

N°745/RC
N°1046/RG
N°623/JGT

PRESIDENT: FATOMA THERA

JUGES CONSULAIRES : Messieurs Bakary I. KEITA et Bourama MOUNKORO

GREFFIER: Madame KONARE Korotimi Bouaré

DEMANDERESSE : Entreprise Oumar KONARE, ayant pour conseil Maître Magatte SEYE ;

DEFENDERESSE : Banque Internationale Pour le Mali (BIM-SA), ayant pour conseil SCP DOUMBIA-TOUNKARA ;

NATURE : REDDITION DE COMPTE

DECISION : CONTRADICTOIRE

LE TRIBUNAL

VU les pièces du dossier ;

OUI les parties en leurs demandes, fins et conclusions ;

Par requête écrite en date du 24 Décembre 2007, l'Entreprise Oumar KONARE (EOK), ayant pour conseil Maître Magatte SEYE, Avocat à la Cour, a saisi le tribunal de céans d'une action aux fins de reddition de comptes avec la Banque Internationale Pour le Mali (BIM-SA) ; que celle-ci a dans le même contexte saisi la dite juridiction en réclamation de sommes ; que les parties ont fini par s'accorder autour d'une reddition de compte, la BIM-SA ayant fait de cette mesure l'objet de sa demande reconventionnelle ; que deux rapports ont été déposés ; le premier datant d'Août 2009 résultat des travaux d'un Collège d'Experts Comptables agréés Oumar KOUMA, Aliou KONATE et Siné DIARRA ; le second déposé le 20 Avril 2011, est une contre expertise élaborée par l'expert comptable Abdourhamane TOURE ;

Attendu que le premier rapport issu des travaux d'un Collège d'Experts comportent deux conclusions marquées par des approches et des résultats différents ; que les Experts Oumar KOUMA et Aliou KONATE sont parvenus aux conclusions suivantes :

« Au terme de nos travaux à la date du 21 Mai 2008, date du jugement N°267/ADD-08 retenue comme date d'arrêté des comptes, les engagements de l'Entreprise Oumar KONARE en faveur de la BIM-SA totalisent le montant de 922.229.654 FCFA = (644.448.827 + 277.780.827), soit 644.448.827 FCFA de concours divers restés impayés et 277.780.827 FCFA d'engagements sur signature de cautions dont la main-levée n'est pas encore obtenue ; toute fois, il conviendrait de

préciser que le montant 644.448.827 FCFA de concours divers restés impayés comprend des intérêts totalisant le montant de 20.205.109 FCFA et des commissions et frais sur caution totalisant le montant de 140.738.491 FCFA ; la BIM-SA ne nous a pas fourni les éléments permettant de vérifier les commissions et frais sur caution et les intérêts et frais sur avances en compte et les intérêts de différés ; nous n'avons donc pas pu nous assurer du bien fondé des intérêts totalisant les montants de 20.205.109 FCFA et des commissions de frais sur cautions totalisant 140.738.491 FCFA, nous laissons ces éléments à l'appréciation du tribunal ; si ces intérêts totalisant le montant de 20.205.109 FCFA et ces commissions et frais sur cautions totalisant 140.738.491 FCFA ne sont pas retenus en faveur de la BIM-SA, le montant des engagements de l'Entreprise Oumar KONARE (EOK) en faveur de la BIM-SA seront ramenés à $761.286.054 \text{ FCFA} = (922.229.654 - 20.205.190 - 140.738.491)$ » ; que l'Expert Siné DIARRA s'est démarqué des deux premiers et a conclu ainsi qu'il suit : « sur la base de l'analyse documentaire, il ressort que sur les prétentions de la Banque apparaissant sur la situation finale dressée par elle-même, soit 346.183.858 FCFA, les montants des cautions de 277.780.827 FCFA de ETEP, 27.210.825 FCFA de ETEP, 33.000.000 FCFA de SEMOS, 23.857.991 FCFA de SEMOS soit un total de 361.849.643 FCFA ne sont plus justifiés, puisque ces garanties comptabilisées en engagement hors bilan ne seront plus jamais des dettes certaines que la Banque paierait du fait de la défaillance de la personne garantie (EOK) ; EOK resterait débitrice envers la BIM-SA de $659.043.006 - (636.096.669 + 6.686.886 + 294.460 = 643.077.215)$ soit $- 15.965.791 \text{ FCFA}$; qu'en outre, les contestations par EOK de prélèvements opérés sur le compte, notamment les intérêts, commissions, agios et frais n'ont pas été justifiés par la Banque pour 165.816.110 FCFA ; ainsi, il ressort que la BIM-SA doit à EOK le montant de 181.781.901 FCFA ; en revanche par rapport au recouvrement de ses créances (985.414.445 et 144.153.782) sur ETEP, EOK détient une décision de justice (ordonnance N°373 en date du 11 Mai 2004) du Président du tribunal de commerce de Bamako autorisant EOK à pratiquer une saisie sur le compte de ETEP ouvert dans les livres de la BIM-SA à hauteur de 1.162.194.761 CFA » ;

Attendu que la contre expertise conduite par l'expert comptable Abdourahamane TOURE a abouti aux conclusions suivantes :

1°) L'Entreprise EOK doit à la BIM-SA la somme de 626.734.944 FCFA montant obtenu ainsi qu'il suit : soldes débiteurs des comptes (page 17 rapport Oumar KOUMA et Aliou KONATE) = $644.448.827 - (511678 + 17.202.205 \text{ opérations non justifiées}) = 626.734.944 \text{ FCFA}$;

2°) Le reliquat de la caution de 277.780.827 FCFA a été effectivement payé par la BIM-SA à ETEP au vu des relevés bancaires des entreprises EOK et ETEP ; dans les conditions normales la BIM-SA est subrogée

dans les droits de ETEP et c'est bien à ce titre que le compte de l'entreprise EOK a été débité ; il appartient au tribunal de se prononcer au vu des débats sur la conséquence juridique du paiement à première demande effectué par la BIM-SA à ETEP alors même qu'elle avait connaissance du litige qui opposait les Entreprises EOK et ETEP et mieux ce litige porte sur le même objet que la caution ;

3°) La saisie faite par l'Entreprise EOK sur le compte de ETEP signifiée à la BIM-SA est de nature conservatoire et en la matière, la BIM-SA s'est conformée à la loi (article 161 de l'Acte Uniforme de l'OHADA sur les Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution) en indiquant le solde du compte ETEP à l'Entreprise EOK ;

4°) Enfin, pour une meilleure compréhension du dossier, les points suivants relevés paraissent significatifs :

- Le marché de sous-traitance passé entre EOK et ETEP porte sur un montant global de 3.358.959.304 FCFA ; le délai d'exécution réel et les modalités de paiement ne sont pas suffisamment précisés alors même que la caution aurait un lien avec ces deux éléments ;
- L'avance de démarrage prévue à la clause N°08 du contrat est effectivement de 671.791.865 FCFA ; en se référant aux mains levées qui sont successivement de 285.000.000 FCFA et 109.011.038 FCFA soit 394.011.038 FCFA, on est en droit de s'attendre à une facturation de 1.970.055.190 FCFA, ce qui ne ressort pas des dossiers fournis par les deux parties ; où sont passées ces facturations et qu'en est-il de leur encaissement ?
- La clause 8 stipule : « le paiement effectif de l'avance aura lieu après encaissement effectif de l'avance de démarrage accordée par le Maître d'ouvrage à ETEP ; or, des relevés bancaires, nous avons compris que l'Entreprise a encaissé 150.000.000 FCFA le 31/07/2002 payés par ETEP et 450.389.318 FCFA le 27/09/2002 par escompte de traites tirées sur ETEP, acceptées et avalisées par la BIM-SA ; le montant réellement encaissé est donc de 600.389.318 FCFA soit une différence de 71.402.547 FCFA par rapport au montant initial ; or, la même BIM-SA indique dans la caution que « la présente caution entre en vigueur à compter de la date de réception de l'avance sur le compte N°211-36008387-1 et fera l'objet de main levées successives à l'occasion de chaque remboursement » ; est ce à dire que la caution n'est pas encore entrée en vigueur à ce jour ?
- A ce jour, l'Entreprise EOK ne nous a pas transmis ses Etats financiers disons, la situation du compte BIM-SA dans les livres comptables de EOK malgré les multiples relances écrites ou verbales ; la BIM-SA de son côté ne dispose pas d'Etats financiers de l'Entreprise EOK dans ses dossiers ceci paraît étrange car les Etats financiers auraient permis de situer le solde comptable de la BIM-SA dans les livres de l'Entreprise EOK ;

Attendu que la BIM-SA demande sur le fondement du rapport de la contre expertise et sur ceux des experts KOUMA et KONATE la condamnation de EOK au paiement de la somme de 936.364.437 FCFA et celle de 100.000.000 FCFA à titre de dommages et intérêts ainsi que l'exécution provisoire de la décision à intervenir ; que l'entreprise EOK soutient en ce qui la concerne qu'elle ne reconnaît devoir aucun montant à la BIM-SA que bien au contraire celle-ci lui a imputé de façon irrégulière la somme reliquataire de l'avance de démarrage d'un montant de 277.780.827 FCFA alors qu'elle savait que ETEP lui devait une facture de 1.162.194.761 FCFA et que des poursuites tendant au recouvrement de sa dette étaient engagées contre ETEP à son niveau; que le tribunal retiendra qu'elle n'a pas été défaillante et que par conséquent la caution ne pouvait être mobilisée ; qu'elle sollicite qu'il plaise au tribunal lui accorder l'entier bénéfice de ses écritures du 20 Mai 2010 et dire que le débit de 277.780.827 FCFA imputé à elle par la BIM-SA est irrégulier et sera supporté par la BIM-SA ; Dire que le reste de la créance de la BIM-SA sera déduit du montant de la facture de 1.162.194.761 FCFA de EOK sur ETEP dont saisie entre les mains de la BIM-SA et pour le reliquat lui être versé; qu'elle sollicite qu'il plaise au tribunal condamner la BIM-SA au paiement de la somme de 1.439.975.588 FCFA déduction faite de la créance éventuelle de la BIM-SA sur elle ; qu'elle sollicite en outre la condamnation de BIM-SA à lui verser la somme de 100.000.000 FCFA à titre de divers frais et de dommages et intérêts ainsi que l'exécution provisoire de la décision à intervenir ;

MOTIFS DE LA DECISION

Attendu qu'en l'espèce il est constant que l'Entreprise des travaux et d'Etudes de projets ETEP (Entreprise de Droit Tunisien) a été adjudicataire du marché de construction de la route bitumée Bamako-Naréna ; qu'elle a sous-traité avec l'Entreprise Oumar KONARE (EOK) pour un montant de 3.358.959.304 FCFA ; que c'est dans cette contexture que EOK est entrée en relation d'affaires avec la BIM-SA chez laquelle elle a domicilié l'ensemble de ses paiements au titre du contrat de sous-traitance, avec ETEP et d'autres marchés tel que celui de SEMOS (construction de route); que pour le démarrage des travaux sous-traités à EOK, celle-ci a obtenu de ETEP une avance de démarrage de montant 671.791.865 FCFA par traites avalisées contre une caution bancaire d'un montant équivalent délivrée par la BIM-SA ; qu'il est également constant que le sous-traitant a produit des factures acceptées par son cocontractant ainsi que l'attestent les main-levées partielles intervenues ; que le non règlement par ETEP des factures présentées par

EOK, la mobilisation de la caution par la BIM-SA et la réclamation par celle-ci à EOK des engagements de trésorerie et des engagements par signature de montant respectif 657.457.961 FCFA et 334.638.818 FCFA aboutissaient à la présente procédure judiciaire, la juridiction saisie devant se prononcer sur le solde définitif entre EOK et la BIM-SA ; quid de dommages-intérêts réparateurs de préjudices ?

Attendu que l'examen et l'analyse des travaux présentés par les experts ont permis de relever que les résultats des travaux présentés par l'expert Siné DIARRA présentent des points de similitude avec le rapport de contre expertise de l'expert Aboudrahamane TOURE dans sa partie terminale à savoir le point (4) de la conclusion, où de nombreuses interrogations sont faites au sujet des facturations et des cautions ; qu'en effet, les éléments et données globalement retenus sont les suivants :

Des documents produits par la BIM-SA il ressort que EOK a ouvert le compte le 16 Mai 2002 à ce jour, le concours de la BIM-SA à EOK s'est élevé à 1.566.587.249 FCFA décomposé en caution pour 769.971.865 FCFA et en crédits de trésorerie 670.815.526 FCFA ;

- La caution d'avance de démarrage du marché de 671.791.865 FCFA est constatée par acte notarié daté du 28 Septembre 2005 pour un montant de 671.790.000 FCFA pour une durée de 12 mois ; la caution de 65.000.000 FCFA est une caution d'avance de démarrage sur le marché de SEMOS mise en place par la BIM-SA le 14 Décembre 2004 suite à une demande exprimée par EOK le 15 Décembre 2004. la caution de 33.000.000 FCFA est une caution de bonne fin d'exécution du marché de SEMOS mise en place le 14 Décembre 2004 ; par la BIM-SA sur la demande de EOK ;

Les prélèvements opérés sur le compte N°00036008387-36 de EOK au titre des remboursements s'élèvent à 435.153.047 FCFA cela signifie que EOK a été défaillante et que la Banque a payé son client à sa place. Ce qui a conduit le reclassement des écritures de « hors bilan » en dettes certaines. La Banque n'a produit aucun document attestant la défaillance de EOK en justification de ces remboursements ; or, en dehors de preuves la réalité des écritures comptables n'est pas établie ; que s'agissant des crédits de trésorerie la Banque n'a pas communiqué de pièces justificatives de mise en place du concours de 642.096.669 FCFA en dehors de la lettre de demande de consolidation de EOK. Elle évoque la consolidation des impayés sans préciser et justifier quelles sont les dettes qui sont consolidées, elle n'a pas communiqué concrètement :

- La demande d'EOK justifiant le concours de trésorerie ;
- La réponse positive de la Banque ;
- La convention de trésorerie dans laquelle les modalités de remboursements sont précisées ;

que la Banque n'a pas fourni de justificatifs servant de supports de son écriture (tableau de remboursement faisant ressortir les impayés, les documents de relance constatant les impayés, grand livre du compte des impayés etc.) et a renvoyé au « dispositif prudentiel applicable aux Banques et aux Etablissements Financiers de l'UEMOA à compter du 1^{er} Janvier 2000. Les réclamations de la BIM-SA sont donc celles qui ressortent de son document du 5/12/2008 intitulé « position des comptes clients » soit un montant de 346.183.853 FCFA ; l'examen du relevé de EOK communiqué par la BIM-SA a permis de retrouver l'encaissement effectif du montant de l'avance de démarrage au crédit du compte de EOK pour un montant de 450.389.318 FCFA ; les factures de 985.414.445 FCFA et 144.153.782 FCFA totalisant 1.129.568.277 FCFA devraient permettre à EOK de rembourser intégralement le montant de l'avance de démarrage 671.971.865 FCFA ; la défaillance de EOK n'est plus probable et l'engagement hors bilan égal au montant de l'avance devient sans objet pour son intégralité. La Banque ne garantit plus rien, EOK n'ayant pas été défaillante. D'où les "Mains levée partielles" de 285.000.000 FCFA et 109.011.038 FCFA suite à l'acceptation des factures de 985.414.445 FCFA et 144.153.782 FCFA, que pour les cautions de SEMOS le même raisonnement s'applique. Il n'apparaît pas dans les comptes le montant de 65.000.000 FCFA que SEMOS aurait versé à EOK et que la BIM-SA a cautionné mais plutôt un crédit directement accordé à EOK. " Les mains levées partielles" de SEMOS de 21.102.772 FCFA, 9.153.592 FCFA et 29.885.645 FCFA ont ramené ce montant à 23.857.991 FCFA EOK a produit des PV de réception provisoire attestant la livraison des travaux, l'engagement hors bilan ne serait plus jamais un compte de bilan. En l'absence de documents exprimant l'appel de la caution de bonne fin d'exécution par SEMOS ce montant de 33.000.000 FCFA ne fait pas parti des encours ;

Attendu que sur ces points les réponses données par SEMOS aux experts KONATE et KOUMAH sont édifiantes, les mains-levées ont été délivrées mais n'étaient pas parvenues à la BIM-SA par les soins de SEMOS ; que par lettre datée du 03 Juin 2009 SEMOS affirme avoir accordé depuis le 18 Juin 2006 main-levée totale 100% des deux cautions de la BIM en faveur de EOK ; qu'en ce qui concerne les commissions, frais de caution d'un montant de 166.619.908 FCFA la Banque n'a pas produit les éléments qui permettent d'en apprécier le bien fondé et de les justifier, le même raisonnement est articulé par les experts KONATE et KOUMAH en ces termes « nous n'avons pas pu nous assurer du bien fondé des intérêts et frais sur avances en comptes et des intérêts de différés calculés et débités sur les comptes de l'Entreprise Oumar KONARE pour 20.205.109 FCFA et des commissions et frais sur cautions pour 140.738.491 FCFA ». ces experts ont alors envisagé l'exclusion de ce montant des encours ;

Attendu que compte tenu des éléments ci-dessus spécifiés le rapport Siné DIARRA conclut que la BIM-SA doit à EOK le montant de 181.781.901 FCFA soit $659.043.006 - (636.096.669 + 6.686.086 + 294.460 = 643.077.215)$, soit - 15.965.791 ; qu'à ce montant, il faut ajouter la somme de 165.816.110 FCFA représentant les prélèvements opérés sur le compte EOK notamment les intérêts et commissions, agios et frais non justifiés par la Banque ;

Attendu qu'en récapitulant on relève des travaux d'expertise que le délai d'exécution réel et les modalités de paiements ne sont pas suffisamment précisés dans le marché de sous-traitance ; que l'absence de ces deux éléments est de nature à affecter la mise en œuvre régulière de la caution avance de démarrage ; que dans la même perspective, l'acte intitulé "caution avance de démarrage" N°218/2002 du 13 Mai 2002 ne comporte aucune mention relative à un paiement à première demande ; qu'il s'agit d'une caution solidaire et non d'une garantie autonome au sens de l'article 40 de l'Acte Uniforme portant Organisation des sûretés qui seule crée des engagements autonomes distincts des conventions actes et faits susceptibles d'en constituer la base ; que de plus, l'acte intitulé caution avance de démarrage ne respecte pas les exigences de forme imposées par l'article 41 de l'AUS sous peine de nullité ; que c'est pourquoi le paiement du reliquat de la caution soit 277.780.827 FCFA n'est pas justifiée, l'entreprise EOK n'ayant pas été défaillante et avait régulièrement opéré une saisie conservatoire de créance sur les avoirs de ETEP entre les mains de la BIM-SA Banque de la place ;

Attendu que le tribunal relève des travaux des experts que les engagements de trésorerie ne sont adossés sur aucun support ; que les commissions et frais prélevés au titre des cautions ne sont pas non plus justifiés ; que l'ensemble de ces données permettent de retenir que les résultats dégagés par l'expert Siné DIARRA sont pertinents et crédibles et traduisent la situation comptable réelle entre EOK et la BIM-SA en raison des éléments et des recoupements qu'ils partagent avec les autres travaux y compris ceux de la contre expertise ; qu'il convient dès lors de dire et juger que la BIM-SA doit à EOK la somme de 181.781.901 FCFA ainsi que cela a été dégagé par le rapport d'expertise de Août 2009 (page 23) dans les conclusions de l'expert Siné DIARRA ;

Sur l'Exécution Provisoire

Attendu qu'en matière de travaux publics et de sous-traitance les règles et les procédures doivent être respectées pour préserver l'évolution normale du chantier; que la mauvaise foi du sous-traitant et de la BIM-SA ont affecté le fonctionnement et le dénouement normal des opérations ; que l'entreprise EOK a besoin de ses fonds et de se relever d'un contentieux injustifié et qui dure depuis 2002 ; qu'au regard de ces

éléments la mesure de l'exécution provisoire sollicitée par EOK sur le fondement des dispositions de l'article 531 du CPCCS est justifiée ;

PAR CES MOTIFS

TRIBUNAL

Statuant publiquement contradictoirement en matière commerciale et en premier ressort ;

En la forme : Reçoit la demande de l'Entreprise Oumar KONARE (EOK) ;

Au fond : Dit et juge que la BIM-SA doit à l'Entreprise Oumar KONARE la somme de 181.781.901 FCFA, la condamne au paiement de la dite somme, ordonne l'exécution provisoire du présent jugement nonobstant l'exercice des voies de recours ;

Condamne BIM-SA aux dépens.

Ainsi fait, jugé et prononcé publiquement par le tribunal de céans les jour, mois et an que dessus.

ONT SIGNE LE PRESIDENT ET LE GREFFIER