais accessoires à l'importation ou à l'exportation de marchandises :

L'arrêté n° 505 du 10 janvier 1969 pris en application du décret n° 1324 du 19 décembre 1968, relatif à certaines opérations financières avec l'étranger a défini les conditions dans lesquelles certains transferts peuvent être effectués sans autorisation particulière.

Est notamment autorisé à titre général, sous réserve de la production de toutes pièces justificatives, le paiement des frais accessoires de toutes natures au trafic de marchandises et par conséquent à l'importation et à l'exportation, lorsque ces frais incombent à des résidents.

CHAPITRE IV - PAIEMENTS AFFERENTS AU TOURISME

Section 1. - Définition :

Dans ce chapitre il faudra entendre par :

~ voyageurs - résidents :

les personnes physiques de toute nationalité ayant leur résidence habituelle au Sénégal depuis au moins six mois ;

- par voyageurs non-résidents :

les personnes physiques de toute nationalité ayant leur résidence habituelle à l'étranger depuis au moins six mois.

Section 2. - Voyageurs résidents :

Sous-section 1. - Exportation de moyens de paiement par des voyageurs résidents :

Aux termes de l'article 5, alinéa 2 du décret 68-1324, l'exportation de moyens de paiement tels que billets, chèques et effets est prohibée sauf autorisation préalable. Il est cependant à signaler que par avis n° 19 paru au Journal Officiel n° 40 12 du 8 février 1969, le Ministre des Finances autorise maximum le voyageur résident se rendant à l'étranger à emporter une somme de six mille francs en billets de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest, ou la contrevaleur de cette somme en billets de la Banque de France ou d'un Institut d'Emission ayant un compte d'opération au Trésor français.

Si le voyageur veut avoir avec lui des moyens de paiement supplémentaires, il peut obtenir des banques intermédiaires agréés une allocution en devises dont le montant ne peut toutefois dépasser la contrevaleur de cent mille francs CFA. Chaque enfant de moins de dix ans aura droit pour sa part, à cinquante mille francs à répartir dans l'année.

sous-section 2. - Déclaration des moyens de paiement à la sortie du territoire :

A la sortie du territoire, le voyageur résident se rendant à l'étranger, est tenu de déclarer les moyens de paiement dont il est porteur. Si les moyens de paiement en devises régulièrement déclarés excèdent les montants autorisés, le voyageur est tenu préalablement au franchissement du cordon douanier, d'en faire dépôt dans une banque intermédiaire agréée.

sous-section 3. - Importation de moyens de paiement :

Si les sorties de moyens de paiement sont soumises à un contrôle rigoureux, l'importation des billets de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest, de la Banque de France ou d'un Institut d'Emission ayant un compte d'opération au Trésor français ainsi que de tous moyens de

paient libellés en devises étrangères, est libre par contre. Le résident porteur à son entrée au Sénégal de billets étrangers ou de chèques de voyage libellés en devises étrangères, est simplement tenu d'en faire la déclaration au service des douanes, et de les céder à un intermédiaire agréé dans un délai de huit jours.

Section 3. - Voyageurs non-résidents :

sous-section 1. - Importation de moyens de paiement :

Comme pour les résidents l'importation par les voyageurs non-résidents de billets de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest, de la Banque de France ou d'un Institut d'Emission ayant un compte d'opération au trésor français est libre.

Est également libre l'importation de tous moyens de paiement libellés en devises étrangères. Le voyageur non-résident devra cependant, dans ce cas, déclarer ceux qu'il envisage d'emporter à sa sortie.

sous-section 2. - Exportation de moyens de paiement :

A sa sortie du territoire sénégalais, le voyageur non-résident est autorisé à emporter sous justification :

- dans la limite d'un montant de dix mille francs CFA ou de sa contrevaleur, des billets de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest, de la Banque de France, ou d'un Institut d'Emission ayant un compte d'opération au Trésor français ;

- dans la limite de la contrevaleur de 25.000 francs CFA, les billets de banques étrangères dont il est porteur ;

- les moyens de paiement établis à l'étranger et libellés à leur nom, autres que les billets de banques.

Pour toute exportation de billets étrangers d'un montant excédant les plafonds ainsi fixés, l'autorisation ne peut être accordée que dans la mesure où le voyageur a souscrit lors de son entrée sur le territoire du Sénégal, une déclaration comportant le montant des billets étrangers importés. Cette déclaration visée par le service des douanes sera annotée ultérieurement par les intermédiaires agréés des cessions de billets effectuées durant le séjour et des rachats de devises, ces rachats ne pouvant s'opérer que sous forme de billets de banque et dans la limite de vingt cinq francs mille

C. F. A. S'il arrive enfin que, compte tenu de ces dispositions, certaines sommes ne peuvent être exportées par le voyageur non-résident, ce dernier devra alors les déposer chez un intermédiaire agréé et pourra les transférer à son ordre sur autorisation de la Direction des Finances Extérieures.

CHAPITRE V - LES OPERATIONS FINANCIERES D'INVESTISSEMENTS, DE PLACEMENTS ET D'EMPRUNTS.

Le décret 69-1126 a défini les conditions dans lesquelles peuvent s'effectuer les opérations financières d'investissements et d'emprunts. Ces sont étudiées de manière d'une part à attirer le maximum d'investisseurs éventuels, d'autre part à éviter un endettement trop lourd de la nation et une sortie de devises excessives.

Section 1. - Les opérations financières d'investissements :

sous-section 1. - Investissements étrangers au Sénégal :

1°) Déclaration préalable :

La constitution au Sénégal par des non-résidents, d'investissements directs est soumise à déclaration préalable auprès du Premier Ministre.

Cette proposition nous amène cependant à faire deux remarques :

- Il faut d'abord insister sur le fait qu'il s'agit d'une déclaration et non d'une autorisation, ce qui évite à l'opération la lourdeur de cette dernière procédure ;
- Il faut ensuite préciser que la notion d'investissement direct a été clairement définie par le décret 69-1133 du 21 octobre 1969 qui entend par là :

a) l'achat, la création ou l'extension de fonds de commerce, de succursales ou de toutes autres entreprises à caractère personnel ;

b) toutes autres opérations lorsque, isolées ou multiples, concomitantes ou successives, elles ont pour effet de permettre à une ou plusieurs personnes de prendre ou d'accroître le contrôle d'une société exerçant une activité industrielle, agricole, commerciale, financière ou immobilière, qu'elle qu'en soit la forme, ou d'assurer l'extension d'une telle société déjà sous leur contrôle.

.../...

Mais n'est pas considérée comme investissement direct, la seule participation, lorsqu'elle n'excède pas 20% dans le capital d'une société dont les titres sont cotés sur une bourse de valeur.

Une fois ces précisions apportées, il s'agit maintenant de savoir comment se règlent les investissements opérés de l'étranger.

2°) Règlement des investissements étrangers au Sénégal :

Tous les règlements opérés de l'étranger vers le Sénégal en vue de la constitution d'investissements doivent être effectués par l'entremise d'un intermédiaire agréé et donner lieu, soit à cession de devises sur le marché des changes, soit à débit d'un compte étranger en francs.

3°) Liquidation des investissements étrangers au Sénégal :

Nous venons de voir les régimes auxquels sont soumis la constitution et le règlement d'un investissement étranger au Sénégal. Mais il peut également se présenter un cas de liquidation d'investissement.

À cette occasion, le montant de la liquidation pourra être transféré en devises, ou porté au crédit d'un compte étranger en francs, par l'intermédiaire agréé qui a été chargé en son temps du règlement de l'investissement en question.

sous-section 2, - Investissements sénégalais à l'étranger -

1°) Autorisation préalable :

Les opérations d'investissement sénégalais à l'étranger font l'objet d'une surveillance étroite parce que génératrices de sortie de capitaux dont le pays a besoin de disposer par ailleurs pour promouvoir sa propre économie.

A ce titre :

Elles sont soumises à autorisation préalable du Ministre des Finances et non à une simple déclaration.

2°) Règlement des investissements à l'étranger :

En outre une fois autorisées, ces opérations ne peuvent être réglées que par l'entremise d'un intermédiaire agréé.

3°) Liquidation des investissements à l'étranger :

Lorsqu'il s'agit par contre de la liquidation d'un investissement à l'étranger la simple déclaration suffit car les autorités se préoccupent davantage du rapatriement des capitaux que de l'opération de liquidation elle-même dont il est précisé que le produit doit donner lieu à cession sur le marché des changes par l'entremise d'un intermédiaire agréé, si son réinvestissement n'a pas été autorisé.

Tel est le régime des investissements sénégalais à l'étranger. Toutefois, avant d'aborder l'étude de la réglementation des opérations de placement et d'emprunt, il nous faut insister sur le fait que l'ensemble des dispositions précédentes s'applique également à la constitution et à la liquidation d'investissements à l'étranger réalisés par des sociétés non-résidentes mais sous contrôle direct ou indirect de personnes résidentes au Sénégal, ou d'établissements à l'étranger.

Section 2. - L'Emission, l'exposition, la mise en vente de valeurs mobilières et immobilières, les sollicitations de placement à l'étranger -

sous-section 1. - Autorisation préalable :

Ces opérations comme celles des investissements sénégalais à l'étranger peuvent être génératrices de sortie de devises et entraîner dans l'immédiat un déséquilibre de la balance des paiements qui pourrait être préjudiciable au développement économique du pays. Aussi, est-il stipulé dans le décret 69-1126 du 17 octobre 1969 que l'émission, l'exposition, la mise en vente de titres de quelque nature que ce soit, d'états étrangers, de collectivités publiques ou de société étrangère/^{et} d'institutions internationales, sont soumises à autorisation préalable du Ministre des Finances. Il en est de même pour la sollicitation sous quelque forme que ce soit de dépôt de fonds particuliers étrangers.

Est également soumise à autorisation préalable, aux termes du décret précité, toute publicité par affichage, tracts, communiqués ou annonces dans les publications éditées au Sénégal en vue de placement de fonds à l'étranger ou de souscription à des opérations de constructions immobilières sisées à l'étranger.

sous-section 2. - Dérogation à l'autorisation préalable :

L'autorisation préalable n'est cependant pas requise lorsque les opérations ci-dessous portent :

- 1°) sur des emprunts bénéficiant de la garantie de l'Etat sénégalais ;
- 2°) sur des actions assimilables ou de nature à se substituer à la suite de décision, de regroupement, d'élevation ou de réduction de nominal, à des titres dont l'émission, l'exposition, la mise en vente au Sénégal ont été précédemment autorisées.

Section 3. - Les emprunts sénégalais à l'étranger -

sous-section 1. - Autorisation préalable :

En soumettant ces opérations à autorisation préalable, il semble que l'Etat sénégalais soit surtout soucieux de contrôler le montant et les conditions de son endettement global vis-à-vis de l'étranger malgré ses besoins réels de capitaux extérieurs.

Cette autorisation ne trouve cependant pas sa justification dans un certain nombre de cas où l'Etat dispose d'autres moyens de contrôle. C'est la raison pour laquelle des dérogations à cette mesure ont été prévues.

sous-section 2. - Dérogations à l'autorisation préalable :

Sont en effet dispensés d'autorisation :

- les emprunts constituant un investissement direct ayant donné lieu à déclaration préalable ;
- les emprunts contractés par les intermédiaires agréés ;
- les emprunts autres que ceux visés ci-dessus lorsqu'ils satisfont aux conditions fixées par le Ministre des Finances.

sous-section 3. - Réalisation des emprunts :

Qu'ils soient autorisés ou dispensés d'autorisation, les emprunts contractés par des résidents doivent nécessairement, sauf décision particulière du Ministre des Finances, être réalisés par l'entremise d'intermédiaires agréés dès lors que le produit de ces emprunts doit être mis au Sénégal à la disposition de l'emprunteur.

sous-section 4. - Remboursement des emprunts :

- les importations ou exportations par les voyageurs d'objets en or dans la limite d'un poids maximum fixé par le Ministre des Finances. Ces opérations demeurent néanmoins soumises aux déclarations en douane prescrites par la réglementation douanière.

CHAPITRE VII - RELATIONS AVEC LES PAYS DONT L'INSTITUT D'EMISSION EST LIÉ AU TRECOR FRANÇAIS PAR UNE CONVENTION DE COMPTE D'OPÉRATION

Section 1 - Relation avec ces pays

Contrairement à la définition que nous venons d'en donner dans le chapitre précédent, et dont nous avons souligné le caractère exceptionnel l'étranger s'entend ici par pays autres que ceux dont l'institut d'émission est lié au Trésor français par une convention de compte d'opération et dont nous reproduisons la liste ci-dessous. À ces derniers ne s'appliquent donc pas l'ensemble des dispositions concernant le contrôle des changes et des relations financières avec l'étranger, les investissements étrangers au Sénégal et les investissements sénégalais à l'étranger.

Toutefois, les opérations affectant des investissements directs au Sénégal, par des sociétés établies dans ces pays, qui sont sous contrôle étranger, sont soumises à autorisation préalable.

Section 2 - Liste de ces pays

- France métropolitaine (y compris la Corse),
- Principauté de Monaco,
- Départements français d'Outre-Mer : Guadeloupe, Guyane, Réunion,
- République du Cameroun,
- République Centrafricaine,
- République du Congo,
- République de Côte d'Ivoire,
- République du Dahomey,
- République du Gabon,
- République de Haute-Volta,
- République Islamique de Mauritanie,
- République du Mali,
- République du Niger,

- République du Tchad,
- République du Togo,
- République Malgache,
- Les Comores,
- Saint Pierre et Miquelon,
- Nouvelle Calédonie et dépendances,
- Polynésie française,
- Condominium des Nouvelles Hébrides

CHAPITRE VIII - CONTROLE MINISTERIEL ET COMPTES-RENDUS STATISTIQUES

Dans le chapitre premier, nous avions signalé que le Ministre des Finances pouvait exercer son pouvoir de contrôle des relations financières avec l'extérieur de deux manières :

- soit directement par la voie des autorisations préalables ;
- soit indirectement dans le cadre d'autorisation générale et par l'intermédiaire des institutions financières.

Le choix d'une de ces procédures est laissé à l'appréciation du Ministre qui en décide par arrêté et généralement pour des raisons pratiques.

Section 1 - Le contrôle direct exercé par le Ministre des Finances

Nous avons remarqué, au cours de cette étude que la constitution et la réalisation de toutes opérations importantes engageant d'une manière ou d'une autre l'économie nationale étaient soumises à autorisation préalable délivrée par la Direction des Finances extérieures. C'est le cas par exemple pour certaines opérations relatives aux investissements, aux emprunts ou aux placements à l'étranger.

Il faut ajouter que le Ministre lui-même peut prendre toute autre initiative nécessaire à l'exercice de ses fonctions. Ainsi, il peut requérir toutes informations sur leurs relations financières avec l'étranger, de toutes personnes physiques ou morales, publiques ou privées ayant leur résidence ou leur siège au Sénégal ainsi que, s'agissant de leur séjour ou de l'activité de leur établissement au Sénégal, des personnes ayant leur résidence ou leur siège à l'étranger.

Section 2 - Le contrôle indirect du Ministre des Finances

Ce contrôle indirect s'exerce de deux façons :

- d'une part par délégation de pouvoir à la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest, notamment en ce qui concerne le Contrôle de la position en francs CFA et en devises des établissements bancaires et financiers à l'étranger ;
- d'autre part, et plus fréquemment, par l'intermédiaire de l'ensemble des institutions financières habilitées qui sont tenues de lui adresser régulièrement le compte rendu des opérations qu'elles effectuent.

Nous allons examiner chacun de ces points.

Sous-section 1 - Le contrôle de la position en francs CFA et en devises des Etablissements bancaires et financiers vis à vis de l'étranger

Aux termes du décret 69-062 du 15 janvier 1969 (JO 4012 du 8 février 1969) les créances en francs CFA et en toutes autres devises que les établissements bancaires et financiers établis au Sénégal détiennent sur l'étranger et les engagements en francs CFA et en toutes autres devises qu'ils ont à l'égard de l'étranger, sont soumis au contrôle du Ministre des Finances. Toutefois, selon le décret précité, le Ministre peut se faire assister par la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest qui l'exercera par voie d'instructions aux banques et établissements financiers. C'est à ce titre que par arrêté ministériel n° 2756 du 28 février 1969 (JO du 22 mars 1969), le Ministre des Finances a chargé la Banque Centrale de contrôler la position en francs CFA et en devises des établissements bancaires et financiers vis à vis de l'étranger.

Sous-section 2 - Comptes-rendus statistiques

Sur ce dernier point, il faut rappeler que seuls les intermédiaires agréés sont habilités, soit dans le cadre d'autorisation générale, soit dans le cadre d'autorisation particulière, à effectuer les opérations des changes, les mouvements de capitaux et le règlement de toute nature entre le Sénégal et l'étranger ou sur le territoire du Sénégal entre résidents et non résidents.

En contrepartie, les intermédiaires agréés doivent rendre compte aux autorités de contrôle, en l'occurrence le Ministre des Finances et

la Banque Centrale en ce qui la concerne :

- de tout transfert entre le Sénégal et l'étranger réalisé pour le compte de leur clientèle ou de leurs correspondants ;
- de toutes opérations, en monnaie étrangère ou en franc, effectuées pour leur propre compte et affectant les relations financières avec l'étranger ;
- des opérations sur valeurs mobilières effectuées par leurs soins, au Sénégal par des personnes à l'étranger ou à l'étranger par des personnes au Sénégal.

Ces comptes rendus doivent comporter entre autres indications le montant et la nature de l'opération effectuée.

CHAPITRE IX - LES INFRACTIONS A LA REGLEMENTATION DES CHANGES ET DES RELATIONS FINANCIERES AVEC L'EXTERIEUR

Le régime des infractions à la réglementation des changes et des relations financières avec l'extérieur est un complément indispensable à notre étude. Aussi lui consacrons-nous ce dernier chapitre.

Les infractions à la réglementation des changes sont punies par la loi 67 - 33 du 30 juin 1967 (JO du 1er juillet 1967).

Sous réserve des dispositions ci-après, elles sont constatées, poursuivies et les peines infligées exécutées selon les règles applicables aux infractions à la réglementation douanière.

Section 1 - Constatation des infractions

Sous habilités à constater les infractions réprimées en application de la réglementation des relations financières avec l'extérieur :

- 1°) Les officiers de police judiciaire ;
- 2°) Le directeur et les agents du service des douanes ;
- 3°) Le directeur du Service chargé des relations financières extérieures et les agents spécialement habilités par le Ministre des Finances.

Ces agents sont également habilités à effectuer des visites domiciliaires dans les conditions prévues par le code des douanes pour les agents du service des douanes et peuvent exercer pour le contrôle de la réglementation des relations financières extérieures, les divers droits de communications prévus au bénéfice des administrations fiscales.

.../...

Ils sont cependant tenus au secret professionnel qu'ils ne peuvent toutefois opposer, lorsqu'une poursuite régulière a été engagée sur la plainte du Ministre des Finances, au magistrat chargé de l'instruction sur les faits faisant l'objet de la plainte.

Section 2 - La poursuite des infractions

Sous-section 1 - L'initiative de la poursuite

La poursuite des infractions commises ne peut être exercée que sur la plainte du Ministre des Finances ou de l'un de ses représentants habilités à cet effet.

Sous-section 2 - Les agents responsables

Les agents responsables peuvent être aussi bien des personnes physiques que des personnes morales. Ainsi, par exemple, lorsque les infractions au respect des obligations de déclaration ou de rapatriement à l'observation des procédures prescrites ou des formalités exigées, à l'obtention des autorisations requises ou à la satisfaction des conditions dont ces autorisations sont assorties, sont commises par les administrateurs, gérants ou directeurs d'une personne morale, ou pour le compte de la personne morale, indépendamment des poursuites contre ceux-ci, la personne morale elle-même pourra être poursuivie et frappée d'une amende ou de toute autre sanction.

Section 3 - Les sanctions

Sous-section 1 - Les sanctions relatives aux infractions à l'obligation de déclaration, d'autorisation ou de rapatriement.

Ces sanctions sont prévues par le décret 67-33 aux termes duquel quiconque aura contrevenu ou tenté de contrevenir aux mesures prises en application de la réglementation des relations financières avec l'extérieur, soit en ne respectant pas les obligations de déclaration ou de rapatriement, soit en n'observant pas les procédures prescrites, ou les formalités exigées, soit en ne se munissant pas des autorisations requises ou en ne satisfaisant pas aux conditions dont ces autorisations sont assorties, sera puni d'une peine d'emprisonnement de un à trois mois, de la confiscation du corps du délit, et d'une amende au minimum égale à la moitié et au maximum au double du montant de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative

d'infraction.

Sous-section 2 - Les sanctions pour refus d'information ou pour information inexactes.

Le décret 67-33 punit enfin quiconque aura refusé de répondre ou de fournir sciemment des réponses inexactes aux demandes d'informations formulées par les autorités compétentes. Les peines prévues à ces infractions consistent en une amende de 20.000 à 30.000 francs.

sionnel ou d'habitation, de matériel d'outillage ou de biens d'équipement, spécialement achetés par le bailleur en vue de cette location et dont lesdits bailleurs demeurent propriétaires lorsque ces opérations, quelle que soit leur dénomination, donnent au locataire la faculté d'acquérir, au plus tard à l'expiration du bail, tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu, tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers.

Les entreprises susceptibles d'engager des opérations de leasing ou crédit-bail devront se consacrer uniquement aux opérations définies à l'article 1er du susdit décret et ne pourront, en particulier, étendre leur activité à la pratique de la vente à crédit.

L'utilité de cette combinaison

Le vocable révèle les origines de ce mécanisme juridique, né aux Etats Unis en 1952 où il connut une fortune rapide. Il y semble promis à un développement encore accru : les investissements financés par les maisons de leasing représentaient à l'époque 4% des investissements privés pour atteindre 10% en 1970.

C'est en effet un trait de ce contrat d'être pratiqué par les sociétés spécialisées dans cette activité. En France, elles sont plus d'une vingtaine, de création fort récente. Leur expansion est rapide : la plus ancienne, Loca-France, fondée en 1962, annonçait récemment un chiffre d'affaire pour le premier semestre de 1965 en augmentation de 50% par rapport à la même période de 1964. Constituées pour la plupart par des banques d'affaires, des compagnies d'assurance, voire des organismes professionnels, ces sociétés rencontrent une audience importante dans les milieux industriels.

Ces sociétés interviennent au profit d'entreprises qui désirent se procurer des matériels d'équipement sans supporter initialement le coût de leur achat. L'utilisateur choisit le bien qui lui est nécessaire, la société spécialisée se substitue à lui pour acquérir le bien et le lui donner ensuite en location. C'est un mode de financement des investissements qui générise en ce sens qu'il échappe tant à la réglementation des procédés traditionnels de prêt qu'aux dispositions régissant les ventes à crédit. Et l'article 3 du décret de 1971 interdit expressément aux entreprises spécialisées dans les opérations de leasing d'étendre leur activité à la pratique de la vente à crédit. Ces limitations et faveurs révèlent à la fois les soucis, contradictoires en apparence, mais parfaitement conciliaires, de promouvoir les investissements par le crédit-bail et de contrôler le

crédit-bail et de contrôler le crédit en restreignant les ventes à crédit.

Mais le leasing offre une source supplémentaire de financement sans affaiblir directement la capacité d'emprunt de l'entreprise, il peut être mis en oeuvre très rapidement sans apport personnel initial, à la différence des investissements réalisés avec un crédit à moyen terme du type du crédit national en France, et peut, de la sorte, dans un marché en expansion rapide permettant des bénéfices importants, suppléer l'insuffisance du plan d'investissement de l'entrepreneur.

ce

Le succès de/contrat est une manifestation de la dépersonnalisation du capital, comme l'a noté M. PIETTRE (où va la propriété ? Le Monde du 23 janvier 1964) ;

Pour tenter de définir la nature juridique du leasing, on l'a rapproché d'institutions proches et bien/du droit français. Ce fut toujours pour les distinguer aussitôt.

distingué

En premier lieu, le leasing doit être/de la location simple non seulement parce que la convention de louage qu'elle contient s'insère dans un complexe contractuel qui le singularise, mais surtout parce que les obligations et les droits des parties au leasing diffèrent singulièrement de ceux qui résultent du louage de chose classique. A cet égard, il n'est que de rappeler la situation bien particulière du bailleur en ce qui concerne ses obligations d'entretien et sa garantie des vices cachés.

Les critères qui sont retenus pour distinguer le leasing de la location simple sont généralement ceux qui permettent de distinguer ce contrat de la location-vente et de la vente à tempérament. Cette constatation rapproche le leasing de ces derniers.

La vente à crédit du matériel d'équipement est couramment pratiquée. L'assimilation du leasing à la vente à crédit doit être écartée pour plusieurs raisons, mais principalement pour celle que, dans la vente à crédit, le transfert de propriété se produit dès la conclusion de l'opération et que, dès ce moment, l'utilisateur du bien en devient irrévocablement l'acheteur. Il en va tout différemment pour le leasing.

Une différence aussi nette n'existe pas en ce qui concerne la location-vente. En effet, cette opération combine la location et la vente pour assurer immédiatement à l'utilisateur la jouissance du matériel par un contrat de location dont l'expiration, qui intervient lorsque le montant des loyers versés tend à égaler

le prix et ses intérêts, transfère la propriété du matériel au locataire/par exécution d'une promesse synallagmatique de vente incluse dans le contrat.

A priori, on peut être tenté d'assimiler le leasing à une location-vente. Les conséquences en seraient graves, non que la location-vente soit une opération illicite, mais parce que les tribunaux lui témoignent une froideur certaine en l'assimilant aux ventes à crédit, sévèrement réglementées, et en s'efforçant de protéger les tiers acquéreurs et les créanciers du locataire contre les effets de la réserve de propriété opérée dans la location-vente au profit du vendeur.

La Cour de Cassation française a manifesté très tôt cette tendance. Si elle a par la suite assoupli sa position, il n'en reste pas moins qu'elle assimile la location-vente à une vente lorsque les loyers sont anormalement élevés et la souste très inférieure à la valeur vénale du bien, lorsque le bailleur est déchargé des risques et des obligations qui lui incombent normalement, lorsque les loyers se trouvent intégralement incorporés dans des traites acceptées. Certes, généralement aucune de ces caractéristiques ne suffit à assurer l'assimilation. C'est de leur accumulation et surtout de leur coexistence avec une promesse synallagmatique de vente, que la jurisprudence déduit leur véritable sens. et, par voie de conséquence, la possibilité de rectifier la qualification donnée par les parties à leur convention.

Or, nous avons vu que le contrat de leasing contient une promesse unilatérale et non une promesse synallagmatique de vente. La promesse unilatérale ne valant pas vente, le leasing n'est pas une location-vente mais une location-promesse de vente qui ne saurait être assimilée à une vente à crédit quand bien même certains des éléments d'assimilation relevés plus haut seraient décelés.

II - Les rapports entre les parties avant la levée de l'option

a) Les rapports entre la Société de leasing et le preneur

Une entreprise désirant effectuer un investissement d'équipement passe avec une société financière spécialisée un contrat aux termes duquel cette dernière achète, et éventuellement importe, le matériel choisi par l'entreprise aux conditions techniques et aux prix débattus par l'utilisatrice. Ce matériel est directement livré et mis en place chez cette dernière à laquelle il est loué par la société de leasing pour une période de durée variable.

A l'issue de cette période, au plus tard, l'entreprise locataire a la faculté de l'acquérir pour un prix éventuel à peu près égal à sa valeur résiduelle d'amortissement, c'est-à-dire généralement inférieur à sa valeur vénale en fin de contrat.

Ainsi comme les opérations de crédit destinées à financer des investissements, le leasing permet à l'entreprise d'anticiper son épargne. C'est donc un procédé de financement fondé sur un appel de capitaux extérieurs à l'entreprise, mais qui se distingue par l'originalité et la complexité des mécanismes juridiques mis en oeuvre pour atteindre ce résultat.

Cependant, le commerçant qui utilise un matériel loué crée une apparence susceptible de tromper les tiers sur son crédit ; le problème, ici, apparaît dans toute son acuité lors de la faillite du preneur.

La jurisprudence sénégalaise n'ayant pas eu à se prononcer vu la nouveauté de la matière, force est bien de livrer à nos ressortissants les positions les plus élaborées de la jurisprudence française en son état actuel.

L'article 1er du décret sénégalais de 1971 est fort précis sur le point de la délimitation de la propriété de la chose louée avant la fin du délai convenu en vue de la location "lesdits bailleurs, nous dit cet article, demeurent propriétaires lorsque ces opérations, quelle que soit leur dénomination, donnent au locataire la faculté d'acquérir, au plus tard à l'expiration du bail, tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu, tenant compte, au moins pour partie des versements effectués à titre de loyers." Si donc, l'utilisateur garde la liberté de se porter qu'un acquéreur, bénéficiant seulement d'un engagement de son cocontractant, sans s'engager lui-même à acheter, il y a louage accompagné d'une promesse unilatérale de vente. Le preneur dispose d'une triple option : demander une prorogation de la location, restituer le matériel, ou encore s'en porter acquéreur pour une somme fixée initialement, et désignée sous le terme de valeur résiduelle. La faculté reconnue au preneur de ne pas acquérir le matériel à l'issue de la première période fait donc du leasing un contrat de location assorti d'une promesse unilatérale de vente.

Mais cette définition doit être précisée par l'examen de la fixation de la période initiale de location, et de la valeur d'achat éventuel, qui donnent ensemble à l'opération toute sa signification économique. Pour le bailleur, l'opération est essentiellement financière. Les loyers qu'il perçoit trimestriellement ou semestriellement, mais toujours d'avance, doivent lui permettre de recouvrer les

fonds investis dans l'achat du matériel, de couvrir ses frais de gestion et d'assurer son bénéfice. Il a la charge, inhérente à la propriété, d'amortir le matériel. La durée de la période de location dite irrévocable, le montant des redevances exigées, le calcul de la valeur résiduelle à l'issue de cette période, vont donc être fonction de la dépréciation du matériel. Autrement dit toute l'économie du contrat repose sur l'amortissement qui est généralement défini comme la constatation comptable de la perte subie sur la valeur d'actif des immobilisations qui se déprécient avec le temps. Dès lors on comprend pourquoi la durée de la location qui est le plus souvent celle de l'amortissement se fait sur plusieurs années.

Fort de sa qualité de propriétaire, le loueur entend exercer une entière maîtrise juridique de la chose. La sous-location est interdite au preneur, comme le prêt du bien loué. Pendant toute la durée de la location, une assurance du matériel doit être prise par le locataire au profit du loueur. C'est encore en raison du droit de propriété du loueur que le bien conserve son caractère mobilier et ne peut devenir immeuble par destination, mais les contrats limitent les dangers de la mobilité en exigeant l'accord préalable de la société de location pour tout déplacement de la chose. La qualité de propriétaire du loueur a permis enfin au tribunal de la Rochelle (trib. commerce la Rochelle 26/6/64 J C P 1965 - II - 14331 bis) d'accueillir l'action en revendication d'une maison de leasing contre la masse des créances/ de son preneur failli. A défaut de jurisprudence sénégalaise sur la question, force est d'asseoir notre analyse sur les décisions jurisprudentielles françaises mais simplement à titre indicatif.

Le principe est donc que la maison de leasing propriétaire, pendant la période de location, échappe au principe d'égalité régissant la faillite.

Rapports entre le preneur et le vendeur

Le contrat de "leasing" réglementé par le décret 71-458 du 22 avril 1971 est une opération de location de biens d'équipement, achetés par une entreprise financière pour un utilisateur, qui a la faculté d'acquérir les biens en question à un prix convenu, en tenant compte, au moins pour partie, des versements/à titre de loyers pendant la durée du contrat.

En cas de leasing, bien que le contrat de vente soit passé entre le fabricant et la société financière, tandis que le contrat de location intervient entre cette dernière et l'utilisateur-locataire, il s'opère une contraction des deux contrats, en ce sens que c'est le fabricant qui doit directement la garantie

- 51 -

à l'utilisateur. Cette solution résulte du fait que les obligations de délivrance, de garantie de jouissance et d'absence de vices sont identiques dans les deux contrats, et qu'il se produit ainsi une sorte de subrogation qui fait abstraction de l'entreprise de financement, celle-ci n'étant propriétaire des biens loués que pour pouvoir les revendiquer en cas de défaillance du locataire. L'exonération de la maison de leasing est stipulée ^{en} général dans le contrat. Cette solution est parfaitement logique en ce sens que, bien souvent, c'est l'utilisateur qui choisit le matériel qu'il désire obtenir, discute directement avec le fabricant par lui choisi, l'établissement financier, pour reprendre la terminologie sénégalaise, n'intervient que pour acquérir le matériel. Les garanties consenties par le constructeur et attachées à la propriété du matériel loué sont déléguées au locataire. En conséquence, le locataire adressera toute réclamation éventuelle au constructeur et procédera à tout recours au nom de la maison de leasing, celle-ci l'autorisant à faire état de la présente clause pour intenter directement son action. Il faut souligner que cette clause est parfaitement licite, car il est toujours possible de s'évader conventionnellement de l'obligation de garantie légale.

C'est donc l'idée de subrogation qui fait l'originalité du contrat de leasing, qui fait abstraction de la société financière dans les rapports entre fournisseur et utilisateur.

Rapports entre le fabricant et la société de leasing

Attendu que la société est propriétaire des biens loués, son droit de propriété ne joue qu'un rôle de sûreté. C'est la raison pour laquelle elle s'exonère de toute sa responsabilité vis-à-vis de son locataire, en cas de défaillance de son fournisseur. Mais la possession matérielle ne l'intéresse pas : c'est une société financière qui a pour seul but de faire travailler ses capitaux. Elle garde la propriété du matériel pour pouvoir revendiquer en cas de défaillance du locataire. C'est seulement si le contrat de vente est mis en cause que la société de leasing, ayant la qualité de propriétaire, peut en demander la résolution.

III - Rapports entre les parties à la fin de la période de location

- Le refus de lever l'option

La faculté d'acquérir le bien au plus tard avant la fin du bail est une possibilité offerte au locataire. Si celui-ci n'en use pas, il doit alors restituer

le matériel ou bien, s'il le désire, demander la prorogation de la location.

- Après la levée de l'option

Le droit de créance virtuelle est remplacé par un droit réel. La vente est faite à ce moment précis, l'utilisateur devient propriétaire, mais il n'y a pas de rétroaction. Ce qui fait l'originalité du leasing, c'est que l'utilisateur qui lève l'option à la fin de la période de location n'est débiteur que du prix résiduel, c'est-à-dire après imputation des sommes, au moins pour partie déjà perçues par le bailleur à titre de loyers.

Édité par la Chambre de Commerce
d'Industrie et d'Artisanat de la Région du Cap-Vert-DAKAR-

NOVEMBRE
1972

