



CONSORTIUM POUR LA RECHERCHE  
ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

## SÉRIE DE DOCUMENTS DE RECHERCHE

### L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions

**Abdoulaye SAKHO**

Consortium pour la Recherche Economique et Sociale  
Rue 10 Prolongée Cité Iba Ndiaye Djadji  
Lots 1 et 2 - Pyrotechnie - Dakar, Sénégal  
CP : 12023 - BP : 7988, Dakar Médina  
Tél : (221) 33 864 77 57 - Fax : (221) 33 864 77 58

[cres@cres-sn.org](mailto:cres@cres-sn.org) / [Information : contact@cres-sn.org](mailto:contact@cres-sn.org) / [Siteweb : www.cres-sn.org](http://www.cres-sn.org)

PAGE DE GARDE

## Introduction

Difficile de concilier le principe moral de la parole donnée avec le principe tout aussi digne d'intérêt de la liberté individuelle. La traduction, par le droit, des obligations de ce dilemme se présente sous la forme d'un conflit entre la force obligatoire du contrat et la liberté contractuelle. En ces périodes de libéralisation et de financiarisation de l'économie, la problématique prend une importance insoupçonnée, du fait des luttes de pouvoir au sein des sociétés commerciales et, particulièrement, des sociétés anonymes<sup>1</sup>. La question de l'exécution forcée des pactes de préférence, à l'occasion des cessions d'actions entre actionnaires, illustre parfaitement cette bataille.

La solution au dilemme fait appel aux règles de base du droit civil des obligations, ce qui, non seulement montre la constance de l'importance de ce droit pour la vie des affaires<sup>2</sup> mais, conduit aussi à considérer certaines mutations dont la prise en compte s'avère indispensable dans la recherche des solutions idoines à ce conflit de principes.

Tout d'abord, en ce sens, il convient de noter un changement dans la qualification du titre d'associé. S'il est un droit de créance, il n'est pas que cela. « *L'action ne confère pas seulement un droit de créance sur la société, elle n'est pas uniquement un droit personnel opposable à la société, elle est aussi un moyen, un instrument du pouvoir dans la société* »<sup>3</sup>. Les ressorts psychologiques et intellectuels de l'action n'ont plus grand-chose de commun avec le placement, ni même avec la participation<sup>4</sup>. Derrière l'acquisition de titres d'associés, tout comme derrière les conventions de vote<sup>5</sup>, c'est le pouvoir dans l'entreprise sociale qui est visé. Aussi, le titre d'associé doit-il être aujourd'hui analysé comme partie intégrante de la

---

<sup>1</sup> Le phénomène de la domination économique a, depuis très longtemps, fait l'objet d'investigations très poussées chez les économistes et sociologues. La domination recouvre l'idée de pouvoir. A côté du pouvoir de l'Etat, il existe d'autres formes de pouvoir : les *pouvoirs privés économiques* (Gérard Farjat, Droit économique, Puf/Thémis, 1982). Le pouvoir est aujourd'hui une catégorie juridique susceptible d'une utilisation féconde dans les rapports de droit privé et surtout dans le droit des investissements. Il se matérialise par la maîtrise que l'on peut avoir sur des droits d'un genre particulier : les droits économiques conférant le pouvoir qui portent sur les « *valeurs concurrentielles* » ou sur les titres sociaux. Sur le concept de pouvoir, sur les moyens juridiques de son établissement et sur son régime juridique, Abdoulaye Sakho, Les groupes de sociétés en Afrique, Droit Pouvoir et Dépendance économique. Karthala/Cres 2010.

<sup>2</sup> Aujourd'hui, notre société est celle de l'échange marchand généralisé qui fonde la vie des affaires. La pratique et les théoriciens du droit ont su, usant des voies infinies de la création, inventer d'innombrables instruments juridiques qui valorisent l'activité humaine. Tous ont puisé leurs sources d'inspiration dans ces mécanismes fondamentaux pour les échanges économiques qui sont traditionnellement regroupés sous le vocable de droit des obligations. V. Laurence Boy, Le cadre civil des affaires, *Economica*, 1989.

<sup>3</sup> Jean Paillusseau, La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), JCP 1992, I, 3578.

<sup>4</sup> Le droit des groupes de sociétés (ouvrage collectif), Dalloz 1991, page 49.

<sup>5</sup> Sur les conventions de vote dont la résurgence et le contentieux abondant témoignent de l'importance de l'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, Alain Viandier, « Observations sur les conventions de vote », JCP 1986, Ed. E, n°15405.

catégorie des droits économiques conférant le pouvoir et non plus comme un simple droit personnel<sup>6</sup>.

Ensuite, il faut admettre que la figure de l'investisseur a changé, il n'est plus celui qui vient s'implanter « avec armes et bagages » sur un territoire donné<sup>7</sup>. L'investisseur contemporain est celui qui cherche à exercer, à moindre frais, un pouvoir dans les entreprises et les structures économiques des pays d'accueil. En ce sens, il peut juste se contenter de prendre des participations minoritaires dans les sociétés et d'y exercer un véritable pouvoir, grâce aux stipulations contractuelles que sont les pactes d'actionnaires<sup>8</sup>.

Enfin, toutes les opérations sur les actions des sociétés anonymes présentent un intérêt considérable car, derrière une simple opération juridique comme la cession d'actions, se cachent, en réalité, des enjeux de pouvoir aussi bien pour l'investisseur que pour le pays d'accueil<sup>9</sup>.

De fait, l'efficacité des instruments mis en place pour stabiliser le pouvoir dans l'entreprise ou pour offrir des moyens de contrôle aux uns et aux autres est devenue une question cruciale au plan pratique. Parmi ces instruments, se trouvent les pactes d'actionnaires instituant un engagement de préférence dont l'inexécution revivifie, au plan théorique, la question de l'exécution forcée des obligations.

Dans la terminologie juridique civiliste, le mot obligation a un sens précis, même s'il est, par ailleurs, susceptible de plusieurs acceptions<sup>10</sup> : c'est le lien de droit par lequel une personne, appelée débiteur, est tenue envers une autre, appelée créancier, d'exécuter une prestation consistant à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose sous le menace

---

<sup>6</sup> V. pour une telle acception, Boy, *Le cadre civil des affaires, Economica*. 1989, p. 12.

<sup>7</sup> Abdoulaye Sakho et Irina Parachkevova, *Propriété formelle et propriété substantielle en droit des sociétés et des groupes*, intervention au colloque du Credeco/Gredoc, Université de Nice Sophia Antipolis sur le thème « Déséquilibres économiques et droit économique », Nice, 7/8 février 2013 (à paraître).

<sup>8</sup> Irina Parachkevova, *Le pouvoir de l'investisseur professionnel dans la société cotée*, LGD, 2005.

<sup>9</sup> C'est l'analyse qui est faite depuis longtemps de la cession de contrôle, V. not. Jean Paillusseau, *JCP* 1985 Ed. G. I, 3224.

<sup>10</sup> Dans la langue populaire, être obligé, avoir une obligation, a un sens large : c'est être astreint à faire ou à ne pas faire quelque chose (obligation d'être poli, obligation d'être sociable, obligation d'aider son prochain ou de ne pas lui nuire). On voit que ce n'est pas l'obligation au sens juridique du terme parce que, d'une part, elle ne s'analyse pas comme un rapport de droit entre deux individus et, d'autre part, la sanction de cette obligation n'est pas juridique mais simplement morale ou sociale. Dans le droit des affaires, le mot obligation a un sens très précis. C'est un titre mobilier émis par une collectivité contractant un emprunt financier, généralement à long terme, remboursable avec intérêt sur une certaine période de temps. C'est là un sens juridique mais particulier et technique du mot obligation.

d'une sanction<sup>11</sup>. Ce lien juridique entre deux personnes, par rapport à une chose, suppose donc comme base : un créancier, un débiteur et un objet. Pour le débiteur, l'obligation est une cause d'appauvrissement de son patrimoine. Pour le créancier, c'est une cause d'enrichissement patrimonial. La faculté d'obtenir cet enrichissement est assortie d'un pouvoir de contrainte que la loi met à sa disposition pour forcer le débiteur à s'exécuter. Vue du côté du créancier, l'obligation s'analyse avant tout comme un pouvoir de contrainte.

Ce pouvoir de contrainte a considérablement évolué depuis l'époque romaine<sup>12</sup>. Dans l'ancien droit romain, le lien était strictement personnel, le créancier pouvait, en cas d'inexécution, s'emparer de la personne physique de son débiteur et, selon les époques, le mettre à mort, l'incarcérer ou le vendre comme esclave. Ces mesures de justice privée furent peu à peu remplacées par une compensation pécuniaire. Désormais, le débiteur n'est plus responsable sur sa personne mais, plutôt, sur l'universalité de ses biens<sup>13</sup>. L'emprisonnement pour dettes est aujourd'hui aboli. En conséquence, en droit positif, ce n'est donc plus sur la personne physique du débiteur, mais sur ses biens que le créancier peut exercer son pouvoir de contrainte<sup>14</sup>.

Cette solution consistant à compenser l'inexécution par une action sur les biens du débiteur est certainement à l'origine d'une sorte de confusion ayant placé l'objet de notre analyse dans le champ de la classique réparation indemnitaire. Pourtant, celui qui demande l'exécution forcée ne souhaite pas forcément se placer sur ce terrain de la responsabilité civile. Il préfère, très certainement, recevoir la prestation attendue de son cocontractant. Il

---

<sup>11</sup> L'obligation de faire contraint le débiteur à l'accomplissement d'une prestation (autre qu'une dation). Ainsi, il en est du salarié qui s'oblige à accomplir un travail ou de l'auteur d'un accident qui s'oblige à réparer le dommage causé. L'obligation de ne pas faire engage le débiteur à une abstention : ne pas construire, ne pas troubler le voisinage. La meilleure illustration de l'obligation de ne pas faire est l'obligation de non-concurrence qui résulte de la volonté exprimée des parties ou de la réglementation légale du contrat. Les obligations de donner sont mobilières ou immobilières selon leur objet, alors que les obligations de faire ou de ne pas faire sont toujours mobilières, même si leur exécution concerne un immeuble (obligation de ne pas construire).

<sup>12</sup> Alex Weill et François Terré, Les obligations, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> Edition 1986, n°840 et 841, p.858.

<sup>13</sup> La loi donne ainsi au créancier un droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur et lui permet de faire saisir et de vendre en justice les biens de ce dernier et d'être payé sur le prix. De plus, l'obligation étant dépersonnalisée, elle ne meurt pas, en principe, avec le débiteur, mais se transmet à ceux qui recueillent le patrimoine (transmission à cause de mort ou entre vifs). C'est le patrimoine qui est responsable à travers la personne du débiteur, ce qui a donné naissance à cette jurisprudence française bien connue qui protège la personne humaine à travers ses droits fondamentaux que sont la liberté intellectuelle et la liberté artistique : Civ.14mars 1900, DP 1900, 1, 497, note Planiol.

<sup>14</sup> Dans cette interprétation, il ne s'agit point de se venger d'une quelconque faute, mais plutôt de compenser la perte économique encourue par l'inexécution. Donc, l'obligation juridique a un caractère économique et non plus simplement personnel ; elle rend le débiteur responsable sur son patrimoine et le pouvoir de contrainte n'est plus laissé à l'initiative du créancier ; il est créé, réglementé et organisé par le législateur lui-même qui convertit en justice sociale la justice privée de l'ancien droit romain.

préfère que ce dernier respecte sa parole et les stipulations contractuelles : c'est ce qui donne un sens à la force obligatoire du contrat. Lorsqu'il n'est pas possible de le faire et que, de cette impossibilité d'exécution, il résulte un préjudice, on se place sur le terrain de la responsabilité et, donc, des dommages et intérêts. En réalité, il y a une autonomie de l'exécution par rapport à la réparation sous forme de dommages et intérêts<sup>15</sup>.

Ce qui paraît si évident et limpide aujourd'hui ne l'a pas toujours été. En France<sup>16</sup>, la question des conséquences de l'inexécution d'une obligation de faire constitue toujours un sujet de débat qui a souffert et continue de souffrir de la confusion qui conduit à une interprétation « paresseuse »<sup>17</sup> de l'article 1142 du code civil aux termes duquel, «*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Alors que, dans le même code l'article 1184 al.2 offre une alternative en disposant que «*la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix (...) de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible*».

Aujourd'hui encore, cette question est toujours d'actualité. Sous l'impulsion des praticiens du monde des affaires qui ont su mettre à profit le principe de la liberté contractuelle, on note, dans les sociétés commerciales, un regain de conventions insérées

---

<sup>15</sup> Geneviève Viney, L'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire préférée aux dommages et intérêts, Revue des contrats, 01 juillet 2007, sous Cass. Civ. 14 février 2007 et Cass. Civ. 16 janvier 2007. Cet auteur écrit : «*En effet, c'est précisément afin d'éviter d'avoir à se contenter d'une indemnisation pécuniaire que le créancier exige l'exécution. Il veut, par là, prévenir la survenance du dommage plutôt que de subir celui-ci et d'en demander ensuite la réparation. Il s'agit donc là de deux partis complètement différents. Ils ne sont pas soumis aux mêmes conditions, le dommage étant nécessaire pour obtenir la réparation et non pour exiger l'exécution, et ils n'entraînent pas les mêmes effets. Certes, ils sont parfois conjugués en cas d'inexécution d'un contrat à exécution successive, car l'exécution forcée est demandée pour l'avenir alors qu'il ne reste plus que les dommages et intérêts pour compenser le préjudice déjà réalisé de façon irréversible, mais cette conjonction même marque leur hétérogénéité et l'utilité de chacun d'eux pour garantir les intérêts légitimes du créancier* ». Comparer avec l'article 105 du COCC qui fait une nette séparation des deux types d'action en disposant que, dans les contrats synallagmatiques, «*lorsque l'une des parties manque gravement à ses obligations en refusant de les exécuter, en tout ou en partie, l'autre peut, en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus, demander en justice soit l'exécution forcée, soit la réduction de ses propres obligations, soit la résolution du contrat, soit sa résiliation* ».

<sup>16</sup> Yves-Marie Laithier et Denis Mazeaud, La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ?, Revue des contrats, 01 avril 2012, n°2, p.681 ; P. Délebecque, L'exécution forcée, Revue des Contrats, 1 Janvier 2006, n°1, p.99.

<sup>17</sup> Malgré les mises en garde de la doctrine qui refusait que, de son propre vouloir, de sa propre inertie, un débiteur puisse changer l'objet de son obligation et qu'en conséquence, malgré la formule de l'article 1142, les obligations de faire ou de ne pas faire ne se résolvent pas nécessairement en dommages et intérêts si elles ne sont pas volontairement exécutées par le débiteur. Pour cette doctrine, le principe demeure que le créancier a, avant tout, le droit de réclamer l'exécution en nature et que rien dans le code civil français ne s'y oppose. V. Alex Weill et François Terré, Les obligations, Précis Dalloz, 1986, P.848 ; W. Jeandidier, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, RTD Civ. 1976, p.700 ; Colloque de la RDC, le 14 octobre 2004, reproduit à la RDC 2005 p.3.

ou adjointes au pacte social et liant les associés entre eux<sup>18</sup>. Ce genre de conventions poursuit un double objectif : organiser le pouvoir dans la société, et renforcer la cohésion et la stabilité des associés.

Le premier objectif relève des « *conventions de vote* » dont la Cour de cassation française a très tôt reconnu la validité en annulant une décision de Cour d'appel<sup>19</sup> qui considérait une société holding comme « *une atteinte structurelle au droit de vote* »<sup>20</sup>. Le second objectif, qui a pour effet le renforcement de la cohésion et de la stabilité des associés, parce qu'instituant des règles relatives à la transmission et à la cession des droits sociaux, intéresse beaucoup plus notre perspective. En effet, les pactes renfermant cet objectif instituent un « *droit de préférence* » au profit des signataires, lors d'une cession de droits sociaux. Pour cette raison, ces conventions sont désignées sous les noms révélateurs de pacte de préférence ou de pacte de préemption.

Ces conventions sont saisies par le droit sénégalais en ces termes : « *Quelle qu'en soit la source, le droit de préemption donne à une personne la faculté de se porter acquéreur d'un bien de préférence à toute autre. Ce droit peut s'exercer dans toute espèce de vente* »<sup>21</sup>. « *Le droit de préemption d'origine conventionnelle résulte du pacte de préférence. Ce pacte est soumis aux règles des promesses de vente* »<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> A un point tel que le projet d'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dans l'espace OHADA décide de réglementer ces pactes. V. notamment les articles 2 et 2-1 du projet en question reproduit infra note de bas de page n°22 ; Pour le droit français, V. en particulier, Martin D. et Faugerolas L. « Les pactes d'actionnaires », JCP Ed. E. 1989, II, 15526 ; Yves Guyon, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2002. Il est d'ailleurs symptomatique que ce livre de droit des sociétés soit publié dans une collection consacrée au contrat en particulier dans le célèbre *Traité des contrats* sous la direction de J. Ghestin.

<sup>19</sup> La Cour d'appel avait anéanti une société de portefeuille, pure holding financière constituée à partir de protocoles d'accords servant à répartir les votes des actionnaires et les sièges au sein des organes de direction. La décision de la Cour d'appel se fondait sur le fait que la société holding tendait à dépouiller les actionnaires de leur droit de vote ou à restreindre leur liberté. Ce qui constituait aux yeux de cette cour une atteinte structurelle au droit de vote des actionnaires. Il est certain que cette décision de la cour de cassation française fait partie dans ce pays, du courant qui a ouvert la voie à une plus grande prise en compte de la dimension contractuelle dans les sociétés commerciales et donc aux sociétés anonymes simplifiées qu'en Afrique, le projet d'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique consacre en même temps que les pactes d'associés, rejoignant ainsi la tendance confortée avec le libéralisme économique qui fait de la société un contrat plus qu'une institution.

<sup>20</sup> Cass. Com. 2 juillet 1985 D. 1987 page 599, Note Honorat. Sur les conventions de vote V. not. Viandier, « *Observations sur les conventions de vote* », JCP. 1986 Ed. G.I. 3253.

<sup>21</sup> Article 318 du COCC.

<sup>22</sup> Article 319 du Cocc ; le projet d'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales prévoit les clauses de préemption en ces termes : article 771-2. « *Il peut être stipulé dans les statuts ou les conventions de l'article 2-1 ci-dessus que l'actionnaire qui entend céder tout ou partie de ses actions*

En consacrant une obligation de proposer en premier à ses cosignataires, les titres dont la cession est projetée, ces pactes instituent une restriction volontaire à la libre cessibilité des droits sociaux. En ce sens, elles peuvent être considérées comme des obstacles à des opérations de restructuration du capital des sociétés commerciales et, particulièrement, des obstacles à des opérations de prise de contrôle, dès lors que leur inobservation est susceptible d'avoir une incidence non négligeable sur l'opération de transfert du contrôle<sup>23</sup>.

Si la question de la validité de ces pactes n'est plus discutée aujourd'hui<sup>24</sup>, il n'en est pas de même de leur efficacité<sup>25</sup>. Ce dernier point qui concerne les conséquences de la violation d'un engagement de préférence résultant d'un pacte d'associé retiendra l'attention dans cet article.

Le pacte extrastatutaire ou statutaire relatif aux droits sociaux est un acte juridique. Il est soumis au droit commun des obligations. En ce sens, du fait de la force obligatoire et de l'effet relatif des conventions, ce pacte ne produit d'effet qu'entre les parties signataires en créant entre eux un lien irrévocable. Aussi, l'inobservation de ses dispositions devra-t-elle être sanctionnée conformément au droit des obligations. Une telle inobservation résulte généralement de la méconnaissance par l'une des parties de l'obligation principale contenue dans le pacte : l'engagement de préférence. Autrement dit, un des signataires cède ses actions ou ses parts à une personne autre que le bénéficiaire désigné à l'acte. Il ne s'agit point d'une simple hypothèse d'école<sup>26</sup>. La nature de la sanction attachée à la violation d'un pacte d'associé renfermant une obligation de préférence présente une grande importance.

---

*est tenu de le notifier à un ou plusieurs autres actionnaires, qui peuvent faire connaître au cédant qu'ils exercent un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés ». Article 771-3 « Dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les statuts, toute cession d'actions réalisée en violation du droit de préemption est nulle. Dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les conventions de l'article 2-1 ci dessus, toute cession d'actions réalisée en violation du droit de préemption est nulle dès lors qu'il est démontré que l'un des bénéficiaires en avait connaissance ou ne pouvait en ignorer l'existence ».*

<sup>23</sup> Il est possible d'annuler, sous certaines conditions, la vente intervenue au mépris du pacte de préférence (article 326 du Cocc) ; V. les articles 771-2 et 771-3 du projet d'Acte uniforme sur les sociétés commerciales reproduits ci-dessus.

<sup>24</sup> Michel Jeantin, Les clauses de préemption statutaires entre les actionnaires, JCP 1990, Ed. E. I, n°49 ; J.P. Storck, La validité des conventions extra-statutaires, D. 1989,1, 267 ; Le Bras, La validité des clauses de préemption dans les conventions extra statutaires, Bull. Mens. Joly 1986, 665.

<sup>25</sup> Abdoulaye Sakho, Les groupes de sociétés et le droit, Contribution à la recherche sur la notion de pouvoir en droit privé, Thèse de doctorat, Dakar, 1993 ; Les groupes de sociétés en Afrique, Droit Pouvoir et Dépendance économique, p. 126 et suiv. Karthala/Cres 2010 ; H. Kenfack, Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence, Defresnois 2007, art.38621, p.1003 ; T. Piazzon, Retour sur la violation des pactes de préférence, RTD Civ. 2009, 433.

<sup>26</sup> Com. 7 mars 1989, D. 1989, 231 ; JCP 89, II, 21316, concl. Jéol, note Reinhard ; Com. 26 février 2013, JCP G n°21, 20 mai 2013, 563, note Sophie Schiller.



En effet, de la nature d'une telle sanction, dépend l'efficacité de la convention de préférence. Si le bénéficiaire du pacte peut obliger le promettant à l'exécution forcée de son engagement, il y a lieu de conclure à l'efficacité du pacte de préférence. Dans le contraire, force sera de constater l'inutilité des pactes de préférence.

Lors de sa codification, le droit sénégalais des obligations a bénéficié de l'expérience jurisprudentielle et doctrinale relative à l'interprétation et à l'application des textes et codes du droit français. Cette assertion est aisément vérifiable dans beaucoup de domaines et, plus particulièrement, dans celui qui est l'objet de nos analyses : la sanction de l'inobservation d'une obligation de faire. Il faut, malgré tout, se garder de la tentation d'interpréter nos textes avec les instruments du droit français<sup>27</sup> (sauf pour les besoins de l'éclairage de la méthodologie du droit comparé !). En France, la solution n'est pas encore bien dessinée mais, il semble que, malgré des résistances les conditions sont en train d'être assouplies<sup>28</sup>, et l'évolution se poursuit à petits pas vers une reconnaissance de principe de l'exécution forcée en nature de l'obligation inexécutée<sup>29</sup>(I). Alors que dans le droit positif sénégalais<sup>30</sup>, le code des obligations civiles et commerciales autorise une interprétation qui fait de l'exécution forcée en nature le principe, en cas d'inexécution d'une obligation (II).

---

<sup>27</sup> Le dédicataire de ces pages, le Pr Paul Gérard Pougoué, ne cesse de mettre en garde les juristes africains contre cette très forte tentation qui frise par moment la paresse intellectuelle et peut conduire à des solutions totalement fausses au regard de l'interprétation adéquate de nos textes, ce qui a justifié son engagement dans les projets éditoriaux africains (il est de ceux qui ont mis sur les rails, aux côtés du signataire de ce présent texte et de Maître Doudou Ndoye ancien garde des sceaux du Sénégal, la fameuse maison EDJA du Sénégal en 1987). C'est ce qui justifie aussi sa rigueur à ce propos. Aussi, c'est peut être anecdotique mais on ne peut pas ne pas le rappeler pour avoir été témoin qu'un des candidats a subi ses foudres lors de session de Dakar destinée à la préparation au concours d'agrégation du CAMES de 2013. Puisse cet article contribuer à la consolidation de cette opinion qui nous demande, pour ne pas être influencé par le droit venu d'ailleurs, de maîtriser notre propre production juridique avant d'émettre un avis !

<sup>28</sup> V. Com. 26 février 2013, JCP, Ed. G. n°21, 20 Mai 2013, p.563, note Sophie Schiller.

<sup>29</sup> Com. 26 février 2013 ci-dessus citée qui admet l'exécution forcée d'un pacte de préférence en retenant une conception assez souple de la fraude.

<sup>30</sup> Il y a un manque criant de contentieux ou, tout au moins, de décisions de justice publiées au Sénégal.

## I. L'exécution forcée d'un pacte de préférence : évolution du droit français

En droit français, qui opère la classification des obligations selon qu'elles sont « *de donner, de faire ou de ne pas faire* », l'inexécution ne pose de difficultés qu'en ce qui concerne les obligations de faire et de ne pas faire car, le principe de l'exécution forcée en nature s'applique sans difficultés aux obligations contractuelles de donner. En effet, l'interprétation dominante qui est faite de l'article 1142 du code civil par les juges interdit, en principe, toute exécution forcée en nature sur le débiteur qui ne s'acquitte pas volontairement de son obligation de faire. L'octroi de dommages-intérêts est de fait privilégié conformément à la lettre de cet article<sup>31</sup>.

Mais il faut avouer que la portée de la règle mérite d'être fortement nuancée au regard du traitement juridique qui est fait de la question de l'exécution en nature. Les textes du code civil<sup>32</sup> paraissent contradictoires à ce propos. La jurisprudence ne fait pas mieux<sup>33</sup>. La doctrine, même si elle est partagée, réussit à dégager une opinion dominante qui plaide ouvertement en faveur de l'exécution forcée en nature en démontrant, avec pertinence, que rien dans le code civil ne s'y oppose<sup>34</sup>.

En définitive, « *notre droit est loin de se présenter à nous sous l'architecture rassurante d'un jardin à la française, dont les allées, parce que bien dessinées et nettement tracées, permettraient de suivre des voies bien distinctes : il n'y a à l'évidence pas une position mais des solutions diverses, parfois contraires et contradictoires, qui s'entremêlent et font naître la controverse* » dira un auteur<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Qui dispose clairement : « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* »

<sup>32</sup> Article 1134 qui semble instaurer un éventuel droit à l'exécution en nature, article 1142 qui privilégie les dommages-intérêts et article 1184 qui offre une option entre l'exécution forcée et la résolution avec éventuellement des dommages-intérêts.

<sup>33</sup> Ce que traduit fort bien Nicolas Molfessis « *Quant à la jurisprudence, elle n'est pas en reste, qui renvoie dans des directions différentes selon les problèmes, les chambres, les époques... au point parfois de sembler dépourvue de toute cohérence ou d'unité comme en témoigne à elle-seule la question de la nécessité de rapporter la preuve d'un préjudice pour avoir droit à dommages-intérêts* ». Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? , RDC, Janvier 2005, n°1, p. 37.

<sup>34</sup> Philippe Delebecque, L'exécution forcée, RDC, n°1, janvier 2006, p. 99 ; P. Wéry, thèse Bruxelles 1993 et même thème, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, LGDJ 2001, p. 205 ; égal. W. Jeandidier, «L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1976, p. 700 ; comp. Les travaux du colloque de la RDC en 2004, RDC 2005, n° spécial de janvier 2005 ; Denis Mazeaud et Yves Marie Laithier, La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages et intérêts ou primauté de l'exécution en nature ? , RDC, n°2, avril 2012 p.681 ; Gèneviève Viney, note sous Cass.civ.3°, 14février 2007 et Cass.civ. 16 janvier 2007, RDC n°3, juillet 2007 p. 741.

<sup>35</sup> Nicolas Molfessis, « Force obligatoire et exécution... » Article RDC 2005, cité ci-dessus.

Malgré tout, l'exécution forcée en nature est bien là, et l'impression qui se dégage pour l'analyste, est qu'elle va, à terme, inéluctablement s'imposer<sup>36</sup>. Mais pour l'instant, elle est confinée dans des conditions qui, malgré leur évolution favorable à l'exécution forcée en nature, sont telles que l'exécution par octroi de dommages-intérêts garde encore son rang de règle de principe en la matière. Ceci est très net concernant les contrats préparatoires comme les promesses de vente et les pactes d'actionnaires<sup>37</sup>.

En définitive, quelles que soient la portée actuelle des critiques de la doctrine et les décisions de justice en faveur de l'exécution en nature, de la substitution du bénéficiaire du pacte de préférence face au tiers acquéreur<sup>38</sup>, le refus de l'exécution forcée en nature demeure le principe, même si c'est un principe ébranlé (A). L'assouplissement continu des conditions de ses propres exceptions, ouvre la voie de l'exécution forcée en nature par la substitution du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers acquéreur (B).

### **1.1 Le refus de l'exécution forcée en nature : un principe ébranlé**

Par une parfaite assimilation du pacte de préférence à l'obligation de faire, la Cour de cassation française, qui se prononçait pour la première fois<sup>39</sup> – semble-t-il – sur la portée exacte d'un pacte de préférence, avait cassé et annulé une décision de Cour d'appel ordonnant la substitution des acquéreurs de droits sociaux au bénéficiaire d'un pacte de préférence. La Cour de cassation avait retenu comme sanction de la violation d'un tel pacte, la réparation par les dommages et intérêts en application de l'article 1142 du Code<sup>40</sup>.

Cette position de la Cour de cassation était conforme à l'état du droit positif dans ce pays. Dès lors que le pacte de préférence s'analyse en obligation de faire, il y avait tout lieu

---

<sup>36</sup> Les projets de réforme en France (à l'exemple du Projet Catala) qui s'inspirent des Principes du droit européen des contrats et des Principes Unidroit érigent l'exécution forcée en nature en règle de principe

<sup>37</sup> Com. 7 mars 1989, JCP 89, II, 21316, note Reinhard ; Revue des sociétés, 1989, p.478, note L. Faugerolas. Les promesses de vente et les pactes de préférence subissent un traitement judiciaire différent en France alors qu'en droit sénégalais, « le pacte de préférence est soumis aux règles des promesses de vente » (article 319 Cocc) : une preuve de plus que le droit français n'est pas le droit sénégalais

<sup>38</sup> Cass., mixte, 26 mai 2006, « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* » ; D.2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier et note D. Mainguy ; JCP G 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; JCP N 2006, 1256, note B. Thullier ; Defrénois 2006, p. 1206, obs. E. Savaux ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 153, note L. Leveneur ; LPA 11 janv. 2007, p. 13, note A. Paulin ; RDC 2006, p. 1131, obs. F. Collart. Dutilleul ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; Bull. Joly 2006, p. 1072, note H. Le Nabasque

<sup>39</sup> Com. 7 mars 1989, ci dessus citée.

<sup>40</sup> Concl. M. Jéol sur Com. 7 mars 1989 ibidem.

d'appliquer l'article 1142 du Code civil, et de condamner l'auteur de la violation à des dommages et intérêts<sup>41</sup>. C'est une position classique que les auteurs rendaient en des termes quasi identiques à l'image de ce qu'écrivaient Alex Weill et François Terré dans les années 80<sup>42</sup> : « *Pour les obligations de faire ou de ne pas faire, le principe de l'exécution en nature ne semble pas devoir s'appliquer si le débiteur n'exécute pas volontairement. En effet, l'article 1142 nous dit que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. L'inexécution entraînerait ainsi un changement de l'objet de l'obligation, celle-ci portant désormais sur une somme d'argent, en sorte qu'il y aurait lieu, pour l'exécution, les dommages et intérêts étant fixés, de se référer aux règles relatives à l'exécutions des obligations de sommes d'argent* ».

Pour ces auteurs, il ne s'agit même pas d'une sanction en vue de réparer un quelconque préjudice, mais plutôt d'une « novation par changement d'objet »<sup>43</sup> qu'opérerait l'inexécution. On voit que déjà la question des conséquences de l'inexécution ne reposait pas du tout sur le droit de la responsabilité, mais sur la force obligatoire du contrat, même si l'objet de l'obligation n'est plus la prestation promise mais une somme d'argent.

En conformité avec l'interprétation dominante de l'article 1142, la position de la Cour de cassation ne l'était pas moins avec le vent du libéralisme triomphant de l'époque qui n'avait plus d'adversaire politique ou idéologique<sup>44</sup>. C'est ce que traduisait fort bien l'Avocat général Jéol s'adressant à la Cour de cassation en ces termes : « *Votre censure aura aussi le mérite, dans le domaine particulier des pactes majoritaires passés au sein des sociétés commerciales, de combiner la mobilité inévitable du capital social dans une Europe qui se construit suivant les principes de l'économie libérale avec la responsabilité encourue par ceux qui ne respectent pas leurs engagements et doivent en payer le prix* »<sup>45</sup>.

Pourtant, ces considérations semblaient loin des préoccupations des juges du fond qui s'évertuaient à maintenir, au risque de la cassation, la sanction la plus efficace à la violation d'un pacte de préférence : l'exécution forcée en nature. Déjà, le 4 mai 1957, la première chambre civile de la Cour de cassation déniait aux juges du fond la possibilité

---

<sup>41</sup> Compr. Cependant avec la sanction de l'inexécution de l'obligation de réintégrer un salarié irrégulièrement licencié.

<sup>42</sup> Alex Weill et François Terré, Les obligations, Précis Dalloz, 1986, p. 847.

<sup>43</sup> Même s'il est inconcevable que cette novation soit le fruit du mauvais vouloir du débiteur qui refuse d'exécuter volontairement et qui décide donc de changer la prestation objet du contrat. On est bien loin des conditions de la novation qui suppose que les parties aient eu l'intention de nover (animus novandi).

<sup>44</sup> Effondrement des pays de l'Est et début de la financiarisation à outrance de l'économie mondiale, ce qui justifiait la levée des obstacles à la libre circulation des capitaux que constituaient les pactes d'actionnaires à l'époque.

<sup>45</sup> Concl. Jeol, sur Com. 7mars 1989, ibidem.

« d'autoriser le bénéficiaire d'un pacte de préférence à se substituer purement et simplement au tiers acquéreur dans les droits que celui-ci tient de l'aliénation qui lui a été faite par le promettant »<sup>46</sup>. Puis, le 27 mai 1986, c'est au tour de la chambre commerciale d'affirmer, après le prononcé de l'annulation d'une cession de parts intervenue en fraude d'un pacte de préférence, « qu'il n'y a pas pour autant, lieu de procéder à la cession de parts au profit du titulaire du pacte de préférence dès lors que les cédants avaient manifesté la volonté de ne pas lui vendre les parts sociales »<sup>47</sup>.

La troisième chambre civile, le 30 avril 1997<sup>48</sup> contre une substitution du locataire bénéficiaire d'un pacte de préemption à l'acquéreur de l'immeuble décide : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ; s'agissant d'un contrat de bail comportant une clause accordant en priorité un droit de préemption au locataire en cas de vente de l'immeuble, l'arrêt attaqué, pour dire que le preneur est substitué à l'acquéreur dans la vente de l'immeuble aux prix et conditions de celle-ci, retient que les droits du bénéficiaire d'un pacte de préférence sont opposables au tiers acquéreur du bien dans la mesure où celui-ci a commis une fraude et qu'en l'espèce, la collusion entre le vendeur et l'acquéreur est évidente et leur mauvaise foi caractérisée ; en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 1142 du Code civil ».

De l'ensemble de ces décisions refusant l'exécution forcée en nature, on tirait la conclusion que la Cour suprême française considérait effectivement le droit de préférence comme une obligation de faire, et que son bénéficiaire n'avait pas un pouvoir de caractère réel sur le bien, objet du droit. Aussi, ce dernier ne pouvait-il prétendre qu'à des dommages et intérêts, au cas où le promettant ne respecterait pas ses engagements. Cette position a beaucoup évolué<sup>49</sup> et, en France, la Cour de cassation n'est pas loin de la doctrine qui prêche pour le « prolongement naturel du principe moral du respect de la parole donnée, principe fondamental, principe rayonnant, principe directeur de notre droit des contrats »<sup>50</sup> qu'il convient de montrer à présent.

---

<sup>46</sup> Cass. Civ. 1, 4 mai 1957, Bull Civ. I , n° 197.

<sup>47</sup> Cass. Com. 27 mai 1986, JCP 1986 Ed. E. A.D.G. n° 15846, Obs. Viandier et Caussin.

<sup>48</sup> Cass.civ3, 30 avril 1997, JCP, Ed. G. II, 22963, commentaire Béatrice Thuillier.

<sup>49</sup> « En rappelant sans nuance que "toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur", la troisième chambre civile entend-elle écarter toute autre solution que les dommages-intérêts ? En particulier, la nullité de l'acte conclu en violation du pacte de préférence est-elle désormais exclue ? La réponse est heureusement négative ; la nullité est toujours envisageable. En revanche, la substitution du bénéficiaire du pacte de préférence à l'acquéreur complice de la violation du pacte est toujours refusée et nous le regrettons ».Béatrice Thuillier commentaire précité.

<sup>50</sup> Denis Mazeaud, *La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ?* RDC avril 2012, n°2, p. 681.

## 1.2 L'évolution des conditions de l'exécution forcée : l'assouplissement des exceptions

Dans le droit commun des obligations, la règle octroyant les dommages-intérêts (article 1142 code civil) se comprend parfaitement, lorsque l'exécution suppose une participation personnelle, physique ou morale, très marquée du débiteur<sup>51</sup>. Mais, lorsque l'exécution de l'obligation n'est pas strictement personnelle, l'exécution en nature s'impose. Le créancier dispose, de fait, d'une faculté de remplacement, ce qui justifie, qu'en matière d'obligation de ne pas faire, le code civil (article 1143) lui donne « *le droit de demander que ce qui aurait été fait en contravention de l'engagement soit détruit* » et, mieux, il peut même « *se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu* », ce qui justifie aussi, qu'en matière d'obligation de faire, le même code (article 1144) lui permet de recourir au juge en vue d'être « *autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur* », et ce dernier peut même être « *condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à l'exécution* ».

Dans le droit des sociétés et, particulièrement, dans la matière des engagements de préférence contenue dans les pactes d'actionnaires, ce n'est qu'exceptionnellement qu'une convention passée en méconnaissance des droits du bénéficiaire du pacte pouvait être annulée : il faut qu'il existe entre le promettant et le tiers acquéreur, une collusion frauduleuse. Toutefois, cette annulation n'était même pas de nature à autoriser la substitution des bénéficiaires du pacte à l'acquéreur évincé pour concert frauduleux<sup>52</sup>. « *Ainsi se trouve écartée la sanction la plus apte à assurer l'efficacité de la clause de préférence* »<sup>53</sup>, ce qui est un constat négatif pour l'efficacité des pactes d'actionnaire, notamment, quant à la possibilité d'y voir des obstacles aux prises de contrôle « *inamicales* » par la voie de la cession des droits sociaux.

Cette position de la Cour de Cassation a été estimée « *orthodoxe* », « *peu convaincante* » et « *peu satisfaisante* »<sup>54</sup>. Selon des praticiens, « *elle revient à créer une prime à la non exécution de certains pactes d'actionnaires* »<sup>55</sup>. Yves Reinhard soutient en effet que l'obligation de faire créée par la clause de préférence est « *peut être une prérogative mixte participant à la fois de l'obligation de faire et de l'obligation de donner* ».

---

<sup>51</sup> Ainsi, les obligations pesant sur les artistes, les peintres, les musiciens, les médecins traitant qui ne peuvent être contraints à s'exécuter physiquement.

<sup>52</sup> Com. 27 mai 1986, Op. Cit.

<sup>53</sup> Reinhard, Note sous Com. 7 mars 1989, Op. Cit.

<sup>54</sup> Reinhard, Ibidem.

<sup>55</sup> Martin et Faugerolas, Les pactes d'actionnaires, Op. Cit.

Selon lui, « *cette obligation de faire constitue le préalable d'un très probable transfert de propriété vers lequel elle est toute entière tournée* » et le bénéficiaire « *dispose d'un droit prioritaire* » sur le bien objet de la clause<sup>56</sup>. A l'appui de ces critiques, il est généralement fait état des opinions d'une partie de la doctrine relativisant la portée de l'article 1142 du Code civil et plaidant pour l'exécution forcée des obligations de faire dont « *l'impossibilité ne peut être retenue que si elle s'avère absolue* »<sup>57</sup>.

En tout cas, le 26 mai 2006, la Cour de Cassation Française, par sa chambre mixte, admettait la substitution du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers de mauvaise foi et, donc, la possibilité d'une exécution forcée d'un pacte de préférence. Ce qui était apparu comme un revirement spectaculaire, voire même une révolution en France,<sup>58</sup> était possible au Sénégal par une interprétation dynamique de certains textes du Cocc<sup>59</sup>.

C'était l'amorce d'une évolution vers la substitution du bénéficiaire... Position qui sera maintes fois réaffirmée par la Haute Cour française, malgré les appréhensions et les craintes de la doctrine, suite à certaines décisions rendues après l'arrêt de rupture de la chambre mixte du 26 mai 2006. Ainsi, une décision de la troisième chambre civile qui, sur le visa des articles 1583 et 1589 du Code civil, censure une Cour d'appel qui avait prononcé « *l'annulation d'une vente conclue en violation d'un pacte de préférence et admis la substitution du bénéficiaire du pacte alors que la connaissance du pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir s'apprécie à la date de la promesse de vente qui vaut vente et non à celle de sa réitération par acte authentique* »<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Reinhard, Note sous Com. 7 mars 1989, Op. Cit.

<sup>57</sup> Voir Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *R.T.D. civ.* 1976, 701 ; Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, L.G.D.J. 1974, page 155.

<sup>58</sup> Un auteur a pu titrer à ce propos, « Substitution à l'acquéreur du bénéficiaire d'un pacte de préférence : la troisième chambre civile franchit le rubicon, Daniel Bert sous Cass. Civ.3 14 février 2007 qui admettait pour la première fois en pratique la substitution appliquant ainsi l'arrêt de 2006 qui a opéré le revirement ; Voir JCP 2007, Ed. G. II, 10143.

<sup>59</sup> Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006, D.2006.J.1861, note Gauthier et Manguy.

<sup>60</sup> Cass. 3e civ., 25 mars 2009, Construction - Urbanisme n° 5, Mai 2009, comm. 77, Commentaire par Christophe Sizaïre.

## **2. Le Droit sénégalais et l'exécution forcée d'un pacte de préférence**

L'exécution forcée d'un pacte de préférence est-elle possible en droit sénégalais ? En droit positif, l'affirmative peut être soutenue au regard du droit commun de la vente tel que prévu dans le Cocc et, au regard aussi, du futur droit des sociétés commerciales, particulièrement des dispositions sur les cessions d'actions contenues dans le projet d'Acte uniforme sur les sociétés commerciales (B). Mais, pour conforter cette possibilité de l'exécution forcée en droit sénégalais, il convient, au préalable, de démontrer que les dispositions générales du code des obligations civiles et commerciales ne dressent aucun obstacle à l'exécution forcée des obligations de faire, ce que la lecture de certains textes du Cocc autorise à soutenir. Et en tout état de cause, de *lege feranda*, la question ne se posera pas dès lors que le projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats dans l'espace OHADA, s'inspirant des Principes d'Unidroit, envisage expressément le principe de l'exécution en nature de toutes les obligations qu'elles soient pécuniaires ou non (A).

### **2.1 Le droit commun de l'exécution forcée d'une obligation de faire (le droit des obligations)**

Le code des obligations civiles et commerciales (Cocc) n'est pas catégorique quant à la primauté de la condamnation du débiteur défaillant à des dommages-intérêts. La force obligatoire du contrat (article 96) est affirmée avec une force telle que le principe de l'exécution forcée des obligations apparaît comme la sanction première de l'inexécution de l'obligation de faire. L'article 6 du Cocc impose d'abord l'exécution puis à défaut, la réparation au débiteur. Mais ce texte ne précise pas la nature de la réparation exigée du débiteur. En tout état de cause, la lecture de l'article 105 du même code laisse deviner qu'il ne s'agit pas d'une réparation au sens du droit de la responsabilité civile. Ce serait plutôt une exécution forcée prenant la forme soit d'une réparation en nature (exécuter la prestation promise), soit d'une réparation par équivalent (remplacer la prestation promise par une somme d'argent en dehors de tout préjudice). Cette interprétation du droit positif sénégalais de l'exécution forcée (1) est celle que consacre l'avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats (2).

#### **2.1.1 Le droit positif de l'exécution forcée d'une obligation de faire**

En la matière, le principe est l'exécution volontaire de l'obligation et si, pour une raison ou une autre, le débiteur ne le fait pas, il sera tenu à réparation. C'est ce que prévoit le droit sénégalais. En effet, dès sa conclusion, « *le contrat crée entre les parties un lien irrévocable* » (article 96 Cocc). En vertu de ce lien qui repose sur le principe de la force obligatoire du contrat, l'article 6 du même code exige du débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire « *d'exécuter complètement son obligation (alinéa1). A défaut, il est tenu à*



*réparation...* » (alinéa2). La question qu'il faut se poser ici est de savoir quel est le sens du mot «*réparation*». En quoi consiste la réparation au sens de l'article 6 du Cocc ?

Dans son sens banal, la réparation évoque l'idée de compensation. En droit, il s'agira de compenser un dommage subi en octroyant l'équivalent et, dans ce cas, on est en plein dans le cadre de la responsabilité civile avec les classiques dommages-intérêts. On peut aussi compenser non pas le dommage subi, mais juste l'inexécution volontaire en l'absence de tout préjudice et, dans ce cas, ce sera l'exécution forcée. Cette exécution forcée peut prendre la forme de l'exécution en nature, obligeant le débiteur à fournir ce à quoi il s'est engagé . Elle peut aussi prendre la forme d'une somme d'argent, considérée non pas comme des dommages-intérêts, mais plutôt comme un remplacement, un équivalent de ce à quoi le débiteur s'était engagé et qu'il n'a pu honorer. Dans ce dernier cas, on est en plein dans le prolongement de la force obligatoire du contrat. La doctrine française opère très bien cette distinction<sup>61</sup>.

Ceux qui veulent considérer que la sanction de l'inexécution d'une obligation est l'octroi de dommages-intérêts, et que la réparation au sens de l'article 6 évoque l'idée de responsabilité civile, peuvent trouver un argument de taille dans l'article 7 du Cocc qui dispose clairement : *«la responsabilité du débiteur est engagée par l'inexécution ou l'exécution défectueuse de son obligation»*. Mais, à notre avis, ce texte, prisonnier du droit commun de la matière et, en conséquence, de l'interprétation qui voudrait que la responsabilité ne puisse jouer que si les conditions de droit commun sont réunies<sup>62</sup> (préjudice, faute et lien de causalité), n'est d'aucun secours ici. En effet, dans notre hypothèse, il n'est pas question d'inexécution fautive ou préjudiciable. Ce qui importe ici, c'est le seul constat de la défaillance du débiteur, qu'elle soit fautive ou pas, les dommages-intérêts seront dus, sans qu'il soit utile d'établir l'existence d'un préjudice.

---

<sup>61</sup> Nicolas Molfessis, Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ?, Revue des contrats, janvier 2005, n°1, p. 37.

<sup>62</sup> En l'absence de préjudice, la violation d'un pacte de préemption n'entraîne pas de sanction, commentaire de Jean Marie Tengang sous Cass. Com. 9 avril 2002, JCP 2003, II, 10067. Aux termes d'une convention, des actionnaires se consentaient mutuellement un droit de préemption sur les actions dont ils étaient ou pourraient devenir propriétaires ; sans respecter les obligations de notification résultant de cette convention, un actionnaire a cédé ses actions ; les autres actionnaires l'ont assigné en paiement de dommages-intérêts, faisant valoir qu'en raison de la vente de ses actions, eux-mêmes n'avaient pu négocier la vente de leurs propres actions dans des conditions leur permettant d'obtenir d'un acquéreur la substitution des cautions personnelles qu'ils avaient consenties en faveur de la société. Pour rejeter leur demande, l'arrêt attaqué retient qu'à *« la période considérée, ils cherchaient à vendre leurs actions et non à acquérir une participation plus importante dans la société, qu'ils ne prétendent pas qu'ils étaient en mesure d'acheter les actions du cédant, au prix fixé par la convention ni même à un prix fixé à dire d'expert, et n'établissent pas qu'ils auraient été, du fait du cédant, empêchés de vendre, de leur côté, leurs actions avec une substitution de caution ; en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a souverainement déduit que la preuve du préjudice allégué n'était pas rapportée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »*.

En effet, il semble difficile d'admettre que la responsabilité civile est la solution pour compenser l'inexécution d'une obligation contractuelle car, selon l'article 105 du Cocc, dans les contrats synallagmatiques, « *lorsque l'une des parties manque gravement à ses obligations en refusant de les exécuter, en tout ou en partie, l'autre peut, en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus, demander en justice soit l'exécution forcée, soit la réduction de ses propres obligations, soit la résolution du contrat, soit sa résiliation s'il s'agit d'un contrat à exécution successive. Cette option reste ouverte au demandeur jusqu'au jugement définitif. Le défendeur peut exécuter le contrat en cours d'instance* ». Il en résulte que les dommages-intérêts ne sont pas l'exécution forcée, car rien n'empêche de les cumuler, d'après ce texte qui prend bien le soin de les distinguer.

Cet article sans équivalent en droit français<sup>63</sup> peut bien constituer un fondement textuel pour l'exécution forcée d'une obligation de faire. L'interprétation est d'autant plus plausible que, non seulement l'article 6 précité<sup>64</sup> ne précise nullement la nature de la « *réparation* » due par celui qui n'exécute pas son obligation, mais aussi que, d'après l'interprétation proposée ci dessus, la réparation visée par le texte pourrait bien s'entendre aussi comme une réparation par équivalent, « *cette unité par laquelle se convertissent potentiellement toutes les obligations inexécutées* »<sup>65</sup> ou comme une réparation en nature.

La mise en œuvre judiciaire de l'exécution forcée des obligations est prévue dans le Cocc. Sans préjudice des détails sur les techniques d'exécution qui relèvent du Code de procédure civile et de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution, le Cocc pose quelques jalons notamment, les grands principes dans les articles 195 à 209. Il ne fait aucun doute que le juge peut l'ordonner dans le cas d'une obligation de donner<sup>66</sup>. L'hésitation est permise, lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire.

En effet, l'alinéa 3 de l'article 195 ne semble retenir que la possibilité de l'exécution par un tiers, mais aux frais du débiteur, « *d'une obligation de faire pour laquelle la personnalité du débiteur n'a pas été déterminante* ». Faut-il en déduire que l'exécution forcée n'est possible que par l'entremise d'un tiers, à la condition que la personnalité du débiteur n'ait pas été déterminante ? Une telle conclusion serait un peu trop hâtive. A la vérité, cette solution n'est qu'un choix, parmi d'autres diverses possibilités de « *moyens de contrainte* »<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Voir cependant article 1184alinéa 2 du code civil français qui ouvre, dans les contrats synallagmatiques, le choix entre l'exécution forcée et la résolution avec dommages et intérêts.

<sup>64</sup> En prévoyant que le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit exécuter complètement son obligation et qu'à défaut, il est tenu à réparation.

<sup>65</sup> Jestaz, La sanction ou l'inconnue du droit, D. 1986, 1, 197.

<sup>66</sup> Article 195 alinéa 2

offertes au Juge de l'exécution forcée des obligations<sup>68</sup>. En fait, les termes de l'alinéa 3 de l'article 195 n'interdisent nullement le prononcé de l'exécution forcée contre le débiteur d'une obligation de faire<sup>69</sup>. Ici, ce qui est visé, c'est la faculté de remplacement ou substitution du débiteur de l'obligation, à la condition que cette obligation ne trouve pas sa source dans un contrat *intuitu personae*. Autrement dit, l'article 195, alinéa 3 du Cocc permet au juge de faire exécuter par un tiers la prestation promise par le débiteur de l'obligation de faire si, et seulement si, cette exécution n'est pas liée à la personne du débiteur.

Pendant, la question qui vient immédiatement à l'esprit est celle-ci : pourquoi faire exécuter par un tiers un engagement souscrit par une personne (même si c'est aux frais de cette dernière), si celle-ci ne rencontre aucune impossibilité absolue en ce sens ? La force obligatoire du contrat exige qu'avant de faire exécuter une obligation par une tierce personne, de contraindre d'abord le débiteur de cette obligation. La limite à l'exécution forcée d'une obligation de faire serait constituée par l'impossibilité résultant soit de la protection de la liberté intellectuelle (contrat faisant intervenir la création littéraire et artistique), soit de façon moins certaine de la protection de la liberté physique (contraindre un ouvrier à reprendre son travail), soit enfin, de la protection des droits acquis par les tiers de bonne foi<sup>70</sup>.

Ainsi, le Cocc<sup>71</sup> nous permet de conclure à la possibilité d'une exécution forcée des obligations de faire, nonobstant les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution préjudiciable. D'ailleurs, tant que dure la première instance, le créancier qui avait d'abord demandé la résolution ou qui s'était limité à réclamer des dommages et intérêts, peut exiger l'exécution forcée. C'est ce qui ressort de la dernière phrase de l'article 105 du Cocc.

Cela montre qu'entre la force obligatoire du contrat et la liberté individuelle, le législateur sénégalais n'a pas choisi. Il ne donne pas précellence à l'une par rapport à l'autre contrairement à la lettre de l'article 1142 du Code civil français dont l'interprétation littérale peut autoriser à faire fi de la force obligatoire du contrat<sup>72</sup>. Finalement, notre législateur

---

<sup>67</sup> C'est le titre de la section première du chapitre 2 du titre premier du livre deuxième de la partie générale du Cocc.

<sup>68</sup> Articles 195 à 199 du Cocc prévoyant également l'astreinte parmi ces moyens.

<sup>69</sup> Contra. J.P. Tosi, *Le Droit des Obligations au Sénégal*, LGDJ. / NEA, page 25 et page 319.

<sup>70</sup> Art. 326 du Cocc ; V. Jeandidier, l'exécution des obligations contractuelles de faire, RTD Civ. 1976 précité.

<sup>71</sup> Combinaison des articles 195, 105 et 6 du Cocc.

<sup>72</sup> Sur ce conflit entre les deux principes fondamentaux que sont la force obligatoire du contrat et la liberté du débiteur et, sur la position du droit français. V. Jeandidier, *ibid*.

laisse le choix du mode de réparation au créancier de l'obligation. Cette analyse peut-elle être transposée à la violation d'un pacte de préférence ?

### **2.1.2 Le futur droit de l'exécution forcée d'une obligation de faire (articles 7/9 et 7/19 de l'avant-projet OHADA sur le droit des contrats)**

En ces périodes de réaffirmation des valeurs pour une vie en société plus harmonieuse et plus juste<sup>73</sup>, il serait dommage d'oublier ce qui fait le socle de la confiance en l'homme : le respect de la parole donnée, vertu si chère aux « *fiers et nobles guerriers* »<sup>74</sup> dont on chante les louanges et les hauts faits d'armes dans les épopées, particulièrement, en Afrique, terre de tradition orale. La mondialisation fait de cette question une préoccupation planétaire. En effet, les conséquences des crises financières résultant de l'égoïsme et de la cupidité humaines touchent tous les pays<sup>75</sup>.

De ce point de vue, il est tout à fait logique que le droit aussi fasse respecter la parole donnée, en vue d'une plus grande sécurité juridique par le biais de la sécurité contractuelle. En ce sens, les différents projets de mise en place d'une réglementation commune à un nombre de plus en plus grand d'Etats ont intégré ces questions liées à l'inexécution de ce qui est promis au départ de la relation juridique<sup>76</sup>. Il ne s'agit pas de les passer tous en revue, mais juste de signaler celui qui peut intéresser le droit interne sénégalais : il s'agit de l'avant projet d'Acte uniforme sur le Droit des contrats<sup>77</sup>. Ce texte a connu des fortunes diverses. Il existe et a le mérite de s'être prononcé de manière courageuse et limpide sur des questions en discussion aujourd'hui. L'objet de ces interrogations en fait partie.

---

<sup>73</sup> V. entre autres prises de positions publiques, du côté des religieux, *l'Exhortation apostolique* publiée le 26 novembre 2013 par laquelle le Pape François donne son opinion sur les crises financières et l'économie libérale. Du côté des politiques, les réactions des gouvernements des pays occidentaux essayant de limiter les capacités de leurs banques à spéculer pour leur propre compte (Etats-unis et Union Européenne), in *Le Monde* 11 décembre 2013. Du côté des juristes, Marie Anne Frison Roche, *Capitalisme, la déchirure. Les leçons d'Enron*, Editions Autrement, Paris 2003 et la mémorable leçon inaugurale du Juge Kéba Mbaye à l'Université Cheikh Anta Diop, sur le thème « L'Éthique, aujourd'hui. » pour la rentrée académique 2005/2006.

<sup>74</sup> En référence au désormais poème du sénégalais David Diop, « Afrique mon Afrique » publié dans la collection Coup de pilon, Présence Africaine

<sup>75</sup> Abdoulaye Sakho, *Médiation et crise financière*, Communication Au VIII<sup>e</sup> Congrès de L'Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie, Dakar, novembre 2013, à paraître ; *La crise des subprimes*, Patrick Artus, Jean-Paul Betbéze, Christian de Boissieu et Gunther Capelle-Blancard, La Documentation française, Paris 2008

<sup>76</sup> Ainsi, les Principes du droit européen du contrat et plus précisément de son article 9.102 : « *le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse* ».

<sup>77</sup> Avant projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats rédigé par le Prof. Marcel Fontaine ; Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Revue de droit uniforme, NS Vol. IX, 2004-2 par Marcel Fontaine ; L'avant projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, Quelques réflexions dans le contexte actuel, Journal Africain du Droit des Affaires (JADA) N°Spécial 2013.

Dans cet avant-projet d'Acte uniforme, la question est principalement couverte par les articles 7/9 et 7/19 de l'avant-projet OHADA qui reproduisent respectivement les articles 7.2.2 et 7.4.1 des Principes d'Unidroit. Ces Principes ne distinguent pas les obligations de donner de faire et de ne pas faire, comme le fait le droit positif sénégalais. Le principe de l'exécution en nature est affirmé, tant pour les obligations pécuniaires que pour les obligations non-pécuniaires, mais dans ce dernier cas, plusieurs exceptions sont prévues, notamment, les cas où l'exécution en nature serait impossible ou exigerait des efforts ou des dépenses déraisonnables.

Si ce texte venait à être de droit positif, on serait devant l'affirmation d'un principe de l'exécution forcée de l'obligation inexécutée. Une telle exécution pouvant prendre la forme de l'exécution en nature (réaliser la prestation attendue) ou celle de l'exécution par équivalent (dommages-intérêts).

Quel est le contenu du principe, et quelles en sont les conséquences au regard du débat sur la nature de la sanction de l'inexécution : dommages et intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ?

**Du point de vue contenu.** L'avant projet dispose :

- *Article 7/1 (Définition). Par inexécution, on entend tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive.*
- *Article 7/9 (Exécution de l'obligation non pécuniaire). A défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque:*
  - *l'exécution est impossible en droit ou en fait;*
  - *l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables;*
  - *le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon;*
  - *l'exécution présente un caractère strictement personnel; ou*
  - *le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution.*
- *Article 7/19 (Droit aux dommages-intérêts). L'inexécution d'une obligation donne au créancier le droit à des dommages-intérêts, soit à titre exclusif, soit en complément d'autres moyens, sous réserve des exonérations prévues dans le présent Acte Uniforme.*

Avec ces dispositions, la sanction de l'exécution forcée, qui est de principe, concerne toutes les obligations (monétaires comme non monétaires). Mais il existe des limites,

notamment, lorsque la matière présente un caractère exclusivement personnel, en cas de négligence du créancier à exiger l'exécution, ou lorsque l'impossibilité de l'exécution est avérée (le bien objet du contrat n'est plus fabriqué ou sa livraison n'a plus de sens : livrer un objet bien après le jour de son utilité à l'exemple d'un sapin de Noël le 26 décembre), lorsque les dépenses ou les efforts pour obtenir la prestation du débiteur se révèlent déraisonnables ou, enfin, lorsque l'exécution risque d'être extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt.

**Du point de vue des conséquences sur la nature de la sanction de l'inexécution de l'obligation**, la lecture de ces dispositions autorise à retenir que le créancier d'une obligation inexécutée peut exiger l'exécution forcée, et qu'il a aussi droit à des dommages-intérêts soit à titre exclusif, soit combiné avec d'autres moyens d'exécution. L'option est ouverte au créancier qui, soit « peut exiger l'exécution » de l'obligation inexécutée, soit dispose d'un « droit à des dommages-intérêts... ». Avec cet avant-projet, la question de la primauté de l'exécution en nature ou des dommages-intérêts ne doit plus se poser. On peut donc retenir que la palette des techniques d'exécution forcée sera mieux maîtrisée car, la force obligatoire du contrat pourra aussi bien conduire à l'exécution en nature qu'à amener le créancier, privé de la prestation attendue, à se satisfaire d'une réparation par équivalent, en dehors de toute idée de responsabilité du débiteur. De fait, l'exécution forcée doit être totalement distinguée de la demande de réparation consécutive au préjudice que pourrait subir le créancier, du fait de l'inexécution. Ici, il s'agit de mettre en force le contrat qu'une des parties refuse d'exécuter. L'inexécution est certes une violation de l'obligation contractuelle, mais elle peut ne pas être accompagnée d'un préjudice et, malgré tout, cela ne sera pas un obstacle à l'action en exécution forcée pour obtenir du juge l'équivalent de la prestation inexécutée sous forme de dommages-intérêts.

En définitive, de la même manière que la violation de bon nombre de règles conduit à l'ouverture de plusieurs actions en justice, ici la violation de l'obligation contractuelle peut ouvrir l'action en exécution forcée qui nous intéresse particulièrement et qui se présente sous deux possibilités (exécution en nature ou exécution par équivalent) ; elle peut aussi ouvrir l'action en responsabilité civile, dès lors que les conditions en sont réunies et elle peut aussi conduire à l'action en résolution, voire en nullité, si l'inexécution est liée à la violation d'une des conditions de validité du contrat (cause ou objet du contrat ou défaut d'une formalité substantielle à la charge du débiteur...).

L'article 105 du Cocc ne dit pas autre chose, lorsqu'il permet au créancier de réclamer, en dehors des dommages et intérêts, l'exécution forcée ou la fin de la relation contractuelle par la résolution ou la résiliation. D'où est confortée l'opinion que l'action en exécution forcée n'est pas l'action en dommages-intérêts : les deux sont différentes et

méritent d'être traitées différemment<sup>78</sup>. La confusion entretenue en droit français par l'interprétation littérale de l'article 1142 du code civil n'a pas lieu d'être ici, dès lors que, du point de vue rédactionnel, on ne trouve pas l'équivalent de ce texte de droit français dans notre arsenal législatif et réglementaire.

## **2.2 Le droit spécial de l'exécution forcée du pacte de préférence**

C'est à l'occasion des dispositions sur le droit de préemption que le droit sénégalais des obligations traite du pacte de préférence. Il le considère comme source du droit de préemption d'origine conventionnelle qui est lui-même soumis aux règles des promesses de vente. « *Le droit de préemption d'origine conventionnelle résulte du pacte de préférence. Ce pacte est soumis aux règles des promesses de vente* » dispose l'article 319 du Cocc. La seule obligation expressément prévue dans le code est à l'article 320 qui impose au promettant, débiteur de l'obligation de préférence, « *de faire connaître au bénéficiaire sa décision d'aliéner et les conditions du contrat qu'il projette de passer avec un tiers* ».

Peut-on tirer de ces dispositions la possibilité d'une exécution forcée en cas de rétractation du promettant ? La lettre de l'article 326 Cocc spécialement consacré à la violation de la promesse de vente semble s'y opposer. De ce fait, le droit positif sénégalais s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence française qui n'y est pas du tout favorable. Même si, comme on l'a montré, des possibilités sont ouvertes par les décisions de justice admettant en France, la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur en cas de cession frauduleuse à un tiers, au mépris de l'engagement de préférence souscrit par le créancier<sup>79</sup>.

En réalité, si l'interprétation proposée du droit commun contractuel permet l'exécution forcée d'une obligation de faire<sup>80</sup>, tel n'est pas le cas de la lettre du droit positif de la vente, aussi bien dans les dispositions générales contenues dans la Cocc que dans les dispositions particulières relatives à la cession des actions dans les sociétés anonymes(1). L'espoir est permis avec le projet d'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui, non seulement reconnaît la validité des pactes statutaires et extrastatutaires entre actionnaires, mais attache des conséquences certaines,

---

<sup>78</sup> V. G. Viney, sous Cass.civ 14 février 2007 et 16 janvier 2007, RDC 2007, n°3, p.741.

<sup>79</sup> Jusqu'à une décision de sa chambre mixte en date du 26 mai 2006, la Cour de cassation française considérait qu'en cas de violation du pacte de préférence, si le bénéficiaire pouvait le cas échéant obtenir l'annulation de la vente consentie en fraude de ses droits dans l'hypothèse où il rapportait la preuve de la mauvaise foi du tiers acquéreur (Cass. 3e civ., 26 oct. 1982 : Bull. civ. 1982, III, n° 208), en revanche, il ne pouvait demander l'exécution forcée à son profit dudit pacte en exigeant que la vente lui soit consentie (Cass. 3e civ., 30 avr. 1997 : Bull. civ. 1997, III, n° 96 ; Dalloz 1997, p. 475). Cette jurisprudence a été confirmée et appliquée par un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 14 février 2007 (Cass. 3e civ., 14 févr. 2007, observations Gèneviève Viney, RDC 2007, n°3, p. 741.

<sup>80</sup> V. Ci-dessus.

en vue de leur effectivité, à la violation de ces pactes renfermant des obligations de préférence<sup>(2)</sup>.

### **2.2.1 L'exécution forcée d'un pacte de préférence dans le droit positif du contrat de vente**

Il est vrai que la lettre de l'article 326<sup>81</sup> du Cocc semble s'y opposer, mais il est tout à fait possible de passer outre par l'interprétation dynamique de l'article 105.

Dans le droit positif sénégalais, l'article 326 du Cocc prévoit la possibilité de sanctionner la violation de la promesse de vente par une action en dommages-intérêts ou par une action en nullité, mais à la condition que le tiers acquéreur ait été de mauvaise foi au moment de l'acquisition. De ces dispositions du droit sénégalais relatives aux modalités du contrat de vente, point d'exécution forcée en nature contre la rétractation du promettant. Il n'est juste tenu que d'informer le bénéficiaire sur la vente, et les conditions de cette vente à un autre que le bénéficiaire lui-même (article 320 ci dessus). L'analyste peut très vite être conduit à conclure que le promettant (débitur de l'obligation de préférence) ne peut être forcé à conclure le contrat de vente, s'il se décidait à révoquer sa promesse et que, tout au plus, il ne sera condamné qu'à des dommages-intérêts, si la violation de son obligation de préférence se révèle préjudiciable au bénéficiaire. Par ailleurs, en vertu de l'adage, « *speciali generalibus derogant* », il sera difficile de soutenir l'application des dispositions du droit commun des obligations, logées dans la partie générale du Cocc, à la promesse de vente qui est logée dans la deuxième partie du même Cocc sur les dispositions relatives aux contrats spéciaux.

Pourtant les arguments ne manquent pas qui plaident en faveur de l'exécution forcée des promesses de vente. Il n'est point besoin de qualifier l'obligation résultant du pacte de préférence d'obligation de nature mixte participant, à la fois, de l'obligation de faire et de l'obligation de donner<sup>82</sup>, pour justifier la condamnation du débiteur d'une telle obligation à l'exécution forcée en nature. Certes, l'article 326 prévoit deux possibilités de sanctionner la violation d'une promesse de vente<sup>83</sup>. Mais il y a lieu, à notre avis, d'y ajouter une troisième : l'exécution forcée. La première sanction, celle qui est normale, mais qui pose des difficultés de fondement ou d'interprétation, est la condamnation du promettant à des dommages et

---

<sup>81</sup> Article 326 du Cocc, Violation de la promesse de Vente : « *Si, malgré sa promesse, le promettant a vendu la chose à un tiers, le bénéficiaire peut lui réclamer des dommages et intérêts ; il ne peut poursuivre l'annulation du contrat contre le tiers acquéreur que s'il établit la mauvaise foi de ce dernier au moment de l'acquisition* ».

<sup>82</sup> V. Y. Reinhard, précité.

<sup>83</sup> « Si malgré la promesse, le promettant a vendu la chose à un tiers, le bénéficiaire peut lui réclamer des dommages et intérêts ; il ne peut poursuivre l'annulation du contrat contre le tiers acquéreur que s'il établit la mauvaise foi de ce dernier au moment de l'acquisition » article 326.



intérêts au profit du bénéficiaire<sup>84</sup>. La seconde forme de sanction, quant à elle, n'est possible que sous certaines conditions. Il s'agit de l'annulation de l'acte passé au mépris du droit de préférence. Cette sanction n'est pas automatique ; elle suppose établie la mauvaise foi du tiers cocontractant du promettant. Cette mauvaise foi existe, lorsqu'il y a une collusion frauduleuse entre ces deux derniers<sup>85</sup>. La troisième forme de sanction, l'exécution forcée, était interdite dans la jurisprudence française, au nom de la nature du pacte de préférence qui institue une obligation de faire insusceptible d'une exécution en nature. Il n'en va pas de même en droit sénégalais où certains textes peuvent servir de fondement à une telle sanction<sup>86</sup> et où, seule une impossibilité absolue peut permettre le recours à l'interdiction de l'exécution en nature.

Aussi, lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente de droits sociaux, il est difficile de soulever l'exception tirée de l'impossibilité d'exécution, car aussi bien la liberté intellectuelle que physique du promettant ne sont en cause.

### **2.2.2 L'exécution forcée d'un pacte de préférence dans les cessions d'actions en droit spécial des sociétés**

**Le droit positif : un vide juridique.** Il y a un vide législatif et réglementaire en ce qui concerne la question de l'exécution forcée des pactes de préférence dans le droit commercial sénégalais des sociétés. Même le discours doctrinal est rare<sup>87</sup>. Pourtant, dans la pratique, les clauses de préférence ne sont pas méconnues, car on les trouve aussi bien dans l'Acte uniforme (clauses de préemption par exemple) que dans les pactes statutaires ou extra statutaires de certaines sociétés commerciales et, surtout, des grandes sociétés du secteur structuré.

Sakho (1993), dans une thèse, préconisait déjà la nécessité de l'exécution forcée des pactes de préférences contenues dans les cessions d'actions<sup>88</sup>. En 2010, il reformulait cette même position en ces termes : « dès lors qu'un promettant d'un pacte de préférence s'engage avec un tiers au mépris de sa promesse, il y a possibilité, non seulement d'annuler

---

<sup>84</sup> Action en réparation fondée soit sur le droit classique de la responsabilité civile supposant la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité, soit sur l'action en exécution forcée hors de tout préjudice et que consacre l'article 105 Cocc. De ce fait l'article 326 serait une application de l'article 105 Cocc.

<sup>85</sup> V. article 326 Cocc. C'est cette interprétation que fait la Cour de cassation française dans la fameuse et célèbre décision de sa chambre commerciale en date du 27 mai 1986, précitée, annulation d'une cession de parts sociales intervenue en fraude d'un pacte de préférence.

<sup>86</sup> Voir l'interprétation que nous proposons de l'article 105, supra.

<sup>87</sup> V. cependant Abdoulaye Sakho, Les groupes de sociétés en Afrique, Droit Pouvoir et Dépendance économique, Karthala/Cres, 2010.

<sup>88</sup> Abdoulaye Sakho, Les groupes de sociétés et le droit, Contribution à la recherche sur la notion de pouvoir en droit privé, thèse, Dakar 1993.

les transactions litigieuses (aux torts du promettant si la mauvaise foi du tiers contractant n'est pas établie), mais également de prononcer, au titre de l'exécution forcée, la substitution du bénéficiaire du pacte à l'acquéreur évincé. C'est l'interprétation que nous proposons et qui nous semble plus conforme à l'esprit du droit des affaires fondé sur la sécurité des transactions »<sup>89</sup>. Par cette interprétation, il plaide pour que les pactes d'associés instituant un droit de préférence puissent constituer effectivement des moyens pour surveiller la prise de contrôle des sociétés africaines par les investisseurs étrangers que nos politiques économiques appellent de tous leurs vœux.

### **Le futur : les espoirs du projet de réforme du droit des sociétés commerciales**

Le législateur OHADA prépare la réforme du droit des sociétés et envisage d'aller dans le sens ci-dessus indiqué. Non seulement il admet la validité de tous les pactes d'actionnaires, mais il leur donne une très grande efficacité. Même si, en cas de violation du pacte par le promettant, la substitution du bénéficiaire du pacte de préférence au tiers acquéreur n'est pas expressément prévue dans le projet de texte, les bases d'une telle solution sont certainement jetées, et le juge d'un éventuel contentieux à ce sujet possède, à coup sûr, tous les éléments pour compléter l'efficacité des pactes de préférence par le biais de l'exécution forcée en nature qui ne devra plus être considérée comme une hérésie face au principe de la liberté contractuelle.

La validité des pactes d'actionnaires ne fait plus l'ombre d'un doute, car elle est expressément consacrée dans le texte de l'Acte uniforme par les articles 2 et 2-1 et par les nouvelles dispositions instituant, pour la première fois dans notre espace, la société anonyme simplifiée (SAS). Ces dernières bouleversent complètement le mode de fonctionnement « démocratique » de la société anonyme. Cette forme de société permet, par le pacte d'actionnaire que sont les statuts, d'aménager la gouvernance des sociétés à un point insoupçonné. Ainsi, un minoritaire peut détenir tous les pouvoirs de décision dans les assemblées générales ou disposer d'un droit de veto sur toutes les décisions importantes pour la société<sup>90</sup> :

- **article 2**, « *Les statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent Acte uniforme sauf dans les cas où celui-ci autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à*

---

<sup>89</sup> Les groupes de sociétés en Afrique, op. cit.

<sup>90</sup> Article 853-1. La société par actions simplifiée est une société instituée par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société sous réserve des règles impératives du présent livre. Les associés de la société par actions simplifiée ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et leurs droits sont représentés par des actions.

*substituer des clauses statutaires aux dispositions du présent Acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions du présent Acte uniforme. Est réputée non écrite toute clause statutaire contraire à une disposition du présent Acte uniforme ».*

- **article 2-1**, « *Sous réserve du respect des dispositions du présent Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées : les relations entre associés ; la composition des organes sociaux ; la conduite des affaires de la société ; l'accès au capital social ; la transmission des titres sociaux ».*

Par ces textes, les clauses statutaires et extrastatutaires sont validées dans les sociétés commerciales. Concernant spécialement les sociétés anonymes, il y a lieu de retenir que les clauses peuvent porter sur l'agrément des tiers, ce qui n'est pas nouveau, et peuvent aussi créer un droit de préemption au profit de tous ou d'une partie des actionnaires, ce qui est nouveau : **article 771-2**. « *Il peut être stipulé dans les statuts ou les conventions de l'article 2-1 ci-dessus que l'actionnaire qui entend céder tout ou partie de ses actions est tenu de le notifier à un ou plusieurs autres actionnaires, qui peuvent faire connaître au cédant qu'ils exercent un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés ».*

Ces pactes de préemption sont ceux qui instituent les engagements de préférence dont la violation pose problème quant à la sanction adéquate et, donc, à l'efficacité des pactes d'actionnaires. Aujourd'hui, le projet d'Acte uniforme a pris position de manière claire et nette en se prononçant sur la nullité de la violation de l'opération de cession effectuée en violation du pacte de préférence au profit d'un autre que la bénéficiaire du pacte : **article 771-3** « *Dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les statuts, toute cession d'actions réalisée en violation du droit de préemption est nulle. Dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les conventions de l'article 2-1 ci dessus, toute cession d'actions réalisée en violation du droit de préemption est nulle dès lors qu'il est démontré que l'un des bénéficiaires en avait connaissance ou ne pouvait en ignorer l'existence ».*

La nullité est de plein droit pour la violation des clauses statutaires de préemption. Et pour les clauses extra statutaires, elle s'obtient en établissant qu'au moins un des bénéficiaires du pacte ne pouvait ignorer son existence.

Mais est-il possible, pour le bénéficiaire du pacte, d'obtenir sa substitution à l'acquéreur? Le texte du projet ne le précise pas exactement, et on serait dans la situation où on peut obtenir une annulation sans être sûr d'obtenir la prestation attendue. Il est possible

de considérer que la question est ouverte et que toute latitude est offerte à l'interprète qui devra se garder de l'influence de la jurisprudence française qui n'a même pas encore fini son évolution et n'a donc pas encore arrêté une position définitive. Elle soumet la substitution du bénéficiaire à des conditions assez drastiques qui ont pu faire douter de la portée de l'arrêt de la chambre mixte de 2006<sup>91</sup>. Sans être obligé de passer par ces évolutions, le juge africain, saisi d'un contentieux relatif à la question, devra se prononcer en fonction de considérations propres aux textes applicables à la matière.

Au-delà des aspects techniques sur cette question de l'exécution forcée, se profilent plusieurs préoccupations qui ne sont pas loin de choix fondamentaux pour l'indépendance de l'Afrique contemporaine.

---

### **Abdoulaye SAKHO**

Agrégé des facultés de droit, Directeur de l'Ecole Doctorale des Sciences Juridiques, Politiques, Economiques et de Gestion (EDJPEG) de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Membre fondateur du Consortium pour la Recherche Economique et Sociale (CRES).

---

<sup>91</sup> « L'arrêt rendu par cette chambre mixte marque effectivement une évolution, mais qui, en l'espèce, demeure largement théorique. La Cour de cassation admet que « le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur », tout en subordonnant ce droit à une condition, celle « que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ». Si l'évolution jurisprudentielle est, en théorie, importante, en pratique elle l'est beaucoup moins, du fait de cette double preuve à rapporter ». Laurent Leveneur sous 26 mai 2006, JCP 2006 Ed. G. II, 10142.