

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

CENTRE DE FORMATION JUDICIAIRE
(CFJ=

ANNEE ACADEMIQUE 1991-1992

SECTION GREFFE

3e ANNEE

Les règles de compétence en matière de référé : Etude et propositions de modification

Mémoire présenté par

SOULEYMANE TELIKO

République du Sénégal
UN PEUPLE - UN BUT - UNE FOI

MINISTERE DE LA JUSTICE
CENTRE DE FORMATION JUDICIAIRE



Mémoire de fin d'études

Thème:

LES REGLES DE COMPETENCE
EN MATIERE DE REFERE :
ETUDE ET PROPOSITIONS DE
MODIFICATIONS

Présenté et soutenu par
SOULEYMANE TELIKO
Elève - Magsitrat

refusé (Bail n°)

ANNEE ACADEMIQUE 1994 / 1995

Dédicaces

A mes père et mère

*pour leur présence affective et la foi
religieuse qu'ils m'ont recommandée.*

*A tous mes amis et à tous mes camarades
de promotion.*

17/20

Remerciements

Mes remerciements vont à :

- Monsieur El Hadji Malick Konté , Directeur du Centre de Formation Judiciaire;*
- Monsieur Cheikh Tidiane Coulibaly, magistrat;*
- Monsieur Amady Bâ, magistrat;*
- Madame Céline Cissé, magistrat;*
- Monsieur Mansour Sy, magistrat;*
- Monsieur Barane Thiam, magistrat;*
pour leurs suggestions et leur bienveillante disponibilité.
- Tous mes formateurs pour l'expérience qu'ils ont voulu faire partager.*
- Monsieur Babacar Seck pour avoir confectionné ce mémoire.*

INDEX ALPHABÉTIQUE

- CPC Code de procédure civile
- COCC Code des obligation civiles et commerciales
- C.A. Cour d'appel
- T.R. Tribunal régional
- G.P Gazelle du Palais
- DP Dalloz Périodique
- D. Dalloz

PLAN

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE 1. LES FONDEMENTS DE LA COMPETENCE DU JUGE DES REFERES.

SECTION 1. L'URGENCE

Paragraphe.1. Para 6 1. la notion d'urgence

A. Définitions doctrinales

B. La constatation de l'urgence par le juge

Paragraphe.2. APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

A. L'urgence caractérisée par l'existence d'un préjudice

1. En matière contractuelle

a. La violation du droit de propriété

b. L'inexécution d'une obligation contractuelle

2. En matière extra contractuelle

B. L'urgence caractérisée par l'imminence d'un préjudice

SECTION 2. LES DIFFICULTES D'EXECUTION D'UN JUGEMENT

OU D'UN TITRE EXECUTOIRE

Paragraphe.1. LES TITRES ET JUGEMENTS EXECUTOIRES

A. Les titres exécutoires

B. Les jugements

Paragraphe.2. La notion de difficultés d'exécution

CHAPITRE 2. LIMITE DE LA COMPETENCE DU JUGE DES REFERES : L'INTERDICTION DE PREJUDICIER AU PRINCIPAL

SECTION 1. L'INTERDICTION DE PREJUDICIER AU PRINCIPAL APPRECIEE A TRAVERS LES MESURES PRISES EN MATIERE D'URGENCE

Paragraphe.1. LES INJONCTIONS

A. Nature des injonctions

1. Les injonctions de donner

2. Les injonctions de faire

B. Portée des injonctions

Paragraphe.2. Les expertises

A. Les expertises accessoires

B. Les mesures d'expertises prises à titre principal

Paragraphe. 3. Les mesures conservatoires

A. La nomination d'administrateurS

B. Le juge des référés peut-il ordonner la saisie d'une publication ?

SECTION 2 : L'interdiction de préjudicier au principal appréciée à travers les mesures prises en matière de difficultés d'exécution de jugements et de titres exécutoires

Paragraphe I : Les mesures que peut prendre le juge des référés

A. En matière d'incidents de voie d'exécution

1. En matière de saisie - exécution

2. En matière de saisie - arrêt

3. En matière de saisie - conservatoire

4. En matière de saisie - immobilière

B. En matière de demandes de délais de grâce

C. En matière de contrainte par corps

1. Maintien de la contrainte par corps

2. Mainlevée de la contrainte

a) Mainlevée sur paiement

b) Mainlevée sur caution

Paragraphe 2 : Les mesures qui excèdent la compétence du juge des référés

- L'interprétation des jugements et titres exécutoires
- L'appréciation de la validité des jugements et titres exécutoires

IIème Partie :

Modifications souhaitables des règles de compétence en vigueur

Chapitre 1 : L'extension souhaitable des pouvoirs des pouvoirs du juge des référés : le référé - provision

SECTION 1 : réglementation possible du référé - provision

Paragraphe 1. : octroi de la provision

A. Conditions d'octroi

1. Urgence

2. caractère incontestable de l'obligation

B Montant de la provision

Paragraphe 2. Portée de l'ordonnance accordant la provision

A. Caractère provisoire de l'ordonnance

B. L'exécution de l'ordonnance allouant une provision

SECTION II : Avantages du référé - provision

Paragraphe 1. : La protection des créanciers

A Les créanciers concernés

1. Victimes d'accidents de circulation

2. Autres créanciers

B. Portée de la protection

1. Provision et appréciation de l'urgence

2. Provision et appréciation de la notion de contestation sérieuse

Paragraphe: Le désengorgement du rôle des tribunaux

A. Evaluation des litiges par la condamnation au montant total de la dette

B. L'évacuation des litiges par la dissuasion

Chapitre II : L'introduction souhaitable du référé social

SECTION I : Justifications du référé social

Paragraphe 1. La lenteur dans le traitement des dossiers

Paragraphe 2. L'inefficacité des procédures d'urgence prévues par le code du travail

A. Procédures d'urgence prévues par les articles 216 et 221 du code du travail

B. Procédure d'urgence prévue par l'article 47 nouveau du code du travail

Paragraphe 3. : La composition des tribunaux du travail au Sénégal

Section 2. Avantages du référé social pour les salariés

Paragraphe 1: Possibilité de saisir le juge des référés en cas d'imminence d'un licenciement

Paragraphe 2. Possibilités après le licenciement

- A. Cas des salariés protégés
- B. Cas des salariés ordinaires
- C. L'octroi d'une provision.

INTRODUCTION

Le référé est une procédure qui a pour objectif de faire statuer d'une manière provisoire dans les affaires urgentes et dans les cas où les jugements et titres exécutoires soulèvent des difficultés relativement à leur exécution.

Il trouve son origine dans un édit du 22 Janvier 1685 organisant la procédure du châtelet de Paris. Cette procédure autorisait le juge à statuer par provision ; « Ce magistrat et à défaut, ses lieutenants particuliers, tenaient audience civile les Mercredis et Samedis pour l'expédition des causes urgentes : évacuation des lieux , paiement des loyers ... » (1)

La création de cette procédure a été justifiée par les inconvénients de la procédure ordinaire. La durée trop longue des procès cause en effet des préjudices certains aux justiciables et contribue de surcroît à engorger le rôle des tribunaux.

Procédure rapide et dirigée par un juge unique, le référé présente toutes les caractéristiques qui peuvent donner satisfaction aux plaideurs. Cela explique son développement quantitatif et qualitatif. Les présidents rendent en effet chaque jour un nombre non négligeable d'ordonnances dans les matières les plus diverses.

La juridiction des référés a acquis une telle importance qu'on a dit d'elle qu'il s'agit de la «juridiction du droit commun du provisoire et de l'urgence (- curet la juridiction du président) malgré ce développement les problèmes liés à la lenteur des procédures judiciaires et à l'encombrement du rôle du tribunaux continuent à être d'actualité. Dès lors se pose une question : la

(1) César Brû-P Hébraud

juridiction des référés, peut-elle être d'une utilité quelconque dans la recherche de solutions contre ce dysfonctionnement de la justice ? Pour répondre à la question il est nécessaire de se pencher sur l'aspect moteur de l'institution qu'est la compétence du juge des référés».

La compétence est définie comme «le pouvoir que possède une juridiction de connaître d'un litige. Le mot compétence se réfère à la détermination et à l'étendue des pouvoirs juridictionnels d'une juridiction».(1)

En matière de référé, il est de principe que le président (ou son délégué) n'est compétent que lorsque le tribunal peut connaître de l'affaire au fond. Ainsi pour la compétence territoriale, l'on doit saisir le président de la juridiction qui a reçu la compétence ratione loci quant au fond. Cela revient à appliquer les articles 34 et suivants du code de procédure civile qui prévoient notamment la compétence du tribunal du domicile en matière personnelle ou mobilière, celle du tribunal de la situation en matière réelle immobilière.

Cette règle connaît cependant des exceptions ; en effet, en cas de saisie revendication ou de saisie-exécution les articles 479 et 434 du code de procédure civile prévoient respectivement la compétence du lieu où l'incident est né et du lieu de la saisie.

La compétence territoriale du juge des référés ne présente donc pas beaucoup de particularités par rapport à celle du tribunal. C'est pourquoi nous nous en tiendrons dans cette étude, à la compétence d'attribution.

(1) Solus et Roger Perrot : droit judiciaire privé la compétence : tome II, Sirey 1973.

Celle-ci, en matière de référé, est fondée sur l'urgence et des difficultés d'exécution des jugements et titres exécutoires.

L'urgence étant une notion de fait aux limites imprécises, le juge des référés peut intervenir « dans les circonstances les plus variées et les imprévues ». Le caractère très large de la compétence du juge, allié à la rapidité de la procédure, n'est pas sans susciter des craintes.

Celles notamment de voir le juge des référés empiéter sur les attributions du tribunal ou ordonner des mesures fortement préjudiciables aux particuliers.

Ces craintes impliquent l'existence de deux règles restrictives de la compétence du juge des référés.

La première interdit au président de statuer provisoirement dans les litiges ne relevant pas quant au fond de la compétence du tribunal ; la seconde est traduite par l'article 250 du code de procédure civile aux termes duquel « les ordonnances de référés ne font pas préjudice au principal ».

Cette deuxième règle donne une idée de la délicatesse de la tâche du juge des référés. En effet, autant il doit, pour parer à l'urgence, exercer ses pouvoirs dans toute la mesure du possible, autant il doit éviter d'empiéter sur la compétence du tribunal. L'efficacité de la procédure de référé dépend de la manière dont cet équilibre est réalisé.

L'analyse des règles de compétence en matière de référé (1ère partie) et de leur application jurisprudentielle nous permettra de nous édifier sur l'utilité pratique du référé au Sénégal.

Par ailleurs, l'interdiction de préjudicier au principal signifie que le juge des référés ne peut ordonner que des mesures

provisaires. Cette règle est fondée sur l'idée se la laquelle l'instance en référé est préparatoire à l'instance au fond. Or, pour lutter contre l'encombrement du rôle des tribunaux il serait souhaitable de permettre au juge des référés de trancher définitivement certains litiges. Bien entendu, la procédure de référé étant caractérisée par la simplicité et la rapidité, cette proposition ne peut être acceptée que si des mesures sont prises pour garantir les droits des plaideurs.

Nous essayerons donc dans une deuxième partie, de voir dans quel sens et selon qu'elles modalités, des modifications pourraient être apportées aux règles de compétence en rigueur.

PREMIERE PARTIE :

LES REGLES DE COMPETENCE EN VIGUEUR EN MATIERE DE REFERE

Nous examinerons les fondements et les limites de la compétence juge des référés.

CHAPITRE I. Les fondements de la compétence du juge des référés.

Aux termes de l'article 247 du code de procédure civile, « *dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agit de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il est procédé ainsi qu'il est réglé ci-après* ».

Il résulte de cet article que les fondements de la compétence du juge des référés sont l'urgence et les difficultés d'exécution des jugements et des titres exécutoires.

Ces deux notions gagneraient à être précisées.

Section 1 : L'urgence

L'article 247 du code de procédure civile ne définit pas l'urgence ; il est donc nécessaire de se pencher sur cette notion et d'en analyser les applications jurisprudentielles.

PARAGRAPHE 1 : La notion d'urgence

L'urgence est une notion de fait. Les juges l'apprécient souverainement. Malgré tout, des auteurs ont tenté de la définir.

A/ Définitions doctrinales

Littre dit de l'urgence qu'elle « *est la qualité de ce qui est urgent, est urgent ce qui ne souffre point de retardement* ».

GARCONNET et CESAR-BRU estiment que l'urgence c'est la nécessité qui ne souffre aucun retard, « *le péril tellement immédiat qu'aucune assignation même à bref délai, ne pourrait le conjurer* ».

Il a également été dit « *qu'il y'a urgence toutes les fois que le retard apporté à une solution provisoire et ne préjugeant en rien du fond met en péril les intérêts d'une des parties* ».

Ces définitions appellent quelques remarques. Tout d'abord, l'urgence doit être distinguée du péril qui est une notion plus étroite. En matière de dette par exemple, le péril désigne la crainte sur le recouvrement de la créance alors que l'urgence existe dès lors que le créancier justifie d'un besoin pressant d'être payé.

Autrement dit, le péril doit être apprécié en fonction de l'insolvabilité du débiteur, l'urgence, par rapport au besoin qu'a le créancier d'obtenir rapidement le règlement de ce qui lui est dû.

Ensuite toute définition de l'urgence doit tenir compte du fait que celle-ci est la raison d'être du référé: il n'aurait pas été nécessaire d'inventer la juridiction des référés si les tribunaux pouvaient résoudre sans délai les problèmes qui leur sont posés. Par conséquent, la notion d'urgence est étroitement liée aux délais de procédure. La cour de Lyon¹ l'exprime en ces termes : « *l'urgence se rencontre seulement*

¹ Lyon 22-11-1913.S 1914.2.118

lorsque la lenteur de la procédure ne permet pas aux juges du fond d'ordonner, en temps utile la mesure sollicitée ».

Malgré ces précisions, force est de reconnaître avec Waiting que « l'urgence ne se définit pas, elle se constate et elle s'affirme ». En effet c'est une notion de fait qui s'apprécie différemment suivant les circonstances de chaque espèce ; elle est donc difficilement réductible à une définition, aussi pertinente soit-elle. C'est justement pour cette raison que le juge dispose en cette matière d'un pouvoir souverain de constatation.

B/ La constatation de l'urgence par le juge

L'urgence doit être constatée dans l'ordonnance du juge des référés; mais cette constatation peut être implicite et résulter des motifs de la décision. En outre, le juge n'est pas obligé de la caractériser.

La cour de cassation a jugé que *« la constatation de l'urgence est une notion de fait qui relève de l'appréciation souveraine du juge des référés ... »*

Cette position avait déjà été dégagée par la cour de cassation française qui a estimé *« qu'une telle appréciation par les juges du fond des circonstances de la cause échappe au contrôle de la cour de cassation ; que le juge des référés apprécie souverainement qu'il y a urgence, qu'à cet égard sa déclaration suffit ».*

Cette position nous paraît juste pour deux raisons.

D'une part, la nature contingente de l'urgence ne permet pas à la cour d'en donner une définition; celle-ci serait en effet inséparable des faits de la cause et par suite, inapte à s'appliquer à d'autres espèces.

D'autre part, le moyen tiré de l'urgence est mélangé de fait et de droit et l'on sait qu'en pareil cas, la juridiction suprême, juge du droit, se refuse à tout examen.

Pour toutes ces raisons, l'étude de la notion d'urgence ne peut se faire utilement qu'à travers l'analyse des décisions jurisprudentielles.

PARAGRAPHE 2: APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

La jurisprudence caractérise l'urgence tantôt par l'existence tantôt par l'imminence d'un préjudice.

A/ L'urgence caractérisée par l'existence d'un préjudice

L'urgence correspondant à l'existence d'un préjudice est appréciée différemment suivant que l'on est en matière contractuelle ou extra contractuelle.

1° En matière contractuelle

En ce domaine, l'urgence est caractérisée soit par la violation du droit de propriété; soit par l'inexécution d'une obligation contractuelle.

a) La violation du droit de propriété

Elle peut résulter de l'existence d'un contrat

La violation d'un droit suffit-elle à caractériser l'urgence ? ou faut-il que la victime justifie d'un besoin pressant de jouir de son droit. ?

La simple violation d'un droit étant sanctionnée par les tribunaux, on pourrait penser que l'urgence attributive de la compétence du juge des référés suppose, en plus de cette violation, une circonstance particulière (gravité du préjudice, situation de la victime etc...)

C'est la solution donnée par le juge des référés dans cette espèce où le requérant demandait l'expulsion des occupants de sa villa. Le rejet a été motivé par le fait que « *l'urgence qui commande l'intervention du juge des référés n'est pas démontrée ; qu'en tout cas le demandeur ne*

prouvé pas l'intérêt immédiat que présente pour lui la libération des locaux ». (1)

Avant cela, une décision semblait même exprimer l'exigence d'une clause résolutoire pour l'intervention du juge des référés. (2)

Ces décisions traduisent l'idée selon laquelle, une simple violation d'un droit ne peut caractériser l'urgence, il faut en plus, la preuve d'un intérêt immédiat ou l'existence d'une clause résolutoire.

Nous pensons cependant que si en principe, les juridictions du fond ont vocation à sanctionner utilement les violations de droits, il en est certains dont la violation, même momentanée, nécessite une intervention urgente et justifie par conséquent la compétence du juge des référés. Il en est particulièrement ainsi de droits fondamentaux tel que le droit de propriété; il y'a urgence à restituer au propriétaire des lieux la libre disposition de son bien.

Les décisions précitées nous semblent donc critiquables en ce qu'elles considèrent que la violation du droit de propriété ne peut constituer l'urgence.

Il est juste à cet égard que la cour d'appel (3) ait infirmé la première décision citée au motif que *« l'urgence, en l'espèce, naît de la volonté du propriétaire légitime à recouvrer son droit ; que l'intérêt immédiat résulte de cette occupation sans droit, ni titre qui ne saurait perdurer contre la volonté du propriétaire »*

(1) T.R; Dakar 28.02.94 N° 246

(1) T.R; Dakar 23.05.77 N° 246

(2) C.A. Dakar 15.07.94

La juridiction d'appel avait également infirmé la deuxième décision citée en considérant « *qu' il est inexact d'affirmer comme l'a fait le premier juge que le juge des référés est incompétent pour prononcer l'expulsion d'un locataire en l'absence d'un contrat contenant une clause résolutoire puisque l'urgence résulte du non paiement même* » (1)

Dans une autre espèce, le juge semble indiquer une constante jurisprudentielle lorsqu'il affirme « qu'il est de principe que la restitution au propriétaire de la libre disposition de son bien suffit à caractériser l'urgence nécessitant l'intervention du juge des référés »(2)

Cette jurisprudence se retrouve en France où il a été jugé « *qu'il y'a urgence pour le propriétaire à recouvrer la libre disposition et jouissance des lieux* » (3)

Le préjudice qui caractérise l'urgence peut également trouver son origine dans l'inexécution d'une obligation contractuelle.

b) L'inexécution d'une obligation contractuelle *elle peut être constitutive de la violation d'un droit de propriété*

La jurisprudence a souvent caractérisé l'urgence par l'inexécution d'une obligation contractuelle.

Ainsi dans cette décision, il a été jugé que « *le contrat étant la loi des parties, Richard est tenu d'assurer la délivrance de la chose vendue conformément aux stipulations du contrat, que l'inexécution de cette obligation est constitutive d'une voie de fait causant un trouble manifestement illicite* »(4)

(1) C.A. Dakar 22.07.1977.

(2) T.R. Dakar 27.06.1994 N° 694

(3) Paris 16.06.1940 G.P. 49 .2 432

(4) T.R. Dakar 28.02.94 - n° 246

Au mot

Sur ce point, la jurisprudence semble donc constante, ainsi en témoigne l'attendu presque identique par lequel le juge des référés a motivé cette décision(1) « *Attendu que, l'inexécution de l'obligation de délivrance qui est une obligation légale impérative constitue un trouble manifestement illicite commandant l'intervention du juge des référés..* »

La jurisprudence semble donc admettre l'urgence en matière contractuelle dès lors qu'il y a violation du droit de propriété ou, s'agissant de contrats synallagmatiques, inexécution par l'une des parties de ses obligations contractuelles ; mais le préjudice qui justifie l'urgence peut aussi trouver son origine dans des rapports extra contractuels.

2°) En matière extra contractuelle

Contrairement à ce qu'il en est en matière contractuelle où le préjudice est présumé exister dès lors qu'il y a violation d'une obligation, en matière extra contractuelle, la jurisprudence exige du demandeur la preuve du préjudice sans lequel il ne saurait y avoir urgence.

C'est dans ce sens qu'a été jugée cette espèce où il s'agissait d'une demande d'expertise formulée par la société Coca Cola aux fins de description et de comparaison des bouteilles de 30 cl avec celles de 33 cl utilisées par la société LISA. Coca Cola Company avait la possibilité de saisir le juge du fond et de solliciter une expertise mais puisqu'elle avait décidé d'agir par voie de référé, il lui fallait établir l'existence d'un préjudice qui aurait justifié la compétence du juge des référés.

(1) T.R. Dakar 13.06.94

Le juge a estimé qu'il n'était nullement prouvé l'existence d'un « préjudice qui, en l'état, n'est ni actuel, ni certain, qu'il suit de là que la demande de Coca Cola Company n'a pas été introduite dans des conditions de forme et de procédure régulière, singulièrement la condition d'urgence n'est pas remplie. » (1)

La jurisprudence a également eu à caractériser l'urgence par l'imminence d'un préjudice.

B/ L'urgence caractérisée par l'imminence d'un préjudice

Pour qu'il y ait urgence, il n'est pas nécessaire qu'un dommage soit d'ores et déjà réalisé, il suffit que les intérêts du demandeur en courent sérieusement le risque.

C'est ainsi que saisi d'une demande d'expertise par une partie qui contestait le montant de la créance que lui réclamait une banque, (2) le juge des référés a estimé que « l'urgence découle de l'imminence d'une procédure de recouvrement de la part de l'USB qui l'a du reste reconnu... »

La jurisprudence française a également eu à juger que(3) « l'urgence procédait de la nécessité de prendre promptement parti relativement à une contestation d'où dépendait le sort des biens à l'égard desquels le légataire universel, envoyé en possession, pouvait accomplir des actes de disposition ».

(1) T.R. Dakar 23.01.95 - N° 1543

(2) T.R. 29.12.86 Dakar N° 1332

(3) T.G.I. Bourges - 12.05.1942 S. 1942 - 2-28

Dans une autre décision, le juge a considéré que l'urgence résultait de la « *défaillance irrémédiable des organes de gestion ou du dissentiment sérieux entre associés mettant gravement en péril les intérêts sociaux* ». (1) En l'espèce, le juge n'avait finalement pas retenu l'urgence puisqu'au terme de son analyse il avait constaté « *qu'une majorité existe et que les organes sociaux fonctionnent régulièrement..... qu'en conséquence l'urgence attributive de la compétence du juge des référés fait défaut en la cause* ».

Mais les termes mêmes de la motivation laissent entrevoir qu'une contestation sérieuse entraînant ou pouvant entraîner la paralysie des organes sociaux constitue aux yeux du juge, l'urgence nécessitant son intervention.

La jurisprudence admet donc qu'à chaque fois qu'il y a contestation sérieuse (sur un bien ou un droit) qui risque de porter préjudice à une partie, l'urgence est établie : dans cette décision, (2) le juge, saisi d'une demande d'expertise par une société qui s'était vu réclamer le montant d'une caution en douane, s'est déclaré compétent au motif que « *l'urgence résulte du litige actuel opposant les parties et du commandement valant saisie réelle délivré à la société industrielle produits laitiers* »

L'urgence résultait donc de l'existence d'un litige d'une part et du risque que celui-ci faisait courir à l'une des parties d'autre part.

Le risque est constitué généralement par la menace d'exécution. La partie qui est sur le point d'être poursuivie peut certes finir par avoir gain de cause devant la juridiction du fond ; mais entre temps elle aura fait l'objet de mesures coercitives qui l'auront empêché de jouir de ses biens; la saisine du juge des référés lui permet donc de faire ordonner immédiatement une expertise pour éviter une éventuelle

(1) et (2) T.R. Dakar 27.06.94 N° 719 -

mesure conservatoire; mais encore faut-il que sa contestation paraisse sérieuse ; lorsqu'elle n'a apparemment aucun fondement, le juge peut légitimement penser qu'il n'y a aucun risque à laisser continuer les poursuites. Autrement dit, plus la contestation est sérieuse, plus il y a urgence à intervenir.

C'est tout le sens de cette décision (1) relative à une contestation de créance entre la Société nationale de recouvrement (SNR) et un particulier. Celui - ci niant sa qualité de débiteur, saisit le juge des référés aux fins de désignation d'un expert pour faire le compte entre les parties.

Le juge constata que « l'urgence attributive de la compétence n'est ni prouvée, ni offerte d'être prouvée; qu'en effet, Abdoul Magib DIOP est poursuivi en tant que caution personnelle et solidaire de la Société pour le Traitement Automatique de l'Information (SATI) jusqu'à concurrence de son engagement ainsi qu'il ressort des pièces produites aux débats ; que dès lors, les contestations de DIOP qui ne sont étayées par aucun élément objectif ou du moins par aucun commencement de preuve n'offrent aucune apparence de fondement; qu'il échet de nous déclarer incompétent ».

Dans une autre espèce, (2) une contestation était née entre la CBAO, adjudicataire d'un immeuble objet d'un titre foncier et la SOCOPRIM qui était en train de procéder au morcellement et à la vente de parcelles se situant sur un terrain voisin; estimant que la SOCOPRIM avait empiété sur son titre foncier, la CBAO saisit le juge des référés aux fins de désignation d'un expert pour délimiter les domaines respectifs des titres fonciers; l'urgence ne pouvait résulter en l'espèce que d'une contestation très sérieuse rendant très probable une irrégularité de la part de la SOCOPRIM ; ce fut l'avis du juge des référés

(1) T.R Dakar 27.06.94

(2) T.R. Dakar 11.07.94 N° 773

exprimé en ces termes : « Attendu que la qualité de propriétaire de la CBAO de l'immeuble objet du Tof N° 21-815/D6 résulte de la mention au livre foncier ainsi qu'il apparaît de l'état des droits réels produits aux débats ; attendu qu'ainsi l'action initiée par la CBAO en vue de délimiter sa propriété, en faisant grief aux défenseurs d'occuper irrégulièrement l'immeuble lui appartenant est fondée ».

Nulle part dans cette motivation, il n'est fait état empressement de l'urgence; mais celle-ci résulte en l'espèce du sérieux de la contestation attesté par la preuve de la qualité de propriétaire : en faisant produire des pièces qui établissaient ses droits réels sur le titre foncier, la CBAO démontrait que la continuation de l'exploitation par la SOCOPRIM se faisait à son détriment et qu'il y avait donc urgence à intervenir. *expressement*

un différend
En France, la notion de contestation sérieuse en tant que fondement du référé a donné lieu à diverses applications ; c'est ainsi que dans une décision de la chambre civile (1), il a été jugé que « l'existence d'une contestation, bien loin de faire obstacle à la mesure ordonnée en référé, en constitue au contraire la justification ». *l'existence d'une contestation sérieuse*

procédure civile
Cette jurisprudence a été consacrée par la réforme du code de procédure civile en France ; l'article 808 nouveau dispose en effet que « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». *ne se heurtent à aucune contestation sérieuse*

En définitive, l'on peut dire que l'urgence correspond à la nécessité d'arrêter ou d'éviter un préjudice.

L'analyse des décisions rendues en matière de référé permet de remarquer qu'à l'occasion de l'exercice d'un droit, des circonstances données identiques constituent toujours des cas

(1) CIV 26.02.1974 JCP 74 - Page 306

d'urgence indépendamment de la condition personnelle de la partie qui demande la mesure. Il en est ainsi en cas de violation du droit de propriété ou d'inexécution d'une stipulation contractuelle. Il s'agit là d'une conception objective de l'urgence qui s'oppose à celle communément admise. En effet en laissant au juge des référés le soin d'apprécier souverainement l'urgence, la cour de cassation a toujours sous entendu que celle-ci revêtait un caractère subjectif.

En somme, l'urgence présente un double aspect (subjectif et objectif).

Il est un autre fondement de la compétence du juge des référés : ce sont les difficultés d'exécution d'un jugement ou d'un titre exécutoire.

SECTION 2 : LES DIFFICULTES D'EXECUTION D'UN JUGEMENT OU D'UN TITRE EXECUTOIRE

Il y a lieu de préciser les notions de jugements et titres exécutoires d'une part, celle de difficultés d'exécution d'autre part.

PARAGRAPHE 1 : LES JUGEMENTS ET TITRES EXECUTOIRES

L'article 247 du code de procédure civile renvoie à ces deux notions qu'il faut expliciter.

A/ Les titres exécutoires

Il s'agit des titres emportant obligation à l'égard d'une personne déterminée, partie à l'acte, obligation qui peut être exécutée contre cette personne.

Justifient ainsi la compétence du juge des référés l'acte notarié ainsi que tous les actes sous seing privés reconnus en justice auxquels le jugement de reconnaissance donne le caractère de titres exécutoires.

A l'inverse, ne sont pas concernés les titres non revêtus de la formule exécutoire telles que les conventions verbales. Il en est de même des actes qui n'emportent pas obligation à l'égard d'une personne déterminée telle que la reconnaissance.

B / Les jugements

Le terme « jugements » utilisé dans l'article 250 du code de procédure civile doit être entendu de façon large.

Il s'agit tout d'abord des décisions rendues par les tribunaux départementaux et régionaux.

Cependant, pour les décisions des juridictions répressives il y a lieu de faire une distinction : les peines corporelles ne peuvent faire l'objet d'un référé. Par contre, le juge des référés est compétent pour connaître des difficultés d'exécution d'une décision de condamnation à des dommages - intérêts. *de à des années de*

En dehors des jugements, les sentences arbitrales peuvent également donner lieu à un référé sur difficultés. La cour de cassation française a ainsi jugé que lorsqu'en vertu d'une sentence arbitrale, un fonds de commerce a été mis en vente, l'opposition à cette vente formée par l'un des intéressés et basée sur ce que le droit au bail ne doit pas être compris dans la vente constitue une difficulté sur l'exécution d'un jugement entrant dans la compétence du juge des référés.⁽¹⁾

Les arrêts de la cour d'appel ou de la cour de cassation peuvent également donner lieu à référé en cas de difficultés d'exécution.

Toutes ces décisions judiciaires, pour donner lieu à référé, doivent être revêtues de la formule exécutoire et soulever des difficultés d'exécution.

(1) Cass. 3.12.1854 Dalloz 1855 P; 57

PARAGRAPHE 2 : La notion de difficultés d'exécution

Il s'agit de toutes les contestations qui peuvent être soulevées entre des parties ou par des tiers. Seules les difficultés d'ordre juridique constituent des difficultés d'exécution au sens de l'article 247 du code de procédure civile. Ainsi il a été jugé que la compétence du juge des référés est exclue dans le cas du refus opposé par le préfet à apporter le concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice.⁽¹⁾

La notion de difficultés d'exécution renvoie donc aux incidents qui peuvent surgir lors de la mise en oeuvre des voies d'exécution. L'intervention du juge des référés est d'ailleurs expressément prévue pour le règlement de certains d'entre eux.

et les cas de débiteur en retard de payer
De façon plus générale, les difficultés d'exécution correspondent à tous les moyens par lesquels un débiteur conteste la validité du titre de son créancier ou l'existence même de sa dette.¹¹ Tel est le cas d'un jugement par défaut qui n'a pas été signifié dans les 12 mois de sa date. Le débiteur pourra invoquer l'article 100 du code de procédure civile aux termes duquel un tel jugement est « non avenu ».

pour les motifs de la C.A. ?
En matière de difficultés d'exécution, le Président du tribunal régional et le Président du Tribunal départemental sont compétents chacun pour les décisions de la juridiction qu'il préside. La cour d'appel connaît des référés en cause d'appel. Concernant les décisions du tribunal du travail, la compétence revient au président du tribunal départemental lorsque la valeur du litige ne dépasse pas 1.000.000 et au président du tribunal régional dans le cas contraire. Cette situation n'est pas la meilleure pour les justiciables qui gagneraient à ce que l'audience des référés soit prévue au tribunal du travail où la procédure est gratuite.

(1) Colmar 23.07.1947 J.P. 1947

Comme on le constate, les notions d'urgence et de difficultés d'exécution confèrent au juge des référés une aire d'expansion très large. De plus, avec le développement du monde des affaires, le champ de l'urgence est appelé à s'élargir. Mais quelles que soient ses perspectives de développement, la juridiction des référés ne saurait prendre le pas sur le tribunal. En effet, le législateur, limitant la compétence du juge des référés lui interdit de préjudicier au fond.

CHAPITRE II : Limite de la compétence du juge des référés : l'interdiction de préjudicier au principal

Aux termes de l'article 250 du code de procédure civile, « les ordonnances de réfères ne font aucun préjudice au principal... »

Cette expression revêt deux sens.

D'une part, elle signifie que les ordonnances de référés sont provisoires, qu'elles ne sont rendues que sous réserve de la décision définitive du tribunal ; elles n'ont pas au principal, l'autorité de la chose jugée.

*pas force mot
au que
juge de référé
qui ordonne une expertise
attend une décision qui même si elle lui s'oppose pas au juge du fond n'est pas fondée
Réviser en cause*

D'autre part, l'article 250 précité implique que le juge des référés ne peut empiéter sur la compétence du juge du fond et trancher une contestation touchant au principal.

Lorsqu'il est saisi, le juge des référés doit donc apprécier la nature de la mesure qu'il lui est demandé de prendre et la valeur des moyens invoqués de part et d'autre ; et s'il se trouve qu'il est en présence d'une contestation sérieuse touchant le fond, il doit se déclarer incompétent.

La cour suprême a rappelé cette règle dans une affaire où elle était saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel.

La juridiction suprême cassa l'arrêt au motif « *qu'en application du principe édicté par l'article précité et selon lequel les ordonnances de référé ne font aucun préjudice au principal, le juge des référés doit se déclarer incompétent en présence de contestations sérieuses* ». (1)

Mais qu'est ce qu'une contestation sérieuse ?

glissement vers le 1er Français

En réalité, c'est une notion qui ne se prête pas à une définition claire et objective ; car ce qui paraît sérieux pour un juge peut ne pas l'être pour un autre. Cependant, l'on pourrait, en analysant les pouvoirs que se reconnaît la jurisprudence en matière d'urgence et de difficultés d'exécution des jugements et titres exécutoires, se donner une idée plus concrète de cette notion.

SECTION I : L'INTERDICTION DE PREJUDICIER AU PRINCIPAL APPRECIÉE A TRAVERS LES MESURES PRISES EN MATIÈRE D'URGENCE

Il est impossible de donner la liste de toutes les mesures que peut prendre le juge des référés car sa juridiction touche à toutes les manifestations du droit et peut s'exercer « *dans les circonstances les plus variées et les plus imprévues* ». (Curet : la Juridiction des référés)

Mais l'analyse de quelques décisions des plus fréquentes permettra de se donner une idée des pouvoirs du juge des référés.

(1) Cour Suprême 22.10.1990

PARAGRAPHE 1 : LES INJONCTIONS

Il peut s'agir d'injonctions de faire ou de donner. Mais dans tous les cas, la portée de telles mesures reste relative.

A/ Nature des injonctions

Les injonctions du juge des référés portent tantôt sur des obligations de donner, tantôt sur des obligations de faire.

1°) Les injonctions de donner

De telles mesures sont souvent prises lorsque l'une des parties n'exécute pas l'obligation de livraison mise à sa charge. Ainsi dans cette espèce où il a été saisi d'une demande de livraison d'un onduleur objet d'un bon de commande, le juge des référés a estimé qu'il a « *qualité pour constater l'existence d'une obligation et prescrire toutes mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; qu'ainsi le contrat étant la loi des parties, Richard est tenu d'assurer la délivrance de la chose vendue conformément aux stipulations du contrat; que l'inexécution de cette obligation est constitutive d'une voie des fait causant un trouble manifestement illicite ; qu'il convient dès lors, d'ordonner la livraison de l'onduleur, objet du bon de commande sous astreinte de 500.000 F CFA par jour de retard » (1)*

Le pouvoir d'adresser des injonctions de donner ne pose pas de problèmes particuliers. Il n'en est pas de même pour les injonctions de faire.

2°) Les injonctions de faire

La question de savoir si le juge des référés peut adresser des injonctions de faire a fait l'objet de beaucoup de commentaires en France. Certains admettaient ce pouvoir; d'autres invoquaient

1) T.R. Dakar 26.05.94 N° 664

l'interdiction, selon eux applicable en référé, de sanctionner l'inexécution d'une obligation de faire autrement qu'en dommages-intérêts.

Le législateur français, par le décret n° 85-1330 du 17 décembre 1985 est venu mettre un terme à la controverse. Désormais dans les cas où l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut *«ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire»*.

Au Sénégal, il n'existe pas de texte spécial qui autorise le juge des référés à prendre de telles mesures. Mais la jurisprudence se fonde sur l'article 247 pour ordonner l'exécution de l'obligation de faire. Ainsi dans cette espèce où le locataire n'entretenait pas les lieux le juge a estimé que *« Fares a violé le contrat de bail nonobstant la mise en demeure à lui servie ; que dès lors, il convient non seulement d'ordonner son expulsion des lieux mais également, faisant droit aux demandes de Khalil, de dire que Fares devra remettre les lieux dans l'état primitif sous astreinte de 50.000 F CFA par jour de retard » (1).*

Quelle que soit la nature de l'injonction, le juge des référés ne peut prendre la mesure lorsqu'il existe une contestation sérieuse. A cet égard, les débiteurs sont prompts à invoquer la résolution ou la nullité du contrat, autant de questions qui relèvent en principe de la compétence ^{juge du fond} du tribunal. En pratique, le juge des référés ne se déclare incompétent que lorsque la question de fond soulevée ne peut recevoir de réponse évidente. Mais si l'existence de l'obligation ne fait l'objet d'aucun doute, le juge peut la constater et en ordonner l'exécution. C'est ainsi que dans cette affaire où il était saisi d'une demande de livraison de matériel, le juge a constaté l'inexécution de l'obligation de délivrance et a ordonné la perfection de la vente au motif que *« s'il est interdit au juge des référés de faire préjudice au principal, il est de*

1) T.R. Dakar 7.12.92 N° 1351

principe qu'en tant que juge de l'évidence, il a qualité pour constater l'existence d'une obligation et prescrire toutes mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent » (1).

est-ce à dire qu'il y a équivalence entre la mesure conservatoire et la mesure de remise en état ?

Par contre, lorsque le débiteur ne se contente pas d'allégations et soulève des moyens qui rendent incertaine son obligation, le juge doit se déclarer incompétent. C'est le sens de cette décision où le juge a considéré comme sérieuse la contestation du débiteur au motif que « les actes produits aux débats (par le locataire) lui confèrent tant la qualité de co-proprétaire du titre foncier n° 1959 que celle de locataire dudit titre et font foi jusqu'à inscription de faux ; qu'ainsi la mesure sollicitée conduit le juge des référés à trancher des questions de fond liées au droit de propriété et à la validité de la cession du droit au bail qu'il échet de nous déclarer incompétent ». (2)

Sous réserve de ne pas préjudicier au principal, le juge des référés peut donc adresser des injonctions. Mais que se passe-t-il si le débiteur ne s'exécute pas ?

Cela pose le problème de la portée de telles mesures.

B/ Portée des injonctions

Si, malgré l'ordonnance du juge des référés, le débiteur ne s'exécute pas, que peut faire le créancier ?

La question est plus délicate s'il s'agit d'une obligation de faire ; celle-ci ne peut en effet faire l'objet d'une exécution forcée. La seule possibilité est l'action en paiement de dommages-intérêts ; or, la condamnation à des dommages-intérêts est une mesure par nature définitive qui excède les pouvoirs du juge des référés. Le créancier devra donc attendre l'issue d'un procès au fond pour obtenir satisfaction.

(1) et (2) T.R. Dakar 13.06.94

Le pouvoir d'ordonner une injonction de faire se révèle donc d'une portée relative. Il peut néanmoins être rendu plus efficace par le prononcé des astreintes. Mais si le débiteur ne s'exécute pas, le créancier pourra-t-il s'adresser au juge des référés pour obtenir le paiement des sommes dues au titre des astreintes ?

Nous pensons que non ; car la liquidation est une décision par laquelle le juge, appréciant les circonstances de la cause (donc le fond), calcule les sommes dues au créancier et condamne le débiteur au paiement.

Une telle mesure qui conduit à apprécier et à trancher le fond en fixant les droits des parties excède les pouvoirs du juge des référés celui-ci ne pouvant prendre que des mesures provisoires.

Le créancier devra donc s'adresser au tribunal pour obtenir la liquidation des astreintes.

En fin de compte, l'efficacité des injonctions du juge des référés est fonction de la bonne volonté du débiteur. Une intervention du législateur pour autoriser le juge des référés à condamner au paiement des astreintes est donc souhaitable. Elle aurait le double avantage de protéger les créanciers en rendant les décisions du juge plus efficaces et de désengorger le rôle des tribunaux.

C'est ce qu'a compris le législateur français qui par l'article 491 du CPC, prévoit que « *le juge statuant en référé peut prononcer des condamnations à des astreintes. Il peut les liquider à titre provisoire...* ».

En dehors des injonctions, le juge des référés peut ordonner de *des* mesures d'expertises.

PARAGRAPHE 2 : Les expertises

Parmi les mesures d'instruction que le juge des référés est amené à prendre, les expertises sont certainement les plus nombreuses; les mesures peuvent être prises accessoirement à une autre demande principale ou avant tout procès.

A/ Les expertises ordonnées à titre accessoire

Le juge des référés est une juridiction et à ce titre peut prendre toute mesure susceptible de l'éclairer au cours d'un procès ; il ordonne généralement une expertise mais il peut s'agir d'une injonction de produire une pièce.

En France, ces mesures sont fréquemment sollicitées accessoirement à une demande de provision.

S'agissant de mesures d'instruction, les expertises ne peuvent avoir pour résultat de suppléer à la carence d'une des parties dans l'administration de la preuve : le procès civil, fût-il en matière de référé, est en effet le procès des parties; il leur appartient par conséquent de produire leurs moyens de preuve

Les expertises qui sont demandées ou ordonnées accessoirement à une demande principale ne posent généralement pas de problème juridique majeur, car le débat sur la compétence ou les pouvoirs du juge des référés sera plutôt axé sur la demande principale.

Il en est autrement des demandes d'expertise à titre principal.

B) Les mesures d'expertises prises à titre principal

Au Sénégal, ces mesures sont prises sur le fondement de l'article 156 du code de procédure civile. "*En cas d'urgence, elle peut être ordonnée par le juge des référés*".

Le pouvoir du juge des référés d'ordonner une expertise doit s'exercer dans le cadre de sa compétence en cas d'urgence; en l'absence de celle-ci, le demandeur doit s'adresser à la juridiction du fond.

C'est ce qui a été jugé dans l'affaire Coca Cola compagny entre Nouvelles Brasseries Africaines (NBA).

page 12
Saisi d'une demande d'expertise avant tout procès introduite par la société Coca Cola, le juge des référés a estimé que *"la demande de Coca cola Compagny n'a pas été introduite dans les conditions de forme et de procédure régulière, singulièrement la condition d'urgence n'est pas remplie"*.

En France, la demande d'expertise avant tout procès n'est pas soumise à la condition d'urgence. L'article 141 nouveau du code de procédure civile dispose en effet que *"s'il y'a des motifs légitimes de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé"*.

Une autre différence réside dans le fait qu'au Sénégal, les mesures d'expertise ne doivent pas avoir pour résultat de suppléer à la carence des parties en matière de preuve. Par conséquent, la demande introduite dans l'espoir de compléter des preuves doit être rejetée.

Le juge des référés ne doit donc faire droit à une demande d'expertise que si elle a pour objet exclusif d'éclairer un aspect technique qui dépasse les connaissances du juge. C'est le sens de cette décision où le juge a rejeté la demande d'expertise au motif que *"Traoré pour toute pièce justificative de ses prétentions, a versé aux débats un document duquel il résulte que son compte N° 0500.004.928 tenu dans les livres de la SGBS a été crédité d'un montant de 80.000.000 francs ; que ce seul élément ne suffit pas à établir qu'il s'est acquitté de sa dette envers la SGBS ni par voie de conséquence à conférer à l'appréciation des*

faits de la cause un aspect technique exigeant des connaissances qui sont étrangères au juge, qu'il échet ainsi de le débouter en l'état". (1)

Par contre en France, il a été jugé que l'interdiction de suppléer la carence des parties ne s'applique pas.

L'article 145 nouveau fait état de "*motif légitime d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige*".

En ordonnant la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige ultérieur, le juge des référés ne fait en réalité que suppléer à la carence du demandeur.

En somme en France, contrairement au Sénégal l'expertise probatoire est admise.

Par ailleurs, l'expertise avant tout procès suppose pour être recevable, l'existence d'un litige. Cette condition peut être perçue de deux manières. Une conception large admet que la partie qui justifie d'une possibilité d'intenter une action quelconque en justice peut solliciter en référé une expertise. Il a ainsi été jugé « *qu'il ne peut être exigé du demandeur qu'il indique dès à présent s'il engagera un procès, qu'il énonce empressément la nature et le fondement juridique de celui-ci* », (2) une seconde conception plus stricte exige l'existence d'un litige dont l'objet et le fondement sont caractérisés ».

Nous préférons cette dernière conception pour deux raisons.

D'abord parce-que admettre une demande d'expertise avant tout procès en l'absence d'un litige caractérisé, c'est permettre à une partie incertaine dans ses convictions de se baser sur les résultats de l'expertise pour introduire son action ; ce serait en quelque sorte violer l'interdiction faite au juge de suppléer à la carence d'une partie dans l'administration de ses preuves : une partie qui dispose de tous ses éléments de preuve doit être en mesure de préciser le fondement et l'objet de son action à venir.

(1) T.R. Dakar 27.10.89

(2) Paris 5.02.1986 GP 1986 -1-244

Ensuite, si le juge ne connaît ni le fondement, ni l'objet du litige ultérieur, il lui sera difficile de juger de la pertinence et du caractère utile de la mesure sollicitée.

Cette position a été celle du juge dans l'affaire Coca Cola Compagny contre Nouvelle Brasserie Africains (NBA) : *"attendu que le juge des référés peut ordonner une expertise..."*

Attendu toutefois, qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement si la mesure sollicitée est nécessaire tant à raison des conditions d'extrême célérité invoquée par le demandeur qu'à raison de la situation générale commune d'équilibre juridique entre les parties qui oblige le demandeur à faire connaître au défendeur dès le début du procès ce qu'il entend lui réclamer précisément afin que celui-ci puisse décider de la suite de la conduite à tenir.

Attendu que sur ces deux propositions, il convient de relever que dans ses conclusions en date du 7 janvier, Coca Cola compagny fait savoir que c'est en prévision de l'une ou ensemble les trois actions qu'elle énumère à savoir la contrefaçon, l'imitation frauduleuse, la concurrence déloyale qui seront entreprises contre NBA qu'elle sollicite l'expertise des formes de bouteilles de Coca Cola et LISA pour après le rapport, être pris au fond par elle, telles conclusions appropriées contre LISA .

Attendu que la mesure demandée consiste dans la recherche d'un nouvel élément de certitude pour une contestation qui n'est pas encore née.

Qu'il suit de là que la demande de Coca Cola n'a pas été introduite dans des conditions de forme et de procédure régulière... »

En somme, le créancier qui intente son action sur la base de l'article 156 du code de procédure civile doit caractériser le litige qu'il compte porter ultérieurement devant le tribunal. Faute de le faire, la demande doit être déclarée irrecevable. Comme pour toutes les autres

faute de se conformer à l'art de 156 ne peut se fonder que sur l'urgence

mesures, le juge des référés lorsqu'il ordonne une expertise, doit se garder de préjudicier au principal.

En réalité, s'agissant d'une mesure purement provisoire et portant sur des problèmes techniques et non de fond, l'ordonnance désignant un expert ne peut en principe violer l'article 250 de code de procédure civile. Ainsi saisi d'une demande d'expertise et en réponse à l'argument du défendeur qui invoquait une contestation sérieuse, le juge des référés a estimé "*qu'une expertise qui n'entraîne aucune conséquence irréparable n'a que le caractère provisoire ne faisant pas préjudice au principal et ne pouvant jamais lier le tribunal; que dès lors, elle peut être ordonnée en référé*".⁽¹⁾ Cependant, le juge préjudicierait au fond s'il désignait un expert à l'effet d'identifier un responsable ou de fixer les droits des parties dans un conflit

L'expertise doit donc porter exclusivement sur un problème technique.

Parmi les décisions que prend souvent le juge des référés, figurent également les mesures conservatoires.

PARAGRAPHE 3 : Les mesures conservatoires

Le juge des référés peut prendre diverses mesures conservatoires. Certaines, comme les nominations de séquestre sont fréquemment ordonnées. D'autres comme les saisies, méritent une interrogation.

A. La nomination d'administrateurs.

Le pouvoir de nommer des séquestres ou des administrateurs peut s'exercer dans plusieurs domaines. Il s'agit généralement de cas de contestations ou de désaccords qui mettent en péril un bien déterminé..

T.R. Dakar 7.02.92.

La nomination d'un administrateur provisoire peut également être ordonnée par le juge des référés lorsque la mésentente entre associés met en péril les intérêts de la société

Dans ce sens, il a été jugé *"qu'il est de principe que le juge des référés n'a pas qualité pour se substituer aux associés pour nommer les organes de gestion d'une société; que cependant le juge des référés est compétent pour procéder à cette nomination lorsqu'elle présente un caractère d'urgence pour la personne morale; qu'il en est ainsi de la défaillance irrémédiable des organes de gestion ou du dissentiment sérieux entre associés entraînant la paralysie de la société ou mettant en péril les intérêts sociaux"*

Parmi les mesures conservatoires, il en est certaines dont on peut se demander si le juge des référés peut les ordonner. Ces sont les saisies.

B/ Le juge des référés peut-il ordonner la saisie d'une publication ?

La réponse à la question est rendue difficile par la nécessité qu'il y'a à concilier le respect de deux droits également fondamentaux : le droit à la vie privée d'une part et la liberté de la presse d'autre part.

La vie privée fait l'objet d'une protection particulière.

Sur le plan international, l'article 12 de la déclaration universelle des droits de l'homme dispose que *"nul ne fera l'objet d'immixtion arbitraire dans sa vie privée, sa famille son domicile ou sa correspondance ni d'atteinte à son honneur ou à sa réputation. Toute personne a droit à la protection contre de telles immixtions ou de telles atteintes"*. Sur le plan interne, l'article 6 de la constitution sénégalaise dispose que *"la personne humaine est sacrée, l'Etat a l'obligation de la respecter et de la protéger "* ; l'article 10 ajoute que *"le secret de la*

correspondance des communications postales télégraphiques et téléphoniques est irrévocable"

A cette protection constitutionnelle, s'ajoutent les dispositions du code pénal qui prévoient et répriment les délits d'injure, de diffamation et autres délits de peine (articles 246 -265 -266 -619 code pénal).

pure La liberté de la peine est également un droit fondamental reconnu et protégé par la loi de 1881 sur la liberté de la presse et consacré par la Constitution au Sénégal.

L'exercice du pouvoir d'ordonner la saisie d'une publication peut laisser penser que le juge des référés a violé l'interdiction de préjudicier au principal; en effet la saisie d'une publication suppose l'appréhension d'une question de fond (l'atteinte ou non du droit à la vie privée).

En outre, l'ordonnance étant provisoire, le tribunal saisi au fond pourrait estimer qu'en réalité il n'y avait pas atteinte à la vie privée et ordonner par conséquent la mainlevée de la saisie. Mais entre-temps il se sera peut être écoulé une période plus ou moins longue (un, deux voire trois ans); son auteur aura alors subi un préjudice irréparable. Toutes ces considérations ont amené certains auteurs à penser que le juge des référés ne peut ordonner la saisie d'une publication.⁽¹⁾ D'autres considèrent au contraire que l'article 809 du code de procédure civile français qui prévoit la possibilité pour le juge des référés de prendre toutes les mesures propres à prévenir un dommage imminent ou à faire cesser une voie de fait autorise les saisies. Désormais la controverse n'a plus sa raison d'être puisque le législateur français est intervenu par un texte spécial aux termes duquel "*chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toute mesure telles que saisies et autres propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé*". (article 9 du Code civil)

Au Sénégal, il n'existe pas de texte spécial autorisant la saisie de publication par le juge des référés.

Le pouvoir d'ordonner une telle mesure doit donc être apprécié par rapport à l'article 250 du code de procédure civile. Cela revient à se poser la question suivante : en ordonnant la saisie d'un film, le juge préjudicie t-il au principal ? Nous pensons que non; car il n'y a préjudice au principal que lorsque le juge des référés résout une question de fond dont la solution n'est pas évidente, rendant ainsi sans objet la saisine ultérieure du tribunal. Or la partie qui saisit le tribunal le fait sur la base des règles de responsabilité civile et notamment de l'article 118 du CO CC. Le juge du fond aura donc à statuer sur l'existence d'une faute au sens de l'article 119 dudit code, d'un préjudice et sur le lien de causalité entre les deux. Ce que ne fait pas le juge des référés qui se contente de constater l'existence ou l'imminence d'un préjudice sans dire s'il y a faute ou pas; par conséquent en ordonnant la saisie d'une publication qui lui paraît causer un préjudice, le juge des référés n'anticipe point sur la question de la responsabilité civile de l'auteur du film ou du journal.

En somme, nous pensons que la combinaison des articles 247 et 250 du code de procédure civile, permet au juge des référés d'ordonner la saisie d'une publication. Il est vrai qu'en cette matière, il y a le droit à l'information à préserver ; mais en réalité en prenant une telle mesure, le juge n'atteint pas le principe même de ce droit, il ne fait qu'en limiter provisoirement l'exercice pour prévenir ou faire cesser un préjudice. En matière d'information comme dans tout autre domaine, il est de principe que la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres.

Il est intéressant de noter que même en France, où il existe un texte autorisant la saisie des publications, la jurisprudence tire des autres dispositions sur le référé, le pouvoir de prendre une telle mesure lorsque le dommage subi n'entre pas dans les prévisions du nouveau texte. C'est ainsi qu'à la suite d'une demande de saisie d'un journal

formulée par un particulier qui s'estimait atteint dans sa réputation professionnelle, le juge des référés n'a pas appliqué l'article 9 du code civil qui autorise la saisie en cas d'atteinte à l'intimité de la vie privée au motif que « la publication ne comporte aucune allusion à la vie privée du demandeur, qu'elle est consacrée exclusivement à son activité essentiellement publique de journaliste et d'homme politique »; Pour ordonner la mesure, le juge s'est fondé sur les autres textes relatifs au référé : "attendu que ces allégations ...constituent pour le demandeur une offense qui présente un caractère intolérable exigeant qu'il y soit mis fin d'extrême urgence et entraînant un dommage actuel que l'allocation ultérieure de dommages-intérêts par le juge du fond ne pourrait entièrement compenser; que le juge des référés est donc autorisé de par les principes généraux posés aux articles 76 et suivants du décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 à prendre dans un tel cas, toutes les mesures provisoires qui s'imposent". (TGI Paris 8.12.1972 JCP 73 .2.17 Notes R.LINDON)

Les mesures ainsi analysées n'épuisent pas les pouvoirs du juge des référés, loin s'en faut. Mais elles permettent de se donner une idée de ce que peut faire le juge en cas d'urgence. Qu'en est-il en cas de difficultés d'exécution de jugements ou de titres exécutoires ?

Section II : L'INTERDICTION DE PREJUDICIER AU PRINCIPAL, APPRECIEE A TRAVERS LES MESURES PRISES EN MATIERE DE DIFFICULTES D'EXECUTION DES JUGEMENTS ET TITRES EXECUTOIRES.

En matière de difficultés d'exécution, il y a des mesures que le juge des référés peut ordonner et d'autres qui excèdent sa compétence.

Paragraphe I. Les mesures que peut prendre le juge des référés

En matière de difficultés d'exécution, le contentieux est dominé par les incidents dans les voies d'exécution et les demandes de délais de

grâce. En plus de ces deux aspects, nous examinerons également les pouvoirs des juges des référés en matière de contrainte par corps.

A° / - En matière d'incidents de voie d'exécution .

Nous nous intéresserons à la saisie - exécution, à la saisie-arrêt, à la saisie conservatoire et à la saisie immobilière.

1.- en matière de saisie exécution

Les incidents peuvent être des contestations du débiteur ou des réclamations de tiers. Selon le cas, le juge peut ordonner la continuation ou la discontinuation des poursuites. C'est ainsi qu'ayant constaté que le tribunal avait été saisi au fond, le juge a estimé «*qu'en application de l'article 436 du code de procédure, civile, il convient d'ordonner la suspension de la vente jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la procédure de distraction d'objets saisis*».

Le juge des référés peut également intervenir en cas de saisie-arrêt

2. En matière de saisie-arrêt

Si la saisie a été pratiquée sur autorisation, le juge des référés peut en ordonner la main levée en cas d'urgence et si le tribunal n'est pas saisi au fond.

La main levée peut être justifiée par toute contestation sérieuse remettant en cause le caractère certain de la créance. Ce fut le cas dans cette espèce où le juge, saisi d'une demande de mainlevée de saisie-arrêt et au vu des pièces, a estimé « qu'en l'état la SNAS, n'a pas justifié d'un principe certain de créance que dès lors, la saisie-arrêt pratiquée n'est pas fondée qu'il échet en conséquence d'ordonner le mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée sur les comptes de la SGB), la BICIS et la CBAO ».(1)

(1) TR DAKAR 27-07-1994

Lorsque la saisie-arrêt est pratiquée sur la base d'un titre exécutoire le juge des référés ne peut en principe en ordonner la mainlevée en vertu du principe « foi est due au titre ».

Cependant la jurisprudence a admis la possibilité d'ordonner la mainlevée d'une saisie-arrêt pratiquée sur titre en cas d'urgence et lorsque l'irrégularité ou la nullité dudit titre est apparente ou manifeste (1) ou encore lorsqu'il y a eu extinction de la dette par paiement, transaction etc... C'est ainsi qu'il a été jugé *«qu'il ressort de la correspondance échangée entre les parties et produite aux débats qu'un accord transactionnel est intervenu entre les parties, que ledit accord ne peut être modifié, résilié que d'un consentement des parties.*

Qu'ainsi l'inexécution par l'une des parties de ses engagements contractuels s'analyse en un trouble manifestement illicite qui commande l'intervention du juge des référés pour prendre des mesures provisoires ou de remise en état, que dès lors, il convient d'ordonner la mainlevée de la saisie ».(2)

En l'espèce, l'accord transactionnel qui a justifié la mainlevée constituait un événement postérieur à la naissance du titre. Par conséquent en se fondant sur cette transaction pour ordonner la mesure, le juge des référés ne violait pas l'autorité attachée au titre exécutoire en vertu duquel la saisie avait été pratiquée. Mais encore faut-il que le juge du fond ne soit pas saisi de l'instance en validité de la saisie-arrêt. Dans ce cas en effet et quel que soit le fondement de la saisie (titre exécutoire ou autorisation) la seule possibilité est l'application de l'article 371 aux termes duquel «En tout état de cause et quel que soit l'état de l'affaire, la partie saisie arrêtée peut se pourvoir en référé afin d'obtenir l'autorisation de toucher du tiers saisi, nonobstant l'opposition, à la condition de verser à la caisse des dépôts

(1) TGI. Seine. 3-01-1966. JCP 1966 II 14.891- Note J.A

(2) TR DAKAR 4-07-1994 N° 748

et consignations ou aux mains d'un tiers commis à cet effet, une somme suffisante arbitrée par le juge des référés pour répondre éventuellement des causes de la saisie-arrêt dans le cas où le saisi se reconnaîtrait ou serait jugé débiteur. (article 371 CPC).

La cour d'appel a eu à juger dans ce sens, une affaire où la banque, partie saisie, demandait la mainlevée d'une saisie dont l'instance en validité était pendante devant le juge tribunal. La demande a été rejetée au motif que «l'article 371 du CPC donne compétence au juge des référés de prononcer la mainlevée d'une saisie dès lors que le débiteur offre de consigner la somme suffisante :

Qu¹ hormis ce cas, le juge des référés ne peut ordonner une telle mesure qu'en cas d'urgence et à condition que le juge du fond ne soit pas saisi.

Qu'en l'espèce l'appelant n'offre de consigner aucune somme et ne conteste pas que le juge de fond est déjà saisi de la validation »(1)

Les mêmes considérations valent pour la saisie conservatoire.

3. En matière de saisie conservatoire

la mainlevée contre consignation peut être ordonnée en tout état de cause ; mais la mainlevée pure et simple ne peut être demandée que dans le mois de la signification du procès-verbal de saisie. Ce délai correspond en pratique à celui pendant lequel le créancier ne peut saisir le juge du fond. Mais dès lors que l'instance au fond est introduite, la mainlevée pure et simple ne peut plus être ordonnée car elle rendrait sans objet la saisine du tribunal.

Les pouvoirs du juge des référés s'étendent à la saisie immobilière.

4°/ - En matière de saisie immobilière

En matière de saisie immobilière, les incidents doivent, en principe être soumis au tribunal (article 500 du CPC); mais encore faut-il que celui-ci soit saisi par le dépôt au greffe, du cahier des charges. Avant

(1) C.A. DAKAR 13 Août 1993

cette opération, le juge des référés peut parfaitement connaître des incidents, notamment d'une demande d'expertise formulée par la partie saisie. Dans une affaire, la cour d'appel a eu ainsi à juger que « le commandement valant saisie réelle saisit l'immeuble qu'il frappe d'indisponibilité mais le seul commandement ne saisit aucun juge ; il ne sera saisi qu'après le dépôt du cahier des charges au greffe de la juridiction qui a rendu l'ordonnance querellée ; que de façon constante la jurisprudence a admis qu'en matière de saisie immobilière, le juge des référés restait compétent pour connaître des incidents de la procédure autant que le saisissant n'aura pas déposé le cahier des charges »(1)

B - En matière de demandes de délais de grâce.

Les demandes de délais de grâce constituent une part importante du contentieux du référé pour difficultés d'exécution. Il s'agit souvent de locataires qui demandent des délais pour vider les lieux à défaut d'être maintenus ou réintégrés. Les pouvoirs du juge des référés en matière de bail sont définis par l'articles 571 du code des obligations civiles et commerciales.

Que le bail soit à durée déterminée ou indéterminée, le juge des référés peut en constater la résiliation si le congé a été régulièrement servi. Le même pouvoir lui est reconnu dans le cas où l'une des parties a manqué à l'une de ses obligations malgré une mise en demeure d'y pourvoir dans les trente jours faite par acte extra - judiciaire.

Il arrive souvent que le bailleur saisisse le tribunal pour validation du congé et pour expulsion. La validation est une formalité superfétatoire. Par conséquent, si le locataire invoque au soutien de son action en référé la non signification du jugement de validation ou l'exercice des voies de recours (appel ou opposition) le juge des référés doit ignorer ces arguments et constater la résiliation dès lors que le congé avait été régulièrement servi.

Le locataire sollicite souvent un délai pour s'exécuter. Le juge dispose en ce domaine d'un pouvoir souverain d'appréciation ; il peut notamment accorder un délai de grâce en tenant compte de la situation sociale du locataire et de sa bonne foi.

Il a été ainsi jugé que «le délai de grâce peut être largement accordé par le juge des référés qui apprécie, sauf à l'autre partie de démontrer qu'il y a nécessité et urgence à ce que le délai soit court » (1)

La décision qui consiste à accorder un délai de grâce fait obstacle à l'exécution d'une décision de justice. Elle ne doit donc être prise que pour des motifs sérieux. A défaut, l'instance du référé risque d'être utilisée par des débiteurs de mauvaise foi pour retarder l'échéance. Ainsi la Cour d'Appel a eu à infirmer une ordonnance au motif que «le juge des référés n'a pas rendu une saine justice qui eût été en exécution du jugement du 17 Novembre 1979 d'ordonner l'expulsion immédiate de Papa Khaly NDIAYE dès lors que du 8 Décembre 1979 au 16 Juin 1980 date à laquelle l'ordonnance attaquée a été prise, il n'a effectué aucun paiement prouvant ainsi le peu de respect qu'il peut attacher à une décision de justice ».(2).

La possibilité pour le juge des référés d'accorder un délai de grâce trouve une limite en matière commerciale ; en raison de la rigueur des règles cambiales, le juge des référés ne peut accorder des délais de grâce aux débiteurs.

Parmi les mesures que peut prendre le juge des référés figurent celles ordonnées en matière de contrainte par corps.

(1) C.A DAKAR. Le 29-07-1982

(2) CA Dakar le 8 Août 1980

C - En matière de contrainte par corps

La contrainte par corps est définie comme une voie d'exécution sur la personne du débiteur reconnu coupable d'une infraction. Elle consiste à incarcérer l'individu pour une durée fixée par la loi en fonction du montant des sommes dues. Les articles 709 et suivants du code de procédure pénale prévoient les conditions dans lesquelles la contrainte par corps peut être exercée. Le débiteur qui estime que l'une de ces conditions n'est pas remplie ou a disparu peut demander à être conduit devant le Président du Tribunal Régional du lieu de la détention qui statue en référé. Les pouvoirs de ce Magistrat se limitent au maintien et à la main levée de la contrainte par corps.

Partielle
État

1°/ Le maintien de la contrainte par corps

Lorsque les exceptions soulevées par le débiteur ne sont pas fondées, le Président doit ordonner le maintien de la contrainte par corps. Il en est ainsi dans tous les cas où les contestations portent sur des questions déjà soumises au tribunal.

2°/ La main levée de la contrainte par corps

Aux termes de l'article 717 du Code de procédure pénale, le contraignable peut se libérer dans deux cas : lorsqu'il paye ou consigne une somme suffisante pour éteindre la dette ou lorsqu'il fournit une caution bonne et valable.

dette
a - La mainlevée sur paiement : Il peut s'agir d'un paiement total. Dans ce cas, le Président doit ordonner la libération d'office du débiteur, la contrainte n'ayant plus de cause. A ce paiement total, ont été assimilés tous les modes d'extinction de la dette telles que la confusion, la compensation ou la transaction.

Il peut aussi s'agir d'un paiement partiel, le reste devant être acquitté par mensualités. Dans ce cas, la main levée est subordonnée à

39

l'acceptation du créancier. La mainlevée de la contrainte après paiement partiel pose le problème de la sanction du défaut d'exécution des engagements : le débiteur qui ne paye pas le restant des sommes dues peut-il être réincarcéré ? La question se révèle délicate au regard de l'article 718 du Code de procédure pénale qui prévoit que lorsque la contrainte par corps prend fin pour une cause quelconque, elle ne peut plus être reprise ni pour la même date, ni pour des condamnations antérieures.

Certains se fondent sur cet article pour dire que le débiteur libéré ne peut plus être contraint même s'il ne paye pas le reliquat. Ils ajoutent que la mainlevée ayant été ordonnée à la suite d'une convention entre le créancier et le débiteur, l'inexécution de celle-ci ne saurait fonder une nouvelle contrainte par corps. Cette dernière est destinée à recouvrer les sommes dues au titre d'une condamnation pénale. Cependant nous pensons que cette interprétation n'est pas la bonne. En effet, l'application de l'article 718 précité suppose que la contrainte par corps ait pris fin. Or le paiement partiel ne met fin à la contrainte par corps que si le créancier renonce au restant des sommes. C'est le seul cas où l'on peut assimiler le payement total qui emporte extinction de la dette au payement partiel. Mais si la mainlevée n'a été ordonnée qu'à la suite d'une convention par laquelle le débiteur s'engage à payer le reliquat dans un délai déterminé, il n'y a pas fin mais suspension de la contrainte par corps. En effet dans ce type de convention il y a toujours une clause expresse ou implicite de reprise de la contrainte en cas de défaut d'exécution.

Cette position a été exprimée en France en ces termes : « Attendu qu'aux termes de l'article 31 de la loi du 17 avril 1851, le débiteur élargi faute de consignation d'aliments ne peut plus être incarcéré pour la même dette; qu'il peut être dérogé à cette disposition de la loi par une convention d'après laquelle le débiteur ainsi mis en liberté s'engagerait en reconnaissant sa dette, à l'acquitter dans un délai fixé... » (1).

(1) C.C. 14-06-1858 - DP 1858- P.436

La main levée peut également être ordonnée si le débiteur fournit une caution bonne et valable.

b- La main levée sur caution.: Pour l'Etat, la caution doit être reconnue valable par l'agent du Trésor. Pour les particuliers, c'est le créancier qui doit admettre la caution sauf au juge des référés à trancher en cas de contestations.

Cependant en matière douanière, c'est l'article 282 du Code des douanes qui s'applique. Aux termes de ce texte, seul le paiement peut permettre la libération du débiteur.

Les pouvoirs du juge des référés se révèlent donc assez larges en matière de difficultés d'exécution des jugements et titres exécutoires. Ils sont cependant limités à un double titre. Le juge ne peut ni interpréter, ni à fortiori, annuler les titres ou les jugements.

Paragraphe II : Les mesures qui excèdent la compétence du juge des référés en matière de jugements et de titres exécutoires.

Le juge des référés ne peut ni interpréter, ni apprécier la validité des jugements ou des titres exécutoires.

A/ L'interprétation des jugements ou des titres exécutoires.

Le juge doit se contenter d'appliquer le jugement ou le titre exécutoire; lorsque l'interprétation apparaît nécessaire, le juge des référés doit renvoyer les parties au principal. Il ne doit rien ajouter ou retrancher de la décision. Si une question avait déjà été tranchée par la juridiction du fond, il ne peut en connaître à nouveau.

Cette règle a été rappelée dans une espèce où le juge des référés avait prononcé des astreintes qui avaient été refusées par le juge du

fond. Saisie de l'appel de l'ordonnance de référé, la cour d'Appel l'a infirmée au motif « *qu'il est constant que par arrêt de la chambre correctionnelle de la cour des céans, la juridiction répressive, statuant à la fois sur l'action publique et sur l'action civile avait dit n'y avoir lieu à ordonner l'astreinte; qu'aucune voie de recours n'a été exercée à l'encontre de l'arrêt devenu définitif. Que l'autorité de la chose jugée empêche de recommencer un nouveau procès et de juger une seconde fois; qu'au regard de ces observations, c'est à tort que le premier juge a condamné Dalal Salémé à réédifier le cabanon et la clôture sous astreinte de 20.000 frs par jour de retard. » (1)*

Il apparaît clairement que dans cette affaire, le premier juge a fait plus qu'interpréter la décision de justice; Dans le même ordre d'idées, le juge des référés ne peut ajouter l'exécution provisoire à un jugement ne l'ayant pas ordonnée ;

Bien entendu, l'interdiction d'interpréter ne s'applique pas lorsque le sens du jugement ou du titre exécutoire est évident.. Le juge des référés(2) l'a admis dans cette affaire où il était saisi des difficultés d'exécution d'une décision qui avait condamné le Directeur d'un restaurant «LA POINTE DES ALMADIES » à payer au sieur Macha FALL la somme de 34.643 F à titre de dommages intérêts pour licenciement abusif. Par la suite et avant l'exécution de l'arrêt, le restaurant fut cédé à une autre société (STR). Celle-ci fut sommée d'exécuter l'arrêt de la cour d'appel qui avait condamné l'ex - directeur du restaurant. Saisi par la STR, le juge des référés estima « *qu'à l'évidence, la condamnation vise la direction d'alors, la créance étant née et la demande en paiement ayant été consacrée seulement sous la nouvelle direction; qu'il échet, cela étant, d'ordonner la discontinuation des poursuites ».*

C.A DAKAR 14.04.1994

(2) ORD-Référés - Tribunal Régional de Dakar 25-07-1994 N° 837.

En dehors du cas où cela relève de l'évidence, le juge des référés ne peut donc interpréter les jugements ou les titres exécutoires. Il ne peut, à fortiori en apprécier la validité.

B° / - l'appréciation de la validité des jugements ou des titres exécutoires.

Le juge des référés n'a pas compétence pour annuler un titre exécutoire ou un jugement.

Cette règle a été violée par le juge des référés qui a annulé une ordonnance de taxe revêtue de la formule exécutoire au motif qu'elle n'aurait pas été rendue dans les formes requises. La cour d'appel, saisie, a jugé « qu'en déclarant nulle l'ordonnance de taxe, le juge des référés a outre-passé sa compétence et que par suite sa décision doit être annulée » .(1)

- Au terme de cette analyse des mesures que peut prendre le juge des référés, il est possible de se faire une idée assez précise de l'interdiction de faire préjudice au principal.

L'on peut dire à ce propos que la contestation n'est pas sérieuse par le seul fait qu'elle touche le fond. En effet, il arrive souvent que le juge des référés justifie l'imminence du préjudice ~~par~~ le caractère sérieux de la contestation. Il peut également connaître d'une question de fond si la solution lui paraît évidente. *En France*

Le caractère sérieux d'une contestation ne peut donc résulter ni d'une simple allégation, ni du volume du dossier. Il nous semble important de le souligner car l'efficacité de la procédure de référé dépend pour l'essentiel, de l'interprétation plus ou moins large qui est faite de la notion de contestation sérieuse.

(1) TR DIOURBEL n° 63- 28- 09 - 1992.

Celle ci devrait donc être clairement caractérisée par les juges des référés qui ne doivent pas se contenter de dire, comme ce fut le cas dans cette décision, *«qu'il y'a difficultés sérieuses qu'il échet de nous déclarer incompétent »*(1)

Cependant, quelque légitime puisse être le souci de protéger des personnes en situation d'urgence, il y a des mesures que le juge des référés ne peut jamais prendre. Il s'agit de décisions d'annulation ou de condamnation. Pourtant ces dernières se révèlent souvent utiles, voire nécessaires. Il en est ainsi dans le cas de certaines personnes, titulaires de créances indiscutables et qui vivent paradoxalement, une situation financière difficile. Il peut paraître injuste d'obliger ces créanciers à attendre devant le tribunal, une décision qui ne sera peut être prise qu'au moment où leur situation aura fini de s'aggraver. Mais violerait la loi, tout juge des référés qui, pour protéger des créanciers, prendrait des mesures de condamnation.

La solution se trouve donc dans la modification des règles de compétence en matière de référé

(2) T.R. DAKAR N° 1287 - 15 -12 - 86

IIème Partie

LES MODIFICATIONS SOUHAITABLES DES REGLES DE COMPETENCE EN VIGUEUR

Ces modifications doivent aller dans le sens de l'extension des pouvoirs du juge des référés et de l'introduction du référé social.

Chapitre I : *L'extension souhaitable des Pouvoirs du juge des référés : Le référé - provision*

Le référé - provision pourrait être aménagé selon certaines modalités qui garantiraient son efficacité.

SECTION I - REGLEMENTATION POSSIBLE DU RÉFÉRÉ - PROVISION AU SENEGAL

Des règles précises sont nécessaires, qui régiraient l'octroi de la provision et l'exécution de l'ordonnance.

Paragraphe I - OCTROI DE LA PROVISION

Le juge des référés ne doit pouvoir allouer une provision que dans des conditions déterminées. Mais il faut lui concéder une certaine liberté d'appréciation quant au montant de la somme à accorder.

A° / - Les conditions d'octroi de la provision

Deux conditions doivent être réunies pour l'allocation d'une provision : l'urgence et l'existence d'une obligation non contestable.

1. L'urgence.

Aux termes de l'article 809 nouveau du code de procédure civile français : *«dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il (le juge des référés) peut accorder une provision au créancier»* comme cet article ne fait pas référence à l'urgence, la cour de cassation française en a déduit qu'en matière de provision, le juge des référés n'a pas à rechercher s'il y'a urgence, (1) que «seule est exigée la constatation de l'existence d'une obligation non sérieusement contestable comme condition à l'octroi d'une provision... ».

Cette position peut se justifier en France par le fait que dans ce pays, il existe plusieurs textes qui régissent la compétence du juge des référés et qui sont considérés comme indépendants l'un de l'autre. Chaque article est ainsi interprété isolément et appliqué en fonction des seules conditions qu'il pose.

Cependant, certains auteurs estiment que même si elle ne résulte pas expressément du texte, l'urgence découle du caractère non sérieusement contestable de l'obligation.

En tout état de cause, au Sénégal, le référé provision ne devrait être appliqué qu'en cas d'urgence. La provision ne se justifie en effet que par la nécessité de venir en aide à certains créanciers qui vivent une situation difficilement compatible avec la longueur de la procédure ordinaire.

A défaut d'urgence, le juge des référés devrait donc se déclarer incompétent pour accorder une provision. Cependant, la seule existence de l'urgence n'est pas suffisante pour condamner le débiteur; encore faudrait-il que l'obligation ne soit pas sérieusement contestable.

(1) C. Civ. 4 - 11 - 1976. 6P. 1977 1352

2. Caractère incontestable de l'obligation.

Cette condition n'est rien d'autre que l'application de l'interdiction faite au juge de préjudicier au principal.

A priori, le référé - provision apparaît comme une violation de l'article 250 du code de procédure civile. La condamnation à laquelle procède le juge des référés l'amène en effet nécessairement à apprécier le fond. Ce qui a fait dire à certains qu'en matière de provision, on est en présence d'un « référé au fond ».

Cependant, il faut distinguer deux aspects de l'article 250 du code de procédure civile.

La première consiste en ce que les ordonnances des référés doivent être des mesures purement provisoires, préparatoires à une décision sur le fond. En cela, le référé - provision, qui permet au juge des référés de prendre une mesure définitive en fixant les droits des parties, constitue une exception à l'interdiction de préjudicier au principal.

Le deuxième aspect de l'article 250 précité interdit au juge des référés de trancher une contestation sérieuse. Sur ce point, le référé-provision n'apporte aucune innovation.

Nous avons vu en effet qu'en matière d'injonction, d'expulsion ou d'interprétation de jugement, le juge des référés apprécie le fond lorsque la solution lui paraît évidente. De la même manière, la provision ne doit être accordée que si l'obligation du débiteur n'est pas contestable ; autrement dit lorsque, malgré les contestations soulevées, la solution paraît évidente.

Le caractère non contestable de l'obligation devrait être vérifié avec soin car il permet d'éviter des situations embarrassantes. En effet, le tribunal saisi au fond peut infirmer le juge des référés et considérer que l'obligation était en réalité contestable. Auparavant, la partie condamnée devant le juge des référés aura appauvri ses liquidités au

profit de la victime, qui peut-être, sera tombée en faillite. Dans ce cas, l'ordonnance de référé aura été une décision malheureuse.

*officielle
la question
est problématique
il s'agit d'un
problème de
fond*

Il est donc important que le juge n'accorde la mesure sollicitée que s'il a la certitude absolue que le droit qui lui sert de support existe à l'évidence. Le moindre doute à ce sujet dans son esprit doit le conduire à se déclarer incompétent. Mais pour que le référé-provision ait un impact réel, il ne faudrait pas non plus que les juges se déclarent trop souvent incompétents. Il y a donc un équilibre à réaliser entre le souci de parer à l'urgence et celui de ne pas rendre une décision qui se révélera préjudiciable à l'une des parties. Cette tâche ne peut être assurée avec succès que par des magistrats expérimentés. Il est heureux à cet égard que les audiences des référés soient confiées aux présidents de juridictions ou à leurs délégués.

Le caractère incontestable de l'obligation qui conditionne l'allocation de la provision, est également déterminant dans la fixation du montant de la somme à allouer.

B°/ - Le montant de la provision

Si l'on s'en tient à la notion stricte de provision, celle-ci représente une somme à valoir sur les dommages-intérêts qui seront alloués par la décision au fond. Dans ces conditions on ne peut admettre que la provision allouée soit équivalente au montant total de la dette. De la même manière que le juge du fond, le juge des référés ne devrait donc accorder à titre de provision qu'une somme inférieure à la créance totale (1) *celle-ci n'est pas forcément déterminée*

Pourtant dans certaines décisions, la jurisprudence française a admis la possibilité pour le juge des référés d'accorder à titre de provision le plein de la demande. Cette position a été consacrée par la cour de cassation française(2)

(1) VERSAILLES 9 - Octobre 1978, 6F - 1979.

(2) C. Cass. Ch. Com. 20-01-1981 - RTD Civ - 1981 - 679 - NORMAND.

Dans une espèce où il était « fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli la demande de provision dans son entier alors que selon le pourvoi d'une part, la notion juridique de provision implique celle de paiement partiel ou d'acompte à valoir sur une somme plus importante... » Le pourvoi a été rejeté au motif que la cour d'appel avait « énoncé à bon droit que le montant de la provision n'avait d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée... ».

Ainsi pour les créances de loyers ou celles résultant de reconnaissance de dette, la provision pourra correspondre au montant total de la demande en paiement.

De façon générale, dans tous les cas où la créance est liquide et exigible, le juge des référés pourra ordonner le paiement total.

Le mot « provision » perd ainsi son sens d'acompte sur une somme qui devra être fixée ultérieurement; elle signifie simplement que la condamnation est prononcée par le juge des référés par provision, à titre provisoire, sous réserve d'un recours devant le juge du fond.

Cette jurisprudence nous semble logique; en effet, la seule limite au pouvoir du juge des référés d'accorder une provision, c'est que celle-ci ne peut être supérieure au montant non sérieusement contestable de l'obligation... s'il se trouve que cette dernière est dans sa totalité, incontestable, la logique veut que le juge puisse l'accorder pour le tout.

C'est une position également opportune en ce sens qu'il serait difficilement justifiable que le créancier encombre la juridiction du fond d'une prétention dont, en fait, le bien fondé est d'ores et déjà tenu pour évident.

Pour ces raisons, nous estimons qu'au Sénégal une introduction du référé-provision devrait permettre aux juges d'ordonner le paiement total.

Naturellement, ce principe ne saurait être étendu aux créances qui, ne résultant d'aucune convention ou d'aucune estimation

incontestable, sont soumises à l'appréciation du juge du fond et ne peuvent être valablement arrêtées que par lui, tels les dommages intérêts.

Telles sont les conditions auxquelles l'octroi d'une provision par le juge des référés devrait être assujéti.

Mais une réglementation complète de la question devrait également porter sur l'exécution de l'ordonnance accordant une provision et plus précisément sur sa portée.

Paragraphe II - *Le Portée de l'ordonnance accordant une provision.*

L'ordonnance qui alloue une provision a cela de particulier qu'elle traduit l'exercice par le juge des référés d'un pouvoir en principe propre aux juridictions de fond : la condamnation. Néanmoins, cette mesure garde les mêmes caractères que ceux des autres ordonnances de référés même si dans son exécution elle mérite certaines particularités.

A°/- Caractère provisoire de l'ordonnance.

Comme toutes les autres mesures que prend le juge des référés l'ordonnance accordant une provision revêt un caractère provisoire. La créance ainsi consacrée n'est donc pas définitivement acquise. Il en résulte certaines conséquences sur le plan du régime de la provision. Ainsi le créancier bénéficiant d'une ordonnance lui allouant une provision ne pourra valider une saisie-arrêt. Dans le même ordre d'idées il a été jugé que le créancier peut procéder à une saisie immobilière au vu d'une ordonnance de référé lui ayant alloué une provision mais, ne peut provoquer l'adjudication de l'immeuble aussi longtemps que sa créance n'aura pas été constatée dans un titre définitif (1)

(1) CI- 1702 - 1983 DUL -CIV - II N° 46

En somme, l'ordonnance allouant une provision ne présente aucune particularité quant à son caractère. Quand est-il de son exécution ?

B° / - L'exécution de l'ordonnance allouant une provision.

Aux termes de l'article 89 du Code de procédure civile «*sauf dans les cas où il s'agit de dette à caractère alimentaire ou de réparation d'un dommage causé à la personne, la partie condamnée peut éviter que l'exécution provisoire soit poursuivie en obtenant du juge des référés l'autorisation de consigner les espèces ou les valeurs suffisantes pour garantir en principal, intérêts et frais le montant de la condamnation ...*», cet article permet donc à un débiteur condamné par une décision revêtue de l'exécution provisoire de faire obstacle à l'exécution.

Ces dispositions devraient-elles s'appliquer à une ordonnance accordant une provision ?

Autrement dit, le débiteur pourrait-il arrêter l'exécution de l'ordonnance de référés jusqu'à l'intervention d'une décision définitive de fond du tribunal ?

La cour de cassation Française a répondu par l'affirmative (1)

Mais il y'a lieu de se demander si la consignation du montant qui paralyse l'exécution provisoire est compatible avec la possibilité donnée par la loi au créancier de recevoir le paiement partiel ; la consignation d'une somme allouée à titre provisoire paraît contraire à l'idée même d'une provision dont l'octroi est urgent. A quoi bon l'allocation d'une somme à titre provisoire si elle ne peut être perçue ? La provision n'est pas considérée par le législateur comme une garantie de paiement ultérieur auquel cas le juge peut se borner à ordonner une consignation.

(1) C.cass - 2 - 07-1980 GP. 1980 P. 770 Note J. VIATTE.

Elle est destinée à faire face à des besoins immédiats. En retardant le paiement jusqu'à la décision définitive sur le montant de la créance, on enlèverait tout intérêt à une disposition autorisant l'allocation d'une provision en cas d'urgence. Nous pensons donc, qu'au cas où le référé provision serait introduit au Sénégal, des dispositions devraient être prises pour que ne puisse s'appliquer l'article 89 du Code de procédure civile. C'est là, nous semble-t-il une garantie d'efficacité de l'ordonnance accordant une provision. Ainsi réglementé, le référé provision présenterait sans nul doute des avantages certains.

SECTION II - Les avantages du référé provision

Tel qu'il vient d'être décrit, le référé-provision permet de protéger les créanciers et de soulager le rôle des tribunaux

Paragraphe I - La protection des créanciers.

Ce type de référé peut être avantageux pour beaucoup de créanciers; d'autant que la portée de la protection qu'il accorde peut être renforcée par la pratique jurisprudentielle.

A°/ - Les créanciers concernés

Il s'agit de tous ceux qui bénéficient d'une créance incontestable et qui vivent une situation urgente incompatible avec les délais ordinaires de la procédure judiciaire ; on peut penser naturellement aux victimes d'accidents de circulation ; mais d'autres créanciers peuvent aussi en bénéficier

1°/ Les victimes d'accidents de circulation.

Le domaine de la réparation des dommages spécialement corporels consécutifs aux accidents de circulation pourrait être le terrain d'élection du référé provision. C'est d'ailleurs en cette matière que la

première décision de la jurisprudence française a été rendue (1). Il s'agissait en l'espèce du cas d'une personne âgée, victime d'un très grave accident lui ayant occasionné une incapacité partielle permanente de 77 % . Six ans après les faits, elle n'avait encore rien reçu de la compagnie d'assurance et le procès se déroulait avec une sage lenteur devant le tribunal. La victime était dans l'incapacité de travailler pour faire face aux frais qu'on lui demandait d'avancer pour une nouvelle opération; elle s'est alors pourvue en référé et le juge, se fondant sur le fait que ni le gardien, ni la compagnie d'assurance, n'avaient pu invoquer un moyen sérieux a estimé que le principe de la créance n'était pas sérieusement contestable et qu'il y avait lieu d'accorder une importante provision à la victime pour subvenir à ses besoins. Dans cette décision, il s'agissait de couvrir les frais d'opérations chirurgicales. Mais il aurait pu tout aussi bien s'agir de dépenses quotidiennes ou de frais de loyers que les avocats ne peuvent supporter tout au long de certains procès.

Cette jurisprudence trouverait sans nul doute matière à s'appliquer au Sénégal. D'une part parceque dans les tribunaux, les dossiers d'accidents de circulation sont relativement nombreux. D'autre part, l'utilité du référé-provision apparaît au regard des dispositions de l'article 87 du code de procédure civile qui pose le principe de l'obligation d'assortir l'exécution provisoire de la garantie sauf dans certains cas ; notamment :

1°/ - «lorsque l'exécution provisoire est ordonnée jusqu'à concurrence de la somme de 500 .000 Francs;

2°/ - lorsqu'il y a, soit titre authentique ou privé non contesté soit promesse reconnue ou accord intervenu entre les parties avant ou pendant l'instance, soit condamnation précédente par jugement dont il n'y a point appel ... ».

La deuxième exception est fondée sur l'idée que la créance n'étant pas contestée, il n'y a pas de risque d'infirmer le jugement; la constitution d'une garantie pour prévenir une éventualité ne se justifie donc pas.

A contre, lorsque la somme contestée est supérieure à 500.000 francs, la garantie devient obligatoire. Cette règle n'est pas sans poser des problèmes, notamment pour les victimes d'accidents de circulation. La somme à garantir peut porter sur des millions. L'application de l'article 87 peut alors être très difficile, voire impossible pour les personnes démunies. L'on risque de se retrouver dans la situation de créanciers qui ne peuvent tirer bénéfice de l'exécution provisoire, faute de ressources suffisantes.

Certes, il ne serait pas prudent pour autant d'ordonner l'exécution provisoire sans la subordonner à une garantie, lorsque la somme est importante; car une infirmerie du jugement risquerait de mettre la victime dans la situation inconfortable de devoir restituer les sommes déjà perçues.

Mais l'obligation de constituer une garantie peut paraître injuste lorsqu'il s'agit d'une créance qui, bien que formellement contestée, revêt un caractère évident sinon dans son montant, du moins dans son principe.

C'est le cas d'un piéton renversé par un véhicule dans des circonstances qui excluent toute idée de force majeure. La victime peut ne pas être en mesure de fournir la garantie; elle ne pourrait bénéficier de l'exécution provisoire quels que soient son état de santé et les dépenses auxquelles elle aura à faire face.

L'introduction du référé provision aurait justement pour vertu de pallier cet inconvénient en permettant à toutes les victimes démunies de saisir le juge des référés afin d'obtenir une provision qui sera appréciée en fonction du caractère incontestable de l'obligation et des besoins actuels du demandeur.

Par ailleurs, l'application imminente du code CIMA (Conférence Inter-Africaine des marchés d'assurances) justifie l'introduction du référé-provision.

En effet, aux termes de l'article 231 de ce code, la victime d'un accident de circulation ne peut saisir les tribunaux avant l'expiration d'un délai de 12 mois. Pendant tout ce temps, la compagnie d'assurance et la victime sont en phase de pourparlers.

Ces dispositions peuvent être positives si les parties trouvent très vite un terrain d'entente ; mais l'offre d'indemnité peut ne pas donner satisfaction à la victime; la seule alternative qui va s'offrir à elle sera soit d'accepter une proposition qu'elle juge dérisoire, soit d'attendre l'expiration d'un délai de 12 mois. Ainsi face à des personnes visiblement dans le besoin, les compagnies d'assurances disposeraient d'un pouvoir de pression très fort. Dans cette situation, l'introduction des référés provision aurait pour vertu de permettre à la victime de saisir le juge des référés pour obtenir une provision avant l'expiration du délai requis pour l'intervention des juridictions de fond.

En France, l'allocation d'une provision à une victime d'accident de la circulation avant le délai imparti pour saisir le tribunal a été admise par plusieurs décisions.(1)

Le référé provision apparaît donc comme une institution qui présente beaucoup d'avantages pour les victimes d'accidents de circulation ; mais d'autres créanciers peuvent également y trouver leur compte

2°/ - Autres créanciers

Il serait impossible de dresser la liste de tous les créanciers, qui peuvent bénéficier du référé-provision ; cependant, la pratique de cette procédure en France peut donner une idée de la catégorie des créanciers qui pourront le plus tirer profit de la provision allouée par le

(1) GP 1987. I.328 - Note CHABAS

juge des référés. Ainsi en dehors du domaine des accidents de circulation, le référé-provision a été également appliqué en matière de malfaçons imputables aux entrepreneurs, architectes ou promoteurs. Par ailleurs en matière de responsabilité du maître de l'ouvrage la cour d'appel de Paris a également eu à ordonner une provision. Il s'agissait en l'espèce d'un ensemble immobilier qui s'était révélé atteint trois ans après sa réception définitive, d'infiltrations ; l'expertise ordonnée en référé, révéla que le dommage prenait sa source dans le vice d'un matériau. Devant l'urgence à entreprendre les réparations et au vu d'un rapport de l'expert désigné en référé, le syndicat des copropriétaires assigna en référé le fabricant ainsi que les architectes. Le juge se fondant sur le rapport de l'expert condamna le seul fabricant et mis hors de cause les architectes et les entrepreneurs. La cour d'appel de Paris condamna le fabricant, les entrepreneurs et les architectes in solidum et estima que le partage de responsabilité relevait du pouvoir du tribunaux.

De façon générale, la jurisprudence française retient que les architectes et les entrepreneurs ne peuvent s'exonérer à l'égard du maître de l'ouvrage de la responsabilité qui pèse sur eux dès lors que le vice affecte la solidité de l'immeuble. La responsabilité ne souffre donc d'aucune contestation et justifie par conséquent l'allocation d'une provision par le juge des référés.

La provision a été également accordée en matière bancaire (1)

En l'espèce, la caution solidaire était assignée en exécution de son obligation de payer la créance. Elle a finalement remis au créancier et à l'audience même le chèque représentant le montant de la créance en principal.

En définitive en France, comme l'a dit un auteur (2)
« le référé - provision a connu un développement considérable ;

(1) GP 1987. I.328 - Note CHABAS

(2) Gérard Pluvette GP 1983 II P 560

il se meut désormais dans les domaines les plus variés du droit des obligations ».

La catégorie de créanciers pouvant en bénéficier s'élargit au fur et à mesure que s'étend le monde des affaires, domaine de l'urgence par excellence.

Au Sénégal le contexte de privatisation et les exigences de rapidité qu'il implique d'une part, le niveau du contentieux des accidents de circulation d'autre part, autorisent à penser que le référé-provision ne connaîtrait pas un moindre succès. Mais encore faut-il que dans l'application des textes, la portée de la protection accordée aux créanciers ne soit pas réduite.

B°) La portée de la protection des créanciers.

Cette portée doit être appréciée en fonction des notions d'urgence et de contestation sérieuse.

1° Provision et appréciation de l'urgence.

Le débiteur d'une obligation sérieusement contestable aura toujours intérêt à invoquer le défaut d'urgence, seul moyen d'échapper à la condamnation immédiate. Le contentieux sur l'urgence risque donc d'être très abondant. La fréquence avec laquelle le juge des référés accordera une provision au créancier dépendra de la façon restrictive ou extensive dont il appréciera cette notion. Ses applications jurisprudentielles au Sénégal laissent penser que dans le domaine du référé provision, l'urgence sera largement entendue. En effet, l'on a remarqué que la violation de certains droits et notamment du droit de propriété suffisait à caractériser l'urgence. Cette conception objective pourrait être appliquée en matière de provision comme c'est le cas en France.

Dans ce pays en effet et avant l'exclusion de l'urgence comme condition du référé-provision, cette conception objective avait cours en

matière de responsabilité des constructeurs (1). Le juge des référés constatait couramment qu'il y avait urgence à remédier à d'importants désordres en faisant totalement abstraction de la situation financière du créancier qui réclamait une provision. L'urgence découlait de la simple constatation de l'importance des désordres.

Cette conception est plus étendue en ce qu'elle dispense les plaideurs de justifier d'un intérêt autre que celui qui résulte de la violation de leur droit. En matière de provision, cela reviendrait à admettre l'urgence dès lors qu'il y a violation du droit à l'intégrité corporelle (pour les accidents de la circulation) ou inexécution d'une obligation (pour les reconnaissances de dette).

En définitive, la portée de l'efficacité du référé provision dépendra de la propension du juge à admettre l'urgence; on pourrait en dire autant pour la notion de contestation sérieuse.

2° Efficacité de la provision et appréciation de la notion de contestation sérieuse.

La portée de la protection des créanciers sera également fonction de la manière dont le juge appréciera la notion de contestation sérieuse. Nous avons déjà eu à dire que l'article 210 du code de procédure civile n'interdit pas l'appréhension du fond. En matière d'occupation de locaux ou de contrat de vente, le juge du référé n'hésite d'ailleurs pas à apprécier le fond lorsque la solution est évidente.

En matière de provision, c'est la nature même de la mesure (condamnation) qui l'incite à apprécier le fond. Si l'obligation paraît incontestable, évidente, la provision sera annulée. Les créanciers victimes d'accidents de circulation auront sans doute la tâche facilitée par la présomption de l'article 137 du code des obligations civiles et

(1) Gérard Pluvette GP 1983 II P 560

(2) TGI PARIS 12-07-1974 - GP 1975:I 75

commerciales. A défaut de la preuve d'une force majeure, de la faute de la victime ou du fait d'un tiers ayant les caractères de cette force majeure, le principe de la responsabilité est généralement acquis de façon évidente. Sur cette base, le créancier pourra alors solliciter du juge des référés l'allocation d'une provision.

Nous pensons cependant que le juge ne pourra aller plus loin et procéder au partage de responsabilité.

L'appréciation de la part respective de la victime et de l'auteur dans la réalisation de l'accident nous paraît relever d'une trop grande subjectivité pour pouvoir faire l'objet d'une solution évidente.

En matière de contrat, les débiteurs se feront forts de soulever des arguments tirés de la nullité ou de la résolution. Conformément à sa jurisprudence en matière d'injonction (SUPPRA), le juge des référés pourrait apprécier ces arguments de fond si la solution paraît évidente. Si la contestation revêt un caractère vraiment sérieux, le renvoi devant le tribunal sera de droit. On imagine donc l'importance de la notion de contestation sérieuse sur les droits du créancier. Il est à souhaiter que la conception du juge des référés sur ce point soit le plus large possible.

Mais quel que soit le souci de protection des créanciers, les obligations contestables ne pourront pas justifier l'allocation d'une provision. Or, certaines victimes qui ne peuvent justifier d'une créance certaine, seront tout de même dans une situation d'urgence manifeste. Faudra-t-il, malgré tout, les abandonner à la lenteur des procédures judiciaires ordinaires ?

Tel que le référé - provision nous semble devoir être réglementé, la réponse ne peut être qu'affirmative. A moins que, comme le préconisent certains, l'on ne crée au Sénégal, l'institution du référé - passerelle.

Celle - ci consiste pour le juge du référé à donner l'autorisation d'assigner au fond à jour fixe dans son ordonnance, lorsqu'il estime qu'il n'est pas compétent mais qu'il y a urgence à statuer au fond.

Cette pratique du référé passerelle se révèle particulièrement utile dans les cas urgents mais où les mesures demandées excèdent les pouvoirs du juge des référés. Elle a été utilisée pour la première fois par le président DRAI dans une ordonnance de référé rendue le 29 Janvier 1979 (Crépon et Thibaud C- Editions Tehou et l'agence photographique Photofrance) à propos d'un litige relatif au droit à l'image.

Le même président en a fait usage pour la première fois en matière de provision dans une espèce où il était saisi d'une demande de condamnation d'une caution solidaire. Après avoir constaté l'existence d'une contestation sérieuse relativement au montant des intérêts réclamés, le juge des référés eut l'idée d'utiliser la pratique de la passerelle en ces termes (1) « *Attendu par contre, qu'en ce qui concerne le montant des intérêts réclamés en sus par la société A.2. international, il apparaît qu'une contestation sérieuse est soulevée quant au principe même de cette créance d'intérêts (non énoncée dans le contrat liant les deux parties) et quant au point de départ du cours éventuel desdits retraits (problème de la mise en demeure); qu'il ya lieu de renvoyer la société demanderesse à saisir les juges du fond, suivant ce qui est ci-dessous indiqué;*

Par ces motifs,

- Vu l'article 809 nouveau du code de procédure civile

- Constatons la remise par la Banque de Paris et des Pays Bas entre les mains de la société A2 international, qui l'accepte, d'un montant de 900.000 F

- Sur la créance prétendue d'intérêts de la somme de 900.000 F, montant du principal, autorisons la société A2 international à saisir les juges du fond de la contestation et lui donnons par la présente ordonnance, l'autorisation d'assigner à jour fixe, à l'audience de la première chambre, première section du 8 1983 à 13 heures 30, la

présente autorisation étant donnée par application de l'article 788 du code de procédure civile, condamnons la banque de Paris et des Pays Bas, à titre provisoire, aux dépens de la présente instance en référé ».

La mise en oeuvre de cette pratique est relativement simple.

Le juge doit apprécier l'urgence et fixer la date d'assignation en veillant à ce que le défendeur dispose d'un délai suffisant pour organiser sa défense.

Muni de l'autorisation du juge, l'avocat fait délivrer l'assignation du fond en faisant énumérer les pièces justificatives qui seront déposées au greffe.

Cette pratique peut sans conteste, contribuer à l'amélioration du fonctionnement de la justice; elle répond au souci de la célérité des justiciables qui se voient refuser l'octroi d'une provision par le juge des référés pour constatation sérieuse.

Cependant, la mise en oeuvre de cette procédure soulève certaines interrogations.

La première est l'éventualité d'un désaccord entre les parties pour l'assignation au fond. Le juge pourra-t-il malgré tout, autoriser la saisine du tribunal ? Autrement dit, la pratique du référé passerelle résulte-t-elle d'un acte d'administration judiciaire ou d'un contrat judiciaire entre les parties et le juge?

Les partisans de la thèse contractuelle partent de l'idée que la saisine du tribunal n'est jamais une obligation pour les parties et en déduisent que l'autorisation d'assigner au fond doit, pour être efficace, rencontrer l'accord des parties.

Cette position semble critiquable au regard du fondement de la pratique de la passerelle. Celle-ci n'a été imaginée que pour permettre à une partie qui se trouve dans un cas d'urgence, mais à qui l'on oppose une contestation sérieuse, de saisir rapidement le juge de fond. Par conséquent, si la mise en oeuvre de la procédure suppose l'accord

du demandeur; il n'en est pas de même pour le défendeur. Exiger l'accord de toutes les parties du litige, c'est permettre au défendeur de bloquer la procédure dès lors qu'il a des craintes sur ses prétentions.

L'exigence de l'accord de toutes les parties apparaît donc comme inopportune. La pratique du référé - passerelle doit être considérée comme un acte d'administration judiciaire; le juge appréciant souverainement l'opportunité d'en user, avec ou sans le consentement préalable des parties. Ainsi le président pourrait fort bien, au stade du délibéré et après avoir constaté son incompétence, estimer utile d'autoriser l'assignation sur fond; les parties restant libres de le faire.

Une deuxième difficulté résulte du fait que pour assigner au fond, le juge doit connaître la nature et l'importance des affaires déjà fixées. Cela peut poser problème lorsqu'il assigne devant une chambre différente de celle où il siège. La difficulté serait accrue si c'est le président du tribunal régional de Dakar qui statue dans un litige dont la connaissance appartient quant au fond, au tribunal du travail.

Il ya lieu enfin de s'interroger sur l'opportunité du référé - passerelle eu égard à la promptitude de certains juges à se déclarer incompétents pour difficultés sérieuses. Il nous semble en effet périlleux de vouloir introduire le référé - provision lequel oblige le juge à apprécier le fond et de lui permettre de se décharger sur le tribunal devant une contestation sérieuse. Le risque serait grand de voir certains juges utiliser le « référé - passerelle » dès lors qu'une contestation plus ou moins difficile est soulevée. Ce qui réduirait à néant la portée de la réforme. Nous pensons donc qu'il vaut mieux ne pas introduire la procédure de la passerelle. C'est une manière de garantir que l'introduction du référé - provision aurait effectivement l'avantage de désengorger le rôle des tribunaux.

Paragraphe II - Le désengorgement du rôle des tribunaux

En principe, le référé, fût-il relatif à une provision, n'est qu'une procédure provisoire, le litige devant être définitivement tranché par le tribunal. En fait, l'ordonnance qui accorde une provision se révèle souvent définitive, les parties ne trouvant plus de raison de saisir la juridiction du fond. Cette évacuation du litige faite au seuil du provisoire s'explique par la condamnation au montant total de la dette et par la caractère dissuasif du comportement du juge des référés en matière de provision.

A./ L'évacuation des litiges par la condamnation au montant total de la dette.

Nous avons déjà vu que le juge des référés pouvait condamner à titre de provision, au paiement de la dette entière. Cette pratique dite du référé « provision 100% » a pour effet majeur de vider tout le litige qui existe entre les parties. Celles-ci ne trouvant plus de raison de saisir le tribunal. En effet, le créancier à qui on alloue une provision correspondant au montant total de la dette par le biais d'une ordonnance exécutoire de plein droit aura ainsi évité les soucis d'une procédure longue et coûteuse devant le tribunal. En s'abstenant de saisir la juridiction de fond, le créancier épargne non seulement son portefeuille mais également le rôle du tribunal. Cette dimension du référé - provision n'est pas à négliger dans un pays comme le Sénégal où la lenteur des procédures judiciaires constitue un problème réel. certes, l'encombrement des tribunaux de Dakar est dû en partie à diverses causes dont notamment le déficit en personnel, les problèmes matériels voire l'urbanisation à outrance. Mais à défaut d'une solution globale qui prendrait en compte toutes ces dimensions, nous pensons qu'il serait souhaitable de commencer par l'aspect organisationnel du problème de l'encombrement; et à ce niveau, l'institution du référé -

provision pourrait être un début de solution. Surtout si dans la pratique, les juges en font une application la plus large possible.

En France, la jurisprudence a pris l'habitude de condamner le débiteur à payer la totalité de sa dette en matière contractuelle et délictuelle. Ainsi dans une affaire de troubles anormaux de voisinage, le juge des référés a accordé à titre de provision une somme représentant la totalité du préjudice certain, évalué par voie d'expertise (1). Mais on devine aisément qu'en matière ~~entra~~ contractuelle, l'évaluation du préjudice total est toujours sujette à caution. Les parties pouvant donc trouver imparfaite la décision du juge des référés et décider de saisir le tribunal. Cette crainte de voir disparaître l'une des vertus du référé - provision (soulagement du rôle des tribunaux) peut être dissipée par le caractère dissuasif du comportement du juge des référés.

B./ L'évacuation des litiges par la dissuasion.

extra Même en matière entra contractuelle, le comportement du juge des référés peut dissuader les parties d'aller devant le tribunal. En effet, la provision étant une véritable condamnation, assortie de surcroît de l'exécution provisoire, les parties débitrices n'hésitent pas à soulever tous leurs arguments. C'est ainsi qu'en France, le juge des référés, se comportant comme un juge de fond, a pu écarter le moyen tiré de l'absence de publicité foncière (2), estimer établie la responsabilité du gardien sur le fondement de l'article 1384 du Code civil(3). Devant le juge des référés, il s'instaure donc un véritable débat de fond tant sur des demandes principales que sur des demandes incidentes. cela a fait dire à un auteur que la procédure de référé - provision « s'insère

(1) G.P. 1974 S 528

(2) Cass. Civ. 30 mars 1978 GP. 1978. 2. somme. 421

(3) Cass. Civ 5 mars 1980. GP 1980 S PAN JUR. 359

substantiellement dans le cadre de la procédure qui est pendante devant le tribunal ». Les deux instances (référé et fond) lui paraissent être en réalité, les « manifestations procédurales différentes du même litige ».

En somme, lorsque le juge des référés rend son ordonnance accordant la provision, le litige aura déjà été débattu sous tous les aspects.

En outre, l'intervention de la cour d'appel peut donner du crédit à la décision du premier juge; notamment lorsque cette juridiction complète et parachève l'instruction faite au premier degré en se basant sur un rapport complémentaire ou sur des éléments nouveaux. Dans ce cas, si l'obligation est considérée comme incontestable, la partie condamnée sera peu encline à saisir le tribunal. Surtout si elle est consciente du fait que bien souvent, le ou les magistrats qui auront statué sur le référé seront plus tard saisis du fond.

Ainsi apparaît le caractère préventif du référé - provision qui incite le débiteur à exécuter spontanément l'obligation qu'il ne peut de bonne foi contester. La décision précitée du tribunal de grande instance de Paris (3 Août 1983) en est un exemple édifiant: en l'espèce, la banque de Paris et ^{Paris} Pays - Bas, caution solidaire de l'engagement, (a) remis à l'audience même le chèque représentant le montant de la créance en principal. Comme l'a dit un auteur⁽¹⁾ «la rapidité et l'efficacité de l'intervention judiciaire contribuent à décourager le débiteur récalcitrant ou de mauvaise foi en le contraignant à respecter la parole donnée ».

En définitive, il ya lieu de dire que le référé-provision suppose des connaissances de fond. Pour une meilleure efficacité de cette réforme, il faudrait donc que les juges tiennent des audiences de référé dans les matières qu'ils ont l'habitude de pratiquer. Or, au sénégal et plus précisément à Dakar, c'est le président du tribunal régional qui connaît des référés en matière sociale.

(1) Gérard Pluvette GP 1983 . II P. 559,

Pour cette raison et pour d'autres que nous allons exposer, l'introduction du référé social au Sénégal nous semble souhaitable.

Chapitre II : *L'introduction souhaitable du référé social.*

Au Sénégal, c'est le Président du tribunal régional qui est compétent en matière de référé relativement au contentieux du droit du travail. pourtant, le référé social se justifie à plusieurs égards et s'il était introduit, les pouvoirs du Président du tribunal du travail amélioreraient sensiblement la situation des salariés.

Section I : Justifications du référé social

La justification essentielle se trouve être la lenteur des procédures devant le tribunal du travail de Dakar. Une lenteur que n'arrivent pas à atténuer les procédures d'urgence prévues par le Code du travail.

Paragraphe I: La lenteur dans le traitement des dossiers au Tribunal du travail de Dakar.

Si nous parlons du tribunal du travail de Dakar, c'est parce que somme toute, il concentre l'essentiel du contentieux social du pays. C'est aussi en raison du fait qu'en dehors de KAOLACK, Dakar est la seule région où le Président du Tribunal régional n'est pas en même temps le Président du tribunal du travail.

En principe les dossiers au niveau du tribunal du travail doivent être traités dans le délai maximum de 6 mois. Or, nombreux sont les justiciables et praticiens qui se plaignent de la lenteur excessive avec laquelle les dossiers sont traités. Cette situation est diversement interprétée.

Certains l'attribuent à l'insuffisance de l'effectif des magistrats par rapport au nombre de dossiers.

D'autres mettent le doigt sur l'existence d'assesseurs qui, à leurs yeux, ralentissent le travail du juge.

En tout état de cause, cette lenteur est source de problèmes réels; en effet, si le législateur a cru devoir aménager une procédure rapide et gratuite devant le tribunal du travail, c'est en considération des situations souvent dramatiques que vivent certains salariés. Il est donc important que l'esprit de cette législation soit sauvegardé. Certes, il existe certaines procédures d'urgence prévues par le code du travail, mais elles sont inaptes à régler le problème de la lenteur.

Paragraphe II: L'inefficacité des procédures d'urgence prévues par le Code du travail.

Il a été prévu dès l'élaboration du Code du travail, la possibilité de faire face à certaines contestations en attendant la décision finale du tribunal. C'est l'objet des articles 216 et 221 dudit code. Récemment, avec la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, le souci de parer à l'urgence a guidé le législateur dans la rédaction de l'article 47 nouveau du Code du travail.

A./ Procédures d'urgence prévues par les articles 216 et 221 du Code de travail.

La procédure, en droit du travail, suit plusieurs étapes. La première se déroule devant l'inspecteur du travail qui se charge de concilier les parties. S'il n'y parvient pas, il dresse un procès-verbal de non conciliation qui saisit le tribunal. Alors commence la deuxième étape : le Président du tribunal procède lui aussi à une tentative de conciliation. S'il ne réussit pas, la phase contentieuse débute. Mais avant la distribution des dossiers, le Président du tribunal a la

possibilité de prendre des mesures d'urgence. En effet aux termes de l'article 221, 4, *«dans tous les cas urgents, le Président peut ordonner par provision telles mesures nécessaires, notamment pour empêcher que les objets qui donnent lieu à une réclamation ne soient enlevés ou déplacés ou détériorés.»*

Le pouvoir ainsi accordé au président est également reconnu aux autres juges. En effet, après la mise en état et la distribution des dossiers suivant les sections, les juges, statuant en formation collégiale, peuvent également prendre des mesures dictées par l'urgence. L'article 216 du Code du travail dispose en ce sens que *«Dans les cas urgents dont il est juge, le tribunal peut ordonner par provision telles mesures nécessaires notamment pour empêcher que les objets qui donnent lieu à une réclamation ne soient enlevés ou déplacés ou détériorés.»*

Ces dispositions rappellent l'article 247 du code de cette procédure civile qui donne compétence au Président du tribunal du travail en cas d'urgence.

Certes, dans ces articles, il est fait état de réclamations sur des objets. Mais le terme « notamment » employé dans les deux textes permet de penser que tous les cas d'urgence sont visés. Comme pour la procédure de l'article 247 du code de procédure civile, les mesures autorisées par les articles 221 et 216 du code du travail sont illimitées. Ainsi il peut s'agir de réclamation sur des objets mais aussi de demandes de saisie comme dans cette requête en date du 17 février 1995 adressée au Président du tribunal du travail et dans laquelle les demandeurs exposent *«qu'ils ont été abusivement licenciés par Ivan WULFART, qu'ils ont intenté une action contre lui, que leurs affaires sont inscrites sous les rôles N° 684/10 et 900/10 le 8 février 1995.*

Que le sieur WULFART n'a pas comparu et ne s'est pas fait représenter, manifestant encore une fois son mépris total aux institutions de ce pays, que pire encore, il prépare activement son départ définitif du Sénégal pour Vadlivostock le 6 mars 1995; qu'il est

évident que cette situation cause encore une fois un réel préjudice aux sieurs Sène et Meum; que c'est la raison pour laquelle et conformément à l'article 221 du code du travail, les requérants prient respectueusement monsieur le président d'ordonner la saisie conservatoire avec dépossession de tous les meubles meublant la villa de monsieur WULFART sise à la rue Léo Frobenius à Dakar »

Les similitudes entre les articles 221 et 216 du code du travail d'une part et l'article 247 du code de procédure civile d'autre part ont amené certains à affirmer qu'il existe un véritable référé social au Sénégal, et qu'il ne se pose donc qu'un problème d'application des textes.

Cependant, cette position nous semble critiquable pour diverses raisons.

D'une part, la compétence en matière de référé étant conférée à titre spécial, toute interprétation dans ce domaine doit être stricte. Si le référé existe devant le tribunal départemental, c'est parce qu'un texte le prévoit: l'article 26 du code de procédure civile dispose que « *toutes les dispositions du présent code qui ne sont pas contraires au présent livre notamment celles concernant l'exécution provisoire, les dépenses à exécution et les référés sont applicables devant les tribunaux départementaux ainsi que devant le tribunal en appel* ».

Par contre, aucun texte de ce genre n'existe, qui prévoit la procédure de référé pour le tribunal de travail. En conséquence, il ne semble pas possible d'affirmer l'existence d'un référé social.

D'autre part, une lecture attentive des ordonnances rendues par application des articles 221 et 216 du code du travail montre qu'il ne s'agit pas d'une procédure de référé.

En effet, aux termes de l'article 216, c'est le tribunal en formation collégiale qui est compétent pour prendre des mesures d'urgence. A moins que de considérer qu'il s'agit là d'un référé propre à la juridiction sociale, on ne peut soutenir que cet article consacre l'existence d'une

juridiction des référés. Celle-ci est en effet caractérisée par l'existence d'un juge unique.

En outre les décisions prises par le tribunal ou son Président par application des articles 221 et 216 sont rendues sur requêtes. Il s'agit donc d'ordonnances sur requêtes et non d'ordonnances de référés lesquelles sont rendues de façon contradictoire.

Enfin même si l'urgence est établie, le Président du Tribunal ne peut rendre une ordonnance que si le tribunal a été saisi de l'affaire au fond; le requérant ne peut donc saisir directement le juge : c'est ce qui ressort de l'ordonnance en date du 13 mars 1995. « *Attendu que des sociétés représentées par le CNP (Conseil National du Patronat) ont saisi le tribunal de céans d'une requête aux fins d'ordonner le sursis à l'exécution de la délibération n° 56 du conseil d'administration de la Caisse de Sécurité Sociale et ce, conformément aux dispositions de l'article 221 du code du travail.*

Attendu que sans insister outre mesure sur l'irrecevabilité de l'action dont l'article 221, du code du travail est le fondement, cette disposition n'étant applicable en effet qu'à la suite d'une action principale préalable, l'urgence n'en constituant pas le seul motif de saisine.

Attendu qu'au fond, dans le cas d'espèce, la délibération du conseil d'administration de la Caisse de Sécurité Sociale, établissement public à caractère industriel et commercial quoique relative à un domaine (relèvement du taux de cotisation de 6 % à 7 %) concernant diverses sociétés dont le régime juridique importe peu, ne peut s'analyser qu'en un acte administratif qui échappe à la compétence du tribunal du travail ».

Il résulte de cette décision que l'urgence n'est pas « le seul motif de saisine » du tribunal statuant sur le fondement de l'article 211 du code du travail.

L'exigence d'une action au fond saisissant le tribunal révèle la différence fondamentale qui existe entre la procédure de référé et celle prévue aux articles 221 et 216 du code du travail.

Cette condition explique également l'inefficacité de ces procédures d'urgences.

En effet même après la saisine du tribunal, les mesures d'urgence ne peuvent être prises qu'après la tentative de conciliation. Le temps très long que peuvent prendre la mise en état et la tentative de conciliation rendent souvent sans objet l'ordonnance que l'urgence imposait de prendre en quelques jours.

Le propre de la juridiction de référé est en effet de permettre à une partie dans le besoin de faire trancher provisoirement mais rapidement une contestation en attendant que la juridiction soit saisie au fond. C'est ce qui rend efficace l'ordonnance de référé. Or, en matière de droit du travail, les ordonnances du Président du Tribunal sont prises plusieurs mois après la contestation et sont donc inaptes à répondre aux exigences de rapidité et d'efficacité. Qu'en est-il de la procédure d'urgence prévue l'article 47 nouveau du code du travail?

B°/ La procédure d'urgence prévue par l'article 47 nouveau du code du travail.

La loi N° 94-80 du 8 décembre 1994 portant modification de l'article 47 du code du travail a supprimé la condition de l'autorisation administrative de licenciement. Désormais, aux termes du nouvel article, *«pour les autres travailleurs, l'employeur peut, après la réunion avec les délégués du personnel, procéder au licenciement»*.

Cette réforme obéit à un souci de rapidité ; car, comme il est dit dans l'exposé des motifs, *«la durée de la procédure administrative de licenciement conduisait trop souvent des entreprises en difficulté à la fermeture complète»*.

Mais avec les anciennes dispositions de l'article 47, disparaît également une garantie des droits du travailleur : le contrôle par l'inspecteur du travail, du motif économique allégué par l'employeur.

Celui-ci peut maintenant licencier en un temps record, le temps que durent une réunion avec les délégués du personnel et un avis purement indicatif de l'inspecteur du travail. Le seul recours ouvert au travailleur licencié est la saisine du tribunal du travail ; avec la perspective d'attendre des années pour retrouver son emploi ou obtenir des dommages - intérêts.

La législateur, conscient des difficultés qu'une telle réforme peut causer aux travailleurs, a prévu que *«les procédures judiciaires relatives aux licenciements pour motif économique feront l'objet d'un traitement prioritaire»*. Cette disposition est-elle de nature à éviter les difficultés susvisées ? Nous pensons que non.

D'une part parce que le juge n'est enfermé dans aucun délai; et même si c'était le cas, il n'est pas certain qu'il pourrait, malgré le volume des dossiers, statuer en temps utile. Ainsi l'article 228 du code du travail, qui prévoit que lorsque l'appel est formé hors délai, «le dossier sera transmis dans les quarante huit heures à la cour», n'est pas rigoureusement appliqué dans la pratique.

D'autre part, l'exigence du traitement rapide des dossiers de licenciements économiques se trouvera limitée par le fait que le juge, pour se prononcer sur la réalité du motif économique, sera obligé d'ordonner une expertise dont la durée peut être relativement longue.

En définitive, l'examen prioritaire souhaité par le législateur risque d'être un vœu pieux. La voie de référé semble donc plus indiquée pour protéger les travailleurs. D'autant plus que c'est une procédure qui cadre parfaitement avec la composition des tribunaux du travail au Sénégal.

PARAGRAPHE III: LA COMPOSITION DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL AU SENEGAL.

L'exclusion du référé social au Sénégal procède en réalité d'une mauvaise imitation de la législation française. En effet, les conseils de prud'hommes en France sont des juridictions paritaires que président alternativement employeurs et travailleurs.

Le législateur français a pensé que la tâche d'un juge des référés était trop délicate pour être confiée à ces présidents de conseil de Prud'hommes qui ne sont pas des magistrats professionnels. Le président du tribunal de grande instance a donc été chargé de connaître du référé en matière sociale.

Au Sénégal, le législateur a cru devoir exclure le référé social. Or, les tribunaux de travail sont composés de magistrats professionnels qui peuvent parfaitement tenir des audiences de référés.

Mieux, on peut même affirmer que le président du tribunal est le mieux placé pour accomplir cette tâche.

En effet, nous avons vu à propos de la notion de contestation sérieuse, que les juges des référés n'hésitent pas à se prononcer sur des questions de fond dès lors que la solution leur paraît évidente. Cette démarche est encore plus manifeste dans le référé - provision où il s'agit de condamner.

L'appréciation du fond à laquelle se livre ainsi le juge des référés exige une parfaite maîtrise des matières. Or, qui mieux que le président du tribunal du travail connaît le droit du travail ? Certes, les présidents des tribunaux régionaux sont des magistrats expérimentés qui ont généralement fait toutes les juridictions. Mais le président du tribunal du travail qui a l'avantage d'être assisté d'assesseurs est plus au fait des usages changeants en matière sociale.

Telles sont les raisons qui justifient l'introduction au Sénégal du référé - social.

Les salariés tireraient de cette réforme des avantages certains.

Section II : Avantages du référé social pour les salariés.

Ces avantages s'analysent en termes de possibilités de saisir le juge des référés, notamment en cas d'imminence d'un licenciement ou même après la rupture des relations de travail.

Paragraphe I: Possibilité de saisir le juge des référés en cas d'imminence d'un licenciement.

L'urgence comme on l'a vu, peut se caractériser par l'imminence d'un dommage. Le salarié menacé de licenciement court le risque de perdre son emploi, voire sa considération sociale.

L'imminence de ce dommage à la fois matériel et moral caractérise donc suffisamment l'urgence attributive de la compétence du juge des référés.

Tout travailleur menacé de cessation d'emploi pourrait donc saisir le président du tribunal pour qu'il prenne les mesures qui s'imposent.

La jurisprudence française a eu à statuer dans ce sens dans une affaire où une société proposait à son personnel de choisir sous quinzaine entre le transfert à une autre entreprise et le licenciement⁽¹⁾. Le juge des référés saisi exigea de l'employeur la consultation du comité d'établissement. La société qui estimait que le juge était incompétent interjeta appel. La cour considéra «*que le juge des référés a été valablement saisi en raison de l'urgence que constituait la menace d'un licenciement imminent pour les membres du personnel...*

C.A. Paris 22 juin 1974 GP 1975 Note J.R. BONNEAU

Que sans faire échec à un licenciement qui n'était pas encore intervenu et en laissant intact le pouvoir des juges du fond d'apprécier les conditions d'application des consultations prévues, l'ordonnance attaquée tendait à assurer la régularité des formes préalables à la mesure de licenciement envisagée et à empêcher l'accomplissement par l'employeur d'une irrégularité dans ses devoirs; que cette décision doit donc être confirmée ».

Les mesures que le juge peut prendre en cas d'imminence d'un licenciement ne se limitent pas aux injonctions de maintien des relations de travail.

Il peut aussi ordonner toutes mesures propres à éviter l'irréparable. Ainsi si des contestations existent sur des objets déterminés, le juge des référés pourra en ordonner la saisie en attendant que le tribunal se prononce au fond.

Cette possibilité nous semble plus efficace que celle qui résulte des dispositions des articles 216 et 221 du code du travail. L'avantage de saisir le juge des référés est de pouvoir obtenir une décision exécutoire de droit dans un délai relativement bref.

Pour rendre sa décision plus efficace, le juge des référés pourrait l'assortir d'une astreinte.

Mais si malgré tout, le licenciement est décidé par l'employeur, le salarié pourra toujours s'adresser au président du tribunal statuant en référé.

Paragraphe II : Possibilités après licenciement.

Dans ce cas, il y a lieu de faire la distinction entre la situation des salariés protégés et celle des salariés ordinaires.

A/ Cas des salariés protégés.

Le code du travail prévoit des dispositions spéciales pour le licenciement de certains travailleurs. Ceux - ci bénéficient d'un régime de protection accrue justifié soit par la fonction qu'ils exercent (les délégués de personnel) soit par leur situation personnelle (les femmes).

Aux termes de l'article 188, 3 *«Le licenciement qui serait prononcé par l'employeur sans l'autorisation préalable de l'inspecteur est nul et de nul effet ».*

D'autre part, il résulte des dispositions combinées des articles 138 et 57, 5 du code du travail que la rupture du contrat de travail de la femme enceinte ne peut intervenir lorsque son état a été constaté médicalement ou est apparent.

Lorsque le délégué a été licencié en violation de ces règles spéciales de protection, que peut faire le juge des référés saisi?

Certains estiment que pas plus que le juge de fond le juge des référés ne peut ordonner la réintégration du salarié. L'argument avancé est tiré du fait que le contrat de travail créant une obligation de faire pour l'employeur, toute inexécution doit être sanctionnée par l'octroi de dommages - intérêts, les obligations de donner seules, pouvant faire l'objet d'une exécution forcée.

Mais nous avons vu que même pour les obligations de faire ou de ne pas faire, le juge des référés se reconnaissait le pouvoir d'adresser des injonctions assorties d'astreinte. C'est une position tout à fait justifiée puisqu'il s'agit devant cette juridiction, de mettre fin d'urgence à la persistance d'un dommage en attendant que le tribunal se prononce définitivement sur le fond. C'est justement cette idée de nécessité de faire cesser un préjudice qui a amené certains à admettre la possibilité pour le juge des référés d'ordonner la réintégration des salariés protégés. La notion de voie de fait joue à cet égard, un rôle capital. C'est une notion qui désigne en droit administratif la violation flagrante du droit de propriété ou d'une liberté fondamentale.

L'existence d'une voie de fait implique nécessairement celle d'un préjudice (donc l'urgence attributive de la compétence du juge des référés); en outre, le caractère flagrant et grave de la violation d'une loi écarte toute possibilité d'existence d'une contestation sérieuse. Aucun obstacle ne semble donc exister pour l'exercice de sa compétence par le juge des référés. Mais quand y a-t-il voie de fait en matière de licenciement ? Autrement dit, quand est-ce que le licenciement constitue-t-il une violation caractérisée d'une règle de droit portant atteinte à une liberté fondamentale ?

Dans le cas où le code du travail prévoit des règles protectrices de certains salariés et sanctionne leur violation par la nullité, tout licenciement qui n'obéit pas à ces formalités constitue une violation caractérisée d'une règle de droit. Il en est ainsi du licenciement des délégués du personnel sans le respect des dispositions des articles 188 et suivants du code du travail.

Par ailleurs, la rupture du contrat de travail porte atteinte à une liberté fondamentale, la liberté du travail. Celle-ci est en effet consacrée par l'article 20 de la constitution comme faisant partie des principes fondamentaux du droit du travail.

En définitive, le licenciement des délégués du personnel sans le respect des formalités prescrites à cet effet correspond donc à une voie de fait, car il réunit les deux éléments constitutifs que sont la violation caractérisée d'une règle de droit et l'atteinte à une liberté fondamentale.

Sur cette base, le juge des référés se trouve compétent pour prendre toutes mesures aptes à faire cesser la voie de fait. Or, le meilleur moyen de le faire est d'ordonner la réintégration.

En France, la jurisprudence a admis le pouvoir de prendre cette mesure en se fondant sur l'article 73 du décret du 9 septembre 1971 aux termes duquel le juge des référés « *peut toujours prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour*

prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

En droit du travail, le trouble manifestement illicite participe de la voie de fait, celle - ci étant constituée par une rupture manifestement illégale des relations de travail.

Au Sénégal, il n'existe pas de texte spécial prévoyant la possibilité par le juge des référés d'ordonner une telle mesure. Mais la voie de fait produisant par sa seule existence la preuve de l'urgence et de l'absence de contestations sérieuses, la compétence du juge des référés pour ordonner la réintégration ne fait point de doute. Mais encore faut-il qu'il s'agisse d'une voie de fait; et il n'en est ainsi que si l'on est en présence d'un licenciement effectué en violation des formalités prescrites à peine de nullité. Ce qui exclut le cas des salariés ordinaires.

B./ Cas des salariés ordinaires

Leur licenciement est soumis à des conditions qui ne sont pas prescrites à peine de nullité.

En effet, aux termes de l'article 45 du code du travail, il ne peut être mis fin avant terme à un contrat à durée déterminée qu'en cas de faute lourde ou force majeure laissée à l'appréciation de la juridiction compétente.

L'article 47,1 du même code dispose que « le contrat à durée indéterminée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties »; il est admis que le motif de cette rupture doit être réel et sérieux.

Le juge des référés saisi par le salarié licencié en violation de ces articles, ne pourra ordonner la réintégration, faute de voie de fait. Celle - ci suppose en effet l'accomplissement d'un acte en violation flagrante des règles de droit existantes. Or, l'employeur dispose d'un droit de résiliation unilatérale. Ce qu'on peut lui reprocher, c'est l'exercice abusif de ce droit qui ne peut être apprécié que par le juge du fond. En effet la

question de savoir s'il y'a faute lourde ou pas, motif sérieux ou non, soulève toujours une contestation sérieuse car la réponse n'est pas évidente. Le juge des référés n'est donc pas compétent pour ordonner la réintégration d'un salarié licencié en violation des articles 45 ou 47,1 du code du travail. Il en est de même pour les licenciements pour motif économique. En effet depuis la loi N° 94 -80 du 8 Décembre 1994 portant modification de l'article 47 du code du travail, il n'existe plus de formalité prescrite à peine de nullité; l'employeur peut désormais procéder au licenciement des travailleurs pour motif économique sans avoir à solliciter l'autorisation administrative de licenciement. La salarié licencié pourra invoquer l'absence de motif économique tel que défini par l'article 47 nouveau du code du travail, mais une telle argumentation soulève une question de fond dont la réponse n'est pas évidente, donc une contestation sérieuse exclusive de la compétence du juge des référés.

Mais est - ce à dire que finalement, un salarié ordinaire n'a aucune possibilité devant le juge des référés ? La réponse doit être oui, à moins que le référé - provision soit introduit; ce qui permettrait aux travailleurs licenciés d'obtenir une condamnation de l'employeur par provision.

C./ L'octroi d'une provision au salarié licencié.

L'employeur peut refuser la réintégration ordonnée par le juge des référés. Le salarié ordinaire lui, ne peut demander cette mesure. Dans ce cas, faudra t-il attendre patiemment l'issue du procès au fond dont on ne sait combien de temps il va durer ? La possibilité pour le juge des référés d'ordonner le paiement d'une provision revêt à cet égard un intérêt tout particulier.

Généralement, le licenciement fait suite à une période plus ou moins longue de non paiement de salaires; et si c'est le cas, la compétence du juge des référés pour ordonner le paiement d'une

provision ne fait aucun doute; en effet, l'urgence résulte du fait que le travailleur, privé de ses moyens de vivre, subit un préjudice certain. En outre, les arriérés de salaires échus correspondent à une créance non contestable en raison de la présomption irréfragable de non paiement du salaire en cas de non production du registre des paiements (article 116 code du travail).

Le travailleur licencié peut donc calculer le montant total des salaires échus et en demander le paiement par provision devant le juge des référés. Le pouvoir d'ordonner une provision peut donc améliorer sensiblement la situation des travailleurs licenciés. Pour les salariés ordinaires, la provision ne pourra couvrir que les mois non payés avant la rupture du contrat. Le juge ne pourra en effet accorder une provision correspondant aux mois postérieurs au licenciement sans se prononcer sur la question de savoir si la rupture était abusive ou non. Or, c'est là une question de fond qu'il ne peut aborder sans préjudicier au principal.

Par contre pour les délégués du personnel, le licenciement effectué en violation des formalités prescrites à peine de nullité constitue une voie de fait exclusive de toute contestation sérieuse. La provision pourra donc couvrir tous les salaires échus, y compris la période postérieure au licenciement.

CONCLUSION

Nous voilà au terme de cette étude sur les règles de compétence en matière de référé. Le choix du sujet a été déterminé par le souci de répondre à la question: de quelle utilité peut être la juridiction des référés dans la recherche de solutions contre la lenteur des procédures judiciaires et l'encombrement des tribunaux ?

L'analyse des règles de compétence en vigueur nous aura permis de réaliser que les juges des référés, bénéficiant d'une compétence très large, peuvent évacuer beaucoup d'affaires pour peu qu'ils exercent pleinement leurs pouvoirs. Mais elle nous aura également révélé qu'une optimisation de l'utilité de la juridiction des référés suppose une modification des règles de compétence en vigueur dans le sens de l'introduction du référé provision et du référé social.

Cette étude aura sans doute été lacunaire. Mais elle aura atteint ses objectifs si elle contribue tant soit peu, à enrichir le débat sur la juridiction des référés et plus généralement sur les problèmes actuels de la justice sénégalaise.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- RAU (E) Le Président du Tribunal de grande instance - L.G.D.J
- Paris. 1960. 1960

- ESTOUP. La Pratique des procédures rapides - Editions litec
PARIS 1990.

- César - Bru (ch) Signale (J) Hébraud (P).

La juridiction du Président du Tribunal. Tome I. des référés

ARTICLES

1°/ La compétence du juge des référés Roger - Perrot G.P. -
26-10 1974 - Doc P. 895

2°/ - « Nature et finalité de la mesure de référé » G.P. 12-05-1977.
Doc. P. 249

3°/ - Le Pouvoir du juge des référés d'accorder une provision ».
G.P. 7-01-1975