

L'OHADA ou la sécurisation du droit des affaires en Afrique.

Par CHARLES ETONDE.

INTRODUCTION

Confrontés à la mondialisation qui permet l'universalisation des marchés et est favorable à la libéralisation des échanges, les pays africains ont voulu apporter leur pierre à l'édifice. Cela est légitime quand on sait que la mondialisation a des aspects inévitables auxquels il est vain de s'opposer¹. Parmi ces aspects, on peut noter, comme le signale un auteur, la compression du temps et de l'espace². Pour exprimer leur implication dans la mondialisation, ceux-ci doivent se doter des moyens leur permettant de participer pleinement à la mondialisation des marchés pour ne pas rester écartés des flux mondiaux du commerce et d'investissement (l'Afrique représente actuellement moins de 2,4% de la part des échanges mondiaux).

Même si, grâce à l'activité du FMI et de la Banque Mondiale (deux institutions créées par les pays occidentaux en juillet 1944 au sortir de la Seconde Guerre Mondiale lors de la conférence de Bretton Woods) et notamment leurs programmes de réformes économiques qui ont pour objectif la stabilisation macro économique et la libéralisation du commerce et du régime des échanges (avec cependant des effets sociaux assez désastreux pour les populations, certains pays africains ont enregistré des taux de croissance du PIB de plus de 3,5%, on ne peut pas pour autant dire qu'ils soient sur le point de diminuer leur niveau de pauvreté.

Les africains doivent promouvoir une coopération et une intégration économique régionales car mondialisation et régionalisation sont des faits de la vie³ ce qu'ont très bien compris d'autres pays des autres continents. En effet, on peut voir un peu partout ailleurs dans le monde de plus en plus de regroupement d'Etats en vue de créer une union économique, monétaire ou commerciale.

¹ Jacqueline LOHOUES-OBLE, *L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique*, Revue internationale de droit comparé, Mars 1999

² G. LALAY, *Comprendre la mondialisation*, Economica, 1996, p.38

³ Jacqueline LOHOUES-OBLE, op.cité précédemment

On peut citer, à titre d'exemple le Mercosur en Amérique du Sud (accord de libre-échange fondé en mars 1991 qui regroupe le Brésil, l'Argentine, l'Uruguay, le Paraguay, le Chili et la Bolivie), ou encore l'Union Européenne qui a quinze membres actuellement et a pour mission de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques, une croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement, un niveau d'emploi et de protection sociale élevés.

On peut encore citer l'ALENA qui regroupe le Mexique, le Canada et les Etats-Unis qui vise à favoriser l'accroissement des échanges commerciaux et des investissements entre les pays signataires et qui renferme non seulement un programme ambitieux d'élimination des tarifs douaniers et de réduction des barrières non tarifaires, mais aussi des dispositions explicites sur la conduite des affaires dans la zone de libre-échange.

En ce qui concerne l'Asie, on peut citer l'ANASE créé en 1967 à Bangkok par l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, Singapour et la Thaïlande, le Brunei, le Vietnam, le Laos, le Myanmar et le Cambodge. L'ANASE a été mis en place pour les raisons suivantes : accélérer la croissance économique et le développement social et culturel de la région en s'engageant dans des projets communs dans un esprit d'égalité et de partenariat en vue de donner des assises solides à la communauté des Nations du Sud-Est pour que celle-ci devienne prospère et pacifique et promouvoir la paix et la stabilité régionale en respectant la justice et la loi dans ses interactions avec les pays de la région ainsi que les principes contenus dans la charte des Nations unies.

On peut certes remarquer qu'une volonté d'intégration a toujours existé en Afrique, nous en voulons pour preuve les multiples organisations qui ont pu voir le jour. On a vu des regroupements par zone géographique avec par exemple pour l'Afrique septentrionale ou encore la CEPGL pour les pays du Grand Lac. On a également vu des regroupements (en fait des organisations spécialisées) créés sur des bases monétaires comme l'UDEAC ou l'UEMOA et sur des bases financières comme la BAD et la BEAC, ces dernières institutions regroupant les seuls Etats de la zone CFA.

Une intégration juridique a même vu le jour avec une harmonisation structurée des législations sociales à travers la convention générale de sécurité sociale de l'OCAM destinée à assurer la coordination des systèmes de sécurité sociale des Etats membres, la création de la CIPRES qui a pour principal but l'harmonisation de la définition des risques

couverts, des bénéficiaires de la couverture et des prestations ainsi que la CIMA pour le droit des assurances; de même, en matière de propriété industrielle a été créé l'OAPI qui institue une administration unique de la propriété intellectuelle et une législation unique dans ce domaine.

Devant une telle pluralité d'organisations, l'OUA⁴(remplacée le 10 juillet 2002 par l'Union Africaine⁵) avait projeté un plan d'action débouchant sur une fusion de toutes les organisations régionales d'intégration économique existantes en une seule de dimension continentale, la CEA (Communauté Economique Africaine) créant un marché unique qui serait opérationnel d'ici 2025⁶.

Mais, dans l'attente de ces objectifs qui ne devront pas être atteints de sitôt, les Etats africains membres de la zone franc, parce qu'ils ont une langue commune, le français, et une tradition juridique et judiciaire quasi identique ont voulu se réunir sur ce plan afin de créer un environnement propice aux activités économiques.

Lors de leur accession à l'indépendance dans les années 60, les pays de la zone franc partageaient un même héritage juridique, fondé sur le Code civil français de 1804, le Code de commerce français de 1806 et la loi française sur les sociétés commerciales de 1807.

Cependant, trente ans plus tard, la diversité s'était installée car tous les pays n'avaient pas consacré les efforts nécessaires à l'adaptation de leur législation au contexte social et économique de l'Afrique du XXI^e siècle⁷ et surtout aux exigences actuelles du commerce international. Le morcellement de l'héritage juridique français ne pouvait que constituer un frein aux efforts d'intégration et au développement économique de la région.

Les investisseurs étaient sans cesse confrontés aux législations hétérogènes. Ils étaient à la merci d'un environnement martelé par une instabilité juridique et judiciaire aux conséquences souvent catastrophiques pour eux et par conséquent, pour les pays qui les accueillent. Un auteur a défini l'insécurité juridique comme étant la situation d'incertitude dans laquelle peut se trouver un opérateur économique sur l'issue d'une éventuelle procédure à laquelle il

⁴ Tous les pays du continent africain y participent, l'Afrique du Sud en était cependant écartée jusqu'à l'abolition de l'apartheid.

⁵ L'OUA a été créée le 25 mai 1963 à Addis-Abeba. Son dernier sommet a eu lieu le lundi 9 juillet 2002.

⁶ Maurice GLELE-AHANHANZO, *Introduction à l'Organisation de l'Unité Africaine et aux organisations régionales africaines*, LGDJ, 1986

⁷ Julie PAQUIN, *Le projet de l'OHADA*, Journal du barreau du Québec, 2001

pourrait être partie et son impuissance à infléchir le cours de la justice dans le sens de l'équité si besoin était. Quant à l'insécurité judiciaire, elle se manifeste, selon lui, par la dégradation de la façon dont la justice est rendue dans ces pays : des décisions contestables, des décisions en délibérés depuis des années, l'accueil de moyens dilatoires, les renvois à répétition qui finissent par décourager les demandeurs de bonne foi⁸. Quant aux opérateurs économiques, ils avaient coutume de dénoncer une situation qui leur était préjudiciable. Celle-ci était caractérisée par la coexistence de textes contradictoires, par la lenteur des procédures, par l'imprévisibilité des tribunaux, la corruption des systèmes judiciaires et les difficultés d'exécution des décisions.

Ces imperfections ne faisaient que repousser les investisseurs étrangers, français notamment, tout en lésant les entrepreneurs africains. Il est donc indéniable que la balkanisation juridique⁹ et l'insécurité judiciaire constituaient une entrave réelle au développement économique. L'harmonisation du droit des affaires et l'amélioration des systèmes judiciaires étaient donc considérées comme nécessaires pour restaurer la confiance des investisseurs, faciliter les échanges entre les pays et développer un secteur privé performant¹⁰. L'harmonisation du droit des affaires constituait pour ces pays une nécessité pour créer les conditions favorables à l'instauration d'un espace de sécurité juridique et judiciaire indispensable pour drainer d'importants investissements. L'harmonisation du droit des affaires en Afrique va permettre de favoriser le développement économique et financier des Etats membres, ce qui permettra la création d'un nouveau pôle de développement en Afrique. A cet effet, ces pays de la zone franc ont créé l'OHADA.

L'OHADA est le fruit d'une longue et vaste réflexion. Il est issu d'une prise de conscience collective de ces Etats qui ne voulaient pas rester en marge des grandes mutations économiques actuelles¹¹ et du constat amer fait par les opérateurs économiques désireux d'investir en Afrique. A l'intégration économique (un seul espace économique) doit correspondre l'intégration juridique (un seul espace juridique). La libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux que suppose une intégration économique achevée aboutit à un élargissement de l'espace économique pour chaque personne et chaque entreprise. La conquête des marchés extérieurs que postule l'intégration économique se réalise nécessairement grâce aux instruments juridiques empruntés principalement au droit

⁸ Philippe TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, PUF, 2001, Collection Que sais-je ?

⁹ Philippe TIGER, op cit.

¹⁰ Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, *Présentation de l'OHADA*

des affaires¹². L'emploi de tels instruments sera d'autant plus commode pour les acteurs économiques qu'ils sont conçus et utilisés dans les mêmes conditions dans tous les pays concernés par cette intégration.

L'intégration juridique qui n'est rien d'autre que le transfert de compétences juridiques étatiques d'un Etat à une organisation dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales¹³ peut s'élaborer de deux manières différentes. Elle est, d'une part, possible grâce à l'uniformisation des législations nationales. Dans cette optique, on voit s'effacer les différents droits nationaux devant un texte unique, rédiger en des termes identiques pour tous les Etats concernés par ce processus d'intégration. L'uniformisation peut être exercé de manière souple en proposant aux parlements nationaux un texte unique préparé par une institution internationale. Cela ménage quelque peu les souverainetés nationales car ce sont les parlementaires qui sont sensés voter les règles qui dirigent la vie en société mais, cela est néanmoins dangereux car on peut risquer de voir le texte déformé par diverses procédures parlementaires telles l'amendement, la modification pure et simple du texte ou son abrogation.

D'autre part, l'intégration est possible grâce à l'harmonisation des législations. Cette dernière technique consiste à mettre en accord des dispositions d'origine différente, plus spécialement à modifier des dispositions existantes afin de les mettre en cohérence entre elles ou avec une réforme nouvelle. L'harmonisation tend à respecter le particularisme des législations des Etats membres tout en tâchant de réduire les différences et autres divergences entre elles¹⁴. Ce résultat s'obtient grâce à des techniques juridiques douces telles que les directives ou les recommandations qu'une organisation internationale adopte et adresse à ses Etats membres. Les directives et recommandations se bornent à indiquer le résultat à atteindre sans imposer la forme et les moyens pour y parvenir si ce n'est que la norme qui sera prise devra être suffisamment contraignante en droit interne¹⁵. L'harmonisation peut également instituer une coordination entre ces différentes législations et une coopération entre les organismes chargés de les appliquer¹⁶.

¹¹ Déjà évoqué plus haut avec le MERCOSUR ou l'ALENA

¹² Joseph ISSA-SAYEGH, *L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc*, RJC, 1999, p. 237 et s.

¹³ *Vocabulaire Juridique Capitaine*, voir Intégration, Harmonisation et Uniformisation

¹⁴ Joseph ISSA-SAYEGH, *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple de l'OHADA*, ohada.com

¹⁵ On peut citer comme exemple d'harmonisation l'Union Européenne.

¹⁶ Joseph ISSA-SAYEGH, op. cit.

Dans le Traité OHADA, on emploie le terme harmonisation mais la quasi totalité de la doctrine est d'accord sur le fait que l'OHADA permet en fait une uniformisation des législations des Etats membres¹⁷.

Tout a commencé en avril 1991 à Ouagadougou (Burkina Faso) lors de la réunion des Ministres des finances de la zone franc autour de l'idée qu'il fallait améliorer l'environnement juridico-judiciaire des entreprises nationales et étrangères. Puis, en octobre, à Paris, lors d'une autre réunion des ministres de la zone CFA, la France, principal appui économique de ces pays a accepté de soutenir financièrement une mission chargée d'étudier un projet d'harmonisation du droit des affaires de ces pays.

Cette mission, dirigée par Keba Mbaye¹⁸, a sillonné les différents pays de mars à septembre 1992 afin d'informer les autorités locales des principes essentiels du projet et recueillir leurs réactions et observations.

Le rapport de cette mission fut présentée aux ministres des finances des différents Etats lors de leur réunion du 17 septembre 1992 et approuvé par ceux-ci. Lors de la conférence des chefs d'Etats et des délégations de France et d'Afrique tenue à Libreville, au Gabon, le Président sénégalais Abdou Diouf¹⁹ a dégagé l'économie de ce rapport qui visait pour l'essentiel à améliorer l'environnement juridique et judiciaire des entreprises. Les chefs d'Etats concernés vont adopter le projet d'harmonisation de leur droit des affaires et décider de sa mise en œuvre immédiate en demandant à leurs ministres des finances et de la justice d'en faire une priorité absolue.

Le projet d'harmonisation vise certains points précis tels que la mise à la disposition de chaque Etat de textes juridiques simples, clairs et techniquement performants, la facilité des échanges internationaux, la communication et le transfert des techniques modernes de gestion d'entreprises, la restauration d'un climat de confiance ainsi que la préparation de l'intégration économique.

Pour parvenir à cette fin et mener à bien cette tâche, il a fallu au préalable recenser toutes les matières pouvant être harmonisées déjà listées dans le rapport du Président Diouf, à savoir : le statut juridique des commerçants et des entités ayant une activité économique, le droit des

¹⁷ Kéba MBAYE, Pascal AGBOYIBOR, Joseph ISSA-SAYEGH, Jacqueline LOHOUES-DOUBLE, Alain FENEON...

¹⁸ Juriste sénégalais, ancien vice-président de la Cour Internationale de Justice de La Haye.

sociétés, le droit des transports, le droit de la vente des marchandises, le droit des sûretés, le droit du recouvrement des créances, le droit des procédures collectives, le droit de la concurrence, le droit de l'arbitrage et le droit du travail.

Par ailleurs, sous les auspices d'un directoire, des experts vont dans un premier temps procéder à l'inventaire exhaustif et comparatif des textes existant dans les Etats puis, élaborer les avants-projets d'harmonisation. Ce procédé a ainsi permis aux experts de réduire les écarts entre les différents textes et trouver des formulations juridiques simples et modernes.

Les 19 et 20 avril 1993 à Abidjan, au cours d'un colloque qui réunit autour du projet d'harmonisation près de 400 personnes parmi lesquelles les opérateurs économiques et les acteurs du monde juridique et judiciaire, la technique de préparation des textes sera testée.

A l'issue de ce colloque, il sera constitué dans chaque Etat une commission nationale chargée d'examiner les projets de textes et présenter des observations et critiques.

Le Traité, condition préalable de la mise en œuvre du projet d'harmonisation, sera préparé par le directoire et examiné à Libreville en juillet 1993 par les ministres de la justice. Après des discussions approfondies, remarques et amendements, celui-ci sera finalement adopté le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice) lors d'un sommet de la francophonie.

Il sera signé par 14 Etats : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte-D'ivoire, le Gabon, la Guinée, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Ils furent ensuite rejoints par la Guinée Bissau et la Guinée Equatoriale. Ainsi naquit l'OHADA qui sera composée de quatre institutions : le Conseil des Ministres de la justice et des finances, le Secrétariat Permanent, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature.

Le droit OHADA est certes nouveau mais rassure déjà. L'objectif de l'OHADA est clairement le renforcement de la sécurité juridique et judiciaire du droit des affaires. Mais, comment l'OHADA va-t-elle pouvoir atteindre cet objectif ? Nous tâcherons de répondre à cette question en étudiant les moyens que les moyens mis en place pour obtenir la sécurisation juridique (Première Partie) et judiciaire (Partie Seconde) du droit des affaires en Afrique.

¹⁹ Remplacé à cette fonction par Abdoulaye Wade suite aux dernières élections présidentielles sénégalaises

PARTIE PREMIERE :

LA SECURISATION JURIDIQUE DU DROIT DES AFFAIRES

Afin de voir leur droit des affaires renforcé, les Etats membres de l'OHADA ont mis en place, grâce à ce Traité, des organes chargés de veiller au bon fonctionnement et au bon ordre juridique à l'intérieur de l'espace OHADA. Il s'agit du Secrétariat Général et surtout du Conseil des Ministres de l'OHADA. Il est vrai que sur le plan organique, ces deux institutions concourent de concert à la sécurité juridique dans l'espace OHADA mais, notre propos se limitera essentiellement au Conseil des Ministres qui occupe une place prépondérante²⁰ et est le support des décisions politiques de l'OHADA car il dispose de compétences importantes (Titre 1). De même, ces Etats ont mis en place des règles appelées « Actes uniformes » chargés de régir le droit des affaires uniformisé. Ce nouveau droit des affaires a eu un apport non négligeable pour l'ensemble des pays membres de l'OHADA (Titre 2).

²⁰ Ainsi que le précise l'article 3 du Traité, le Secrétariat Permanent ne fait qu'assister le Conseil des Ministres.

TITRE PREMIER : LE CONSEIL DES MINISTRES, MAITRE D'ŒUVRE DE LA SECURITE JURIDIQUE

Les pays membres ont voulu régler le problème de la disparité de leurs normes juridiques en matière de droit des affaires. Cela passait nécessairement par une uniformisation²¹ de ces règles par le biais d'un organe législatif commun à tous ces Etats. Cette uniformisation qui permet une application directe des règles du droit des affaires des pays membres est possible grâce à l'OHADA (Chapitre 1). Afin d'uniformiser ces règles, il fallait mettre en place un organe commun à tous les Etats membres. Pour ce faire, on a choisi de créer le Conseil des Ministres et de lui confier cette tâche. Le Conseil des Ministres qui est un organe composé de membres de l'exécutif des pays membres va donc avoir une certaine compétence pour agir dans la sphère législative (Chapitre 2).

Chapitre Premier : La création du Conseil des Ministres

Le Traité OHADA a prévu la création d'un organe particulier, le Conseil des Ministres. Pourquoi cela a-t-il été mis en place ?(Section Première) Quel est son mode de fonctionnement ?(Section Seconde).

Section Première : Pourquoi un Conseil des Ministres ?

On a pris en compte la spécificité de l'Afrique pour créer le Conseil des Ministres de l'OHADA (Paragraphe Premier). Mais, étant donné les liens qui unissent l'Afrique et l'Europe, on peut se demander si les institutions européennes ont inspiré les créateurs du Conseil des Ministres ? (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : Le contexte africain

Les rédacteurs du Traité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires ont prévu une structure supranationale appelée Conseil des Ministres. Cet organe a

²¹ Voir à ce sujet notre propos sur la différence terminologique entre harmonisation et uniformisation, p.11 et s.

été créé afin d'harmoniser le droit des affaires des Etats membres de l'OHADA ce qui permettra de faire cesser l'insécurité juridique dont sont victimes les entreprises en Afrique.

Les Etats membres ont choisi la voie de cet organe car, ils ont tenu compte des spécificités africaines. En effet, il était à craindre que si ceux-ci avaient décidé la création d'un Parlement communautaire chargé de légiférer dans le domaine du droit des affaires, les trop grandes susceptibilités et revendications nationales (pour ne pas dire ethnique car n'oublions pas que les ethnies ont une place ô combien importantes en Afrique) jailliraient nécessairement au travers des hommes et des femmes qui composerait ce Parlement communautaire.

Paragraphe Second : L'Union Européenne, un modèle pour le Conseil des Ministres ?

Les Etats parties n'ont pas fait appel à des personnalités politiques non élus par les peuples pour élaborer des législations qui pourront s'appliquer à toutes les personnes physiques ou morales situées sur le territoire de l'un des Etats membres comme cela peut être le cas avec la Commission européenne au sein de l'U.E. En effet, on a choisi des Ministres qui représentent les secteurs spécifiques que l'on veut harmoniser. Le choix de ces ministres n'est pas anodin. En effet, ceux-ci ne sont-ils pas membres des exécutifs nationaux et donc à même de prendre des décisions qui engagent leur concitoyens. Sur ce point, on peut dire que les rédacteurs du Traité se sont inspirés des différents conseils des ministres qui existent dans l'Union Européenne sauf que dans le cas de l'UE, ce sont parfois plus des réunions pour échanger des points de vue, aller tous ensemble dans le même sens. Il n'y a pas de pouvoir législatif attaché à ces conseils.

Certes, l'importance des Ministres de chaque Etat africain membre de l'OHADA est diluée dans cet organe collégial mais leur poids demeure quand même assez important car il règne au sein du Conseil des Ministres de l'OHADA une égalité totale entre les pays. En effet, peu importe que le pays membre soit grand ou petit, qu'il ait plus ou moins d'habitants, ces critères que l'on retrouve au sein de l'Union Européenne n'existent pas au sein du Conseil des Ministres de l'OHADA.

Section Seconde : L'organisation du Conseil des Ministres

Paragraphe Premier : La composition du Conseil des Ministres

Le Conseil des Ministres de l'OHADA est composé de certains ministres des Etats membres. En effet, tous les ministres de ces Etats n'en font pas partie. Pour siéger au Conseil des Ministres, il faut être Ministre de la Justice ou Ministre des Finances d'un des Etats membres ; la dénomination exacte importe peu (cela peut être le Garde des Sceaux ou le Ministre du budget), ce qu'il faut, c'est être ministre en charge de la justice ou des finances. c'est ce qui ressort de la lecture de l'article 27 du Traité.

Le Conseil des Ministres a une Présidence. Pour que celle-ci soit matérialisée dans les faits, le Président doit être le Ministre de la Justice ou des Finances d'un des Etats signataires du Traité. Il est prévu un ordre quant à la Présidence du Conseil. Cette fonction est dévolue à chaque pays suivant l'ordre alphabétique et ce, pour une durée n'excédant pas un an. La république du Bénin a assumé la première présidence, ensuite, la République du Burkina Faso a pris la relève. Actuellement, le Conseil des Ministres de l'OHADA est présidé par la Côte d'Ivoire et donc, le Président du Conseil est M. Oulaï Siene, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés Publiques de Côte d'Ivoire.

Paragraphe Second : Le fonctionnement du Conseil des Ministres

Les Ministres de la Justice et des Finances des Etats membres de l'OHADA se réunissent au minimum au moins une fois par an. Pour se faire, il faut qu'il soit convoqué. En ce qui concerne la convocation, celle-ci ne peut être faite que par son Président, par une tierce personne (peut importe que la personne soit physique ou morale, il faut qu'elle appartienne à l'un des pays membres et sera , en principe, un des Ministres de la Justice ou des Finances de ces Etats) mais à l'initiative du Président ou lorsque des pays membres représentant un tiers des membres du Conseil de demande. L'OHADA étant composé de 16 pays, cela signifie qu'il faudra que cinq membres plus un demande la convocation du Conseil²².

Chapitre Second : Le transfert des compétences législatives

Le Traité OHADA a prévu un important transfert des compétences législatives au Conseil des Ministres (Section Première). Cependant, ce transfert est limité (Section seconde).

Section Première : Le transfert de compétences au Conseil des Ministres

En principe, l'exécutif n'a pas à agir dans la sphère législative, sauf habilitation expresse. Cela découle de la théorie de la séparation des pouvoirs²³ qui est en vigueur dans l'ensemble des pays membres et dans la quasi-totalité des pays du monde. Ici, le Conseil des Ministres dispose, grâce à l'OHADA, de compétences qui appartiennent aux Parlements nationaux (Paragraphe Premier). Ayant confié une partie des prérogatives législatives à l'exécutif communautaire, le Traité n'a pas prévu de Parlement communautaire (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : Transfert de compétences législatives par les Parlements nationaux ?

Le Conseil des Ministres, organe composé de membres des exécutifs nationaux peut adopter des règles législatives. Les Parlements nationaux ne sont-ils pas lésés ? (A). Est-ce l'objectif d'intégration et d'unité africaine qui motive ce quasi-abandon de souveraineté de la part des Etats(B)?

A] La manifestation de volonté des Parlements nationaux

Les promoteurs de l'OHADA ont choisi de confier au Conseil des Ministres compétence pour édicter les normes qui caractérisent le droit communautaire à savoir les actes uniformes. On sait qu'en droit interne, la plupart des constitutions des Etats membres reconnaissent aux Parlements nationaux compétence pour ce qui concerne les matières constituant le domaine du droit harmonisé. On peut donc, au vu de cela, reprocher au système législatif de l'OHADA de porter atteinte à la distribution constitutionnelle nationale des compétences car il confère aux membres de l'exécutif la compétence qui revient de droit aux représentants élus des peuples, et au-delà, aux peuples qui les ont mandatés. Le Conseil constitutionnel sénégalais a

²² Article 28 du Traité.

²³ Théorie développée au XVIIIème siècle en France avec les philosophes des Lumières dont Montesquieu avec son ouvrage « De l'esprit des lois ».

dit à ce propos que « le dessaisissement de certaines de ses institutions n'est ni total, ni unilatéral, qu'il s'agit en l'espèce non pas d'un abandon de souveraineté mais d'une limitation de compétences qu'implique tout engagement international »²⁴.

Une partie de la doctrine et des praticiens du droit ont regretté que, lors de la rédaction du Traité, l'adoption d'un corps de règles relevant normalement de la compétence des Assemblées nationales soit transférée aux membres de l'exécutif. Cela peut être recevable lorsque l'on se borne tout simplement à considérer les seules dispositions constitutionnelles qui opèrent une répartition de compétence entre le domaine du législateur et celui de l'exécutif. mais, en y regardant de plus près, la compétence législative du Conseil des Ministres est fondée.

Inspirées presque toutes du modèle constitutionnel français, les dispositions constitutionnelles des Etats membres opèrent un partage des compétences entre le législatif et l'exécutif sensiblement identique. De même qu'en France, c'est l'Assemblée nationale des différents pays membres qui a compétence en matière de droit des affaires, c'est une certitude. Certes, il existe également un système bicaméral avec une Haute chambre mais celle-ci, de même qu'en France, ne dispose pas du pouvoir final pour adopter les lois.

Il ne peut être dérogé à ce principe de séparation des pouvoirs et d'édiction des règles législatives nationales que par une loi d'habilitation. Par ce biais, le législateur autorise l'exécutif à s'immiscer temporairement dans sa sphère de compétence et à édicter des règles législatives par voie d'ordonnances, ordonnances qui doivent être ensuite ratifiée par le législateur lui-même. Chez les tenants de la séparation stricte des pouvoirs et des compétences, cela ne pose pas trop de problème car il y a la procédure de ratification qui intervient. Cela atténue donc l'intrusion de l'exécutif dans le domaine législatif.

La ratification est de toute façon plus ou moins acquise d'avance par le jeu d'une certaine solidarité entre l'exécutif et sa majorité au Parlement, lorsqu'il en dispose, ce qui est généralement le cas dans ces pays. Donc, même s'il confère aux Ministres chargés de la Justice et des Finances des Etats membres compétence pour édicter des règles directement applicables, relevant normalement du domaine des élus du peuple, le système législatif de

²⁴*Avis du Conseil Constitutionnel sénégalais*, Recueil Penant numéro 827 spécial OHADA, mai à août 1998

l'OHADA et les Actes uniformes qui en découlent demeurent à l'abri des critiques²⁵. On peut qualifier le Conseil des Ministres « d'organe communautaire »²⁶ puisqu'il représente la volonté commune d'avancée juridique des Etats membres même si ceux-ci ne sont pas, à proprement parlé, une communauté. Même si les règles de procédure en matière d'habilitation ne sont pas observées, la ratification du Traité par les différentes Assemblées Nationales doit être interprétée comme une habilitation permanente des membres de l'exécutif.

En ce qui concerne le problème du choix entre l'application de la norme communautaire et la norme législative nationale, c'est-à-dire entre le Traité OHADA et la loi des différents Etats membres, l'article 10 du Traité édictant une primauté du droit communautaire sur le droit interne, il suffira aux membres du pouvoir judiciaire²⁷ d'appliquer le Traité bien que la législation nationale ne lui soit pas contraire. On peut faire là un parallélisme avec une décision de la plus haute instance judiciaire française, la Cour de cassation, qui, dans un arrêt Société cafés Jacques Vabres de 1975²⁸, rejetait un pourvoi qui reprochait aux juges du fond d'avoir écarté l'application d'une loi interne sous prétexte que qu'elle revêtait un caractère inconstitutionnel. La Cour de cassation a estimé que « le Traité du 25 mars 1957...a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres...l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'impose à leurs juridictions ».

En ce qui concerne le problème du choix entre l'application de la norme communautaire et la norme constitutionnelle nationale, c'est-à-dire entre le Traité OHADA et la Constitution des différents Etats membres, la solution qui vaut pour la loi vaut également pour la Constitution. En principe, la Constitution est la norme suprême ; les traités et conventions internationales ne peuvent s'intégrer dans l'ordre juridique interne qu'en vertu d'une disposition constitutionnelle²⁹. Le droit des traités ne se satisfait pas de cette logique puisqu'il y a mise à l'écart systématique de toute interprétation qui ferait apparaître que la ratification d'un Traité notamment communautaire est inconstitutionnelle³⁰. Le Conseil Constitutionnel refuse

²⁵ Telle est notamment la position de Philippe TIGER, op cit.

²⁶ Djibril Abarchi, *La supranationalité de l'OHADA*, Revue burkinabé de droit n°37 1^{er} trimestre 2000

²⁷ Nous traiterons du pouvoir judiciaire dans l'OHADA dans notre deuxième partie.

²⁸ Cass. (ch. Mixte) 24 mai 1975, revue de Droit International Privé 1976, p. 347 et s.

²⁹ On peut prendre pour exemple les articles 43 et suivants de la Constitution de la République du Cameroun ou encore l'article 119 de la Constitution de la République du Niger.

³⁰ Voir P. REUTER, Introduction au droit des Traités, PUF 2^{ème} édition, p.282 et s.

d'admettre toute interprétation postérieure à la conclusion des traités constitutifs pour éviter de faire apparaître une inconstitutionnalité après la ratification d'un Traité³¹.

Il est dès lors aisé de constater que la supériorité de la Constitution sur le Traité est purement théorie et que, dans la pratique, c'est la solution inverse qui prévaut. Cela est également, au plan européen, la position de la Cour de Justice des Communautés européennes qui, dans l'affaire Société de tissage Nicolas Caimant du 3 mars 1961, a rejeté un recours dirigé contre la ratification du Traité de Rome³². Ces solutions jurisprudentielles françaises et européennes qui sont conformes à l'esprit et au texte du Traité OHADA inspireront à coup sûr les juridictions nationales et la juridiction communautaire, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, dans sa mission d'uniformisation du droit des affaires³³ au profit duquel les Etats membres ont librement limité l'exercice de leurs pouvoirs souverains dans les domaines déterminés par le Traité.

B] L'unité et l'intégration africaine, motifs de l'abandon de souveraineté ?

Comme nous avons pu le noter dans notre introduction, les pays africains ont toujours voulu s'unir. Que se soit pour des considérations politiques ou économiques avec l'adoption d'une monnaie unique, le franc CFA, pour la majeure partie des Etats membres, ce qui est censé permettre une meilleure circulation des flux commerciaux et une stabilité monétaire certaines entre eux. Etant donné que ces pays étaient sous la domination pré coloniale et sont toujours sous une domination néo-coloniale française, ils ont voulu prendre l'exemple de l'ancienne métropole qui s'est intégrée dans l'Union Européenne et en est même l'un des principaux moteurs avec l'Allemagne.

Cette recherche d'unité et d'intégration ne pouvait se faire qu'en laissant de côté les différents antagonismes qui pouvaient exister entre certains de ces pays. Il fallait s'unir et l'union n'était possible que si chacun de son côté abandonnait un peu de ses prérogatives. La souveraineté nationale des Etats OHADA subsiste toujours, elle a juste été un peu abandonnée pour que soit possible une unité juridique en droit des affaires en Afrique. L'ensemble des peuples des pays concernés a très bien compris les enjeux énormes et les différents apports

³¹ Revue Critique de DIP, 1976, p.724 et s.

³² Cité par P.REUTER, op cit.

³³ Joseph YOUMSI, Comprendre l'OHADA, Communication au séminaire GICAM, Mai 1996

que pouvaient apporter l'OHADA au travers du Conseil des Ministres et il n'y a donc pas eu de problèmes particulier quant à l'abandon de souveraineté. A un semblant d'unification globale de l'ensemble des pays africains sur un plan politique avec l'Union Africaine³⁴

Si l'on regarde bien le jeu de la démocratie dans le monde et plus particulièrement dans les pays membres de la zone OHADA, le Premier ministre et son gouvernement sont toujours choisis parmi les membres de la majorité qui a remporté les élections. Faisant partie de la majorité élue du peuple, on peut estimer que ceux-ci ont un semblant de légitimité (même s'ils ne sont pas mis à cette place directement par le peuple). Au vu de tout cela, on peut dire que les Ministres chargés de la Justice et des Finances sont une sorte d 'émanation indirecte de la volonté du peuple. Ceci étant établi, on peut donc voir avec la présence de ces personnes au sein du Conseil des Ministres de l'OHADA non pas un abandon total de souveraineté sur les matières juridiques reprises dans le Traité mais une sorte de dilution de celle-ci au sein de cet organe.

Paragraphe Second : L'inutilité d'un Parlement communautaire

La création d'un organe législatif supranational était nécessaire pour atteindre l'objectif d'unification des législations nationales (A) mais cet organe n'est pas un Parlement communautaire à l'instar de l'Union Européenne (B).

A] Le respect de l'objectif d'unification juridique

Dans la mesure où certains Etats africains voulaient disposer d'une législation commune quant à certaines matières relatives au droit des affaires (nous verrons dans notre deuxième titre que toutes les matières du droit des affaires ne sont pas encore prises en compte par l'OHADA et plus spécifiquement, pas ses actes uniformes), il apparaissait normal qu'ils se dotent d'une institution représentative des différents Etats. Etant donné l'aide que les organisations internationales et les pays occidentaux, principalement la France, ont apporté à la création de l'OHADA, il était logique de penser que les Etats africains allaient se tourner vers eux et copier leurs institutions. Le Traité OHADA ainsi que certains Actes uniformes ayant été écrit partiellement (si ce n'est totalement pour certains) avec l'aide de théoriciens et praticiens français, on s'attendait donc à voir une copie des institutions législatives que ce

³⁴ Institution évoqué dans notre introduction

pays, la France, a sur un plan communautaire européen mais, il n'en a rien été comme nous avons pu le constater dans notre chapitre premier.

L'unification du droit que l'OHADA est sensé réaliser serait fortement compromise si les Actes uniformes avaient un contenu variable suivant les Etats. En droit européen, les normes édictées par la Commission européenne doivent être intégrées dans un laps de temps précis dans le droit interne des Etats membres. Cependant, ces normes, les directives, ne sont pas d'application directe et les Etats ne sont pas obligés de les appliquer telles qu'elles. En effet, les directives ne sont que transposées en droit interne. La Commission européenne donne un cadre général et l'Etat membre en intégrant cette législation à son droit interne peut y apporter des modifications, durcir ou assouplir le texte communautaire. On peut prendre pour exemple la directive relative à la responsabilité des produits défectueux qui a été transposé de manière beaucoup plus dure dans le droit français que ce que ne prévoyait la directive. La France cherche à trouver un responsable et la victime peut se retourner contre n'importe lequel des acteurs de la chaîne du produit (vendeur, fournisseur, fabricant) alors que dans la directive, on recherche d'abord la responsabilité du fabricant, ce n'est qu'en cas de défaillance de celui-ci que l'on peut se retourner sur les autres selon la directive.

Il n'est pas prévu de Parlement communautaire dans le Traité OHADA. Si celui-ci avait été prévu, il aurait symbolisé l'émanation de la représentation nationale de chaque pays membres. Ce n'est pas parce que cet organe n'existe pas dans les institutions OHADA qu'il n'y a pas d'organe législatif. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, le droit des affaires de l'OHADA se concrétise par les actes uniformes qui sont pris par le Conseil des Ministres de l'OHADA et donc, c'est lui qui a le pouvoir législatif. Ces actes uniformes ont la particularité de créer une législation directement applicable dans les pays membres, sans autre procédure, dès leur adoption. Il n'est donc prévu aucune procédure étatique gouvernementale ou parlementaire interne. Si cela avait été le cas, ce aurait pour conséquence un dépeçage des actes uniformes³⁵ et un affaiblissement ou un renforcement certain de leur force au gré des pays membres comme cela peut être le cas avec les directives européennes.

Les promoteurs du Traité ont pris deux mesures radicales afin qu'il n'y ait pas d'ambiguïté quant à la force des actes uniformes dans les pays membres : ils ont interdit toute ratification ultérieure des Actes uniformes par les Parlements nationaux et ont interdit à quiconque

d 'émettre des réserves ce qui revient à dire qu'aucun Etat ne peut par exemple décider de manière unilatérale d'une dérogation à telle ou telle disposition d'un Acte uniforme³⁶.

Le pouvoir législatif octroyé par le Traité OHADA est donc entre les mains d'un organe composé de représentants de l'exécutif. Cela est normal car la création d'un organe parlementaire du type Parlement aurait été faite sans prise en compte des situations économiques des Etats membres.

B] Des situations économiques déplorables

Il est vrai que, sur un plan purement théorique, les tenants de la critique consistant à percevoir cette institution communautaire exécutive qu'est le Conseil des Ministres comme un organe ayant confisqué les prérogatives des Parlements nationaux ont raison. Il n'en demeure pas moins que l'option des créateurs de l'OHADA qui est de ne pas avoir mis en place de Parlement communautaire prend en compte la réalité économique des Etats OHADA. S'ils n'ont pas cédé au mimétisme qui les aurait conduit à la mise sur pied d'un Parlement, c'est sans doute aussi pour tenir compte de certaines réalités de l'action législative en Afrique. Au surplus, l'absence d'un Parlement ne peut en aucun cas être considérée comme une entorse dommageable à la souveraineté des Etats ou au principe de la séparation des pouvoirs étant donné les limitations que le Traité a imposé pour l'édiction des règles communautaires.

On eût fait preuve d'un dogmatisme juridique anachronique et porteur de grandes difficultés financières inutiles si, faisant fi de la réalité de la situation économique des Etats, l'on s'était évertué à vouloir transcender la distribution des compétences telle quelle est définie dans les constitutions des Etats à l'échelle communautaire dans le seul but de respecter le sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs. De plus, à observer la réalité de la vie parlementaire dans les Etats, il est aisé de relever que celle-ci se caractérise en règle générale par une certaine passivité de l'organe législatif. Dans la plupart des pays membres de l'OHADA, les parlementaires n'initient que rarement les propositions de loi, cela est sans doute inhérent à la jeunesse des démocraties de ces pays. En effet, c'est surtout l'organe exécutif, c'est-à-dire le gouvernement, qui est à l'origine des règles législatives. Au demeurant, du fait de la technicité de certaines matières, le contrôle parlementaire sur les projets de loi gouvernementaux

³⁵ Djibril Abarchi, op cit.

³⁶ Voir à ce sujet l'article 10 du Traité

(lorsque ce contrôle existe) n'est qu'illusoire, les députés bien souvent n'y apportent que des amendements de pure forme.

Dans ces conditions, le fait de confier à des membres des exécutifs nationaux, en l'occurrence aux Ministres chargés de la Justice et des Finances, un pouvoir législatif à l'échelle communautaire ne mérite guère une levée de bouclier. Au surplus, s'il fallait s'engager, pour respecter le principe, dans des élections pour désigner les membres d'un Parlement de l'OHADA, il n'est pas démontré que les considérations développées en théorie et qui consistent à faire valoir que l'élu du peuple, du fait de la légitimité dont il est investi, représente et défend mieux les intérêts des citoyens, sont une vérité immuable. Il est difficile de soutenir sans risque d'être démenti qu'un député défend nécessairement mieux les intérêts nationaux qu'un Ministre, alors que l'on sait que c'est presque toujours les membres de l'exécutif qui concluent les conventions internationales, les Parlements se bornant à les ratifier presque de manière mécanique, au nom du respect du formalisme constitutionnel.

Au-delà de toutes ces considérations qui militent en faveur de l'atténuation des critiques faites au système législatif de l'OHADA, il est une autre réalité qui va dans le même sens. Il s'agit du financement des charges liées aux institutions de l'OHADA. La plupart des pays membres traversent ou ont traversé une crise économique et financière qui commande aux Etats de faire l'économie des structures budgétivores. La crise économique mondiale qui perdure depuis un peu plus d'un an suite aux malheureux événements du 11 septembre 2001 touche également le continent africain et donc, aussi les pays membres de l'OHADA. Un Parlement de l'OHADA serait une charge supplémentaire quelque peu démesurée par rapport à l'importance de l'action législative qui se résumerait à quelques actes uniformes ponctuels. Si l'on voulait regarder de l'autre côté de la Méditerranée, on constaterait que les démocraties européennes, beaucoup plus anciennes que celles des pays africains, ont une culture parlementaire certaine et des ressources budgétaires qui leur permettent de créer et d'établir ça et là des bâtiments modernes et ô combien coûteux pour leurs institutions communautaires.

Le domaine d'intervention des institutions de l'Union Européenne est très vaste. Cela recoupe le droit, la politique, l'économie, l'agriculture, la défense, la recherche et beaucoup d'autres domaines encore. L'OHADA doit, comme son nom, amener à ce qu'il n'y ait qu'un seul droit des affaires applicable dans l'ensemble de ses Etats membres dans le domaine du droit des affaires; cela peut-il à lui seul justifier la création d'un institution communautaire

supranationale composée des membres de la représentation nationale des Etats membres ou de membres élus par les peuples des différents Etats partie au Traité ? La réponse est négative pour nous. Ne serait-ce que pour mettre au point l'OHADA, l'aide de personnes morales étrangères (notamment la France avec le Ministère des affaires étrangères qui a débloqué une grosse subvention au nom de la coopération et de la francophonie), a été nécessaire car le budget final n'était pas couvert par les dotations que les Etats membres devaient apporter à ces institutions (les Etats membres participent à hauteur de 40% au budget de l'OHADA).

Il faut donc louer le refus du mimétisme et du dogmatisme des promoteurs de l'OHADA, quand on sait que le transfert de souveraineté qu'implique l'organisation, ne touche qu'une infime partie des prérogatives des Parlements. Au demeurant, les matières abordées ne font pas partie des questions que les députés considèrent comme étant de première importance pour s'offusquer de ce qu'elles ont échappé à leur contrôle. S'il est besoin de le prouver, on pourrait bien se demander pourquoi l'activité commerciale de la plupart des pays africains est demeurée, après plus de trente années d'indépendance sous le régime des lois datant des années 1800, au vu et au su des différents parlements qui se sont succédés au fil des ans.

En tout état de cause, il n'en demeure pas moins que, malgré le transfert de compétences législatives au Conseil des Ministres afin qu'il adopte des règles applicables à tous, les parlementaires nationaux conservent encore une main mise sur le droit des affaires dans leurs pays respectifs, si tant est que le droit des affaires restent un sujet de préoccupation des différents sur le droit des affaires dans leurs pays respectifs, si tant est que le droit des affaires restent un sujet de préoccupation des différents Parlements.

Section Seconde : Un transfert de compétences limité

Le dessaisissement des Parlements nationaux au profit du Conseil des Ministres est réduit dans sa portée à deux points de vue : d'abord du fait des limites du droit harmonisé qui demeurent floues (Paragraphe Premier), ensuite parce que les députés ne sont pas en réalité interdits de légiférer dans le domaine du droit des affaires (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : L'incertitude sur les limites du droit des affaires

Il est très facile d'affirmer que le traité de l'OHADA n'opère un transfert de compétence aux institutions communautaires qu'à propos du droit des affaires puisque c'est le droit des affaires est la raison d'être de ce Traité. Mais, la lecture de ce texte laisse perplexe quant à la détermination des nombreuses matières que recouvre forcément cette terminologie. La notion de « droit des affaires » telle qu'elle est envisagée par le Traité est beaucoup plus vaste que le contenu de la matière telle qu'on a l'habitude de l'appréhender dans les manuels de droit. On y voit souvent que le droit commercial ou le droit des sociétés quand on parle de droit des affaires. Si le traité de l'OHADA porte sur le droit des affaires, il ne le définit en aucun cas. Les limites du droit harmonisé restent très flexibles. L'article 2 du Traité qui donne la liste des matières entrant dans le domaine du traité n'est pas, pour nous, exhaustif. Cet article vise particulièrement « l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports ». Mais il se termine par une formule qui ouvre la porte à l'élargissement de la matière en ajoutant que « toute autre matière que le conseil des ministres déciderait » d'y inclure peut être considérée comme faisant partie du droit des affaires à harmoniser, pourvu que celle-ci soit conforme à l'objet du Traité.

On peut par exemple évoquer le cas du droit social ; celui-ci entre-t-il dans le cadre du droit des affaires ? Pour l'instant en tout cas, il ne rentre pas dans le cadre du droit des affaires OHADA. Il est cependant vrai que l'on considère généralement le droit social comme une matière faisant partie intégrante du droit des affaires et est à ce titre enseignée dans les facultés de droit au même titre que le droit des sociétés ou le droit fiscal sous la terminologie générale « droit des affaires ». Le droit social recouvre le droit du travail et le droit de la sécurité sociale. Le droit du travail est l'ensemble des règles qui s'applique au salarié dans la sphère de l'entreprise ; quant au droit de la sécurité sociale, on peut le définir comme le droit relatif aux prestations sociales et à la sécurité du salarié dans la sphère de l'entreprise. Le droit du travail étant partie prenante de la vie de l'entreprise, il est à juste titre normal de le considérer, avec son corollaire le droit de la sécurité sociale, comme faisant partie du droit des affaires. Il reste donc sûrement des matières à intégrer dans le droit des affaires OHADA afin

d'obtenir, autant que faire se peut, une uniformisation complète du droit des affaires à l'intérieur de l'espace OHADA.

A cette source d'incertitude, s'ajoute une autre. Le droit des affaires tel qu'envisagé par l'OHADA, a nécessairement des liens avec d'autres matières tel le droit civil et la procédure civile. Mais, cette dernière matière a déjà été abordé par le Conseil des Ministres dans l'acte uniforme sur les voies d'exécution. Dès lors les députés continueront certainement encore d'intervenir dans les matières relevant du droit des affaires, dans la mesure où le droit harmonisé ne couvre pas pour l'instant l'intégralité du champ de toutes ces matières adjacentes. Cette situation perdurera tant que l'ensemble des matières relatives au droit des affaires n'aura pas été traité par le Conseil des Ministres avec l'adoption d'actes uniformes traitant de leur application dans le droit OHADA.

Paragraphe second : La compétence résiduelle des Parlements nationaux

Le droit harmonisé des affaires on le sait, a seulement une primauté sur le droit national. Cela signifie que le Traité n'enlève pas aux Parlements nationaux le droit de continuer à légiférer dans tel ou tel domaine. Mais les lois antérieures aux actes uniformes, comme celles qui viendront à être promulguées, lorsqu'elles sont en conflit avec les actes uniformes ne sauraient en aucun cas être invoquées. En effet, celles-ci sont frappées de caducité et ne pourraient donc pas servir dans une instance. Les parlements conservent donc de fait une compétence que l'on peut qualifier de résiduelle ou de subsidiaire, dans la mesure où leur pouvoir législatif décisionnel se trouve seulement limité par les Actes uniformes adoptés par le Conseil des Ministres de l'OHADA. La reconnaissance à cet organe d'un pouvoir législatif en matière de droit des affaires laisse encore toute la latitude aux Etats pour édicter des normes dans le domaine du droit des affaires, à la seule condition que celles-ci ne soient pas en contradiction avec le droit harmonisé.

Les Parlements nationaux continueront également d'intervenir sur les points de droit que le traité ou les actes uniformes laissent à la compétence des Etats bien que faisant partie du droit des affaires. Il en est ainsi de la fixation des peines applicables à certaines infractions pénales définies par les Actes uniformes. Il est vrai que bien que traitant du droit pénal, le droit OHADA ne définit pas les peines, cela est laissé à l'appréciation du législateur national. On pourrait citer également, entre autres, les cas de renvois à la loi nationale relevés parfois dans

les Actes uniformes. Pour ne citer que cet exemple, l'acte uniforme sur les voies d'exécution renvoi à la loi interne pour la détermination des biens réputés insaisissables (article 51 du Traité). Dans le même ordre d'idées, les règles relatives aux effets de commerce, tout en faisant partie du droit des affaires sont fixées par un autre droit uniforme, celui édicté par l'UEMOA³⁷. L'on sait également que certains actes uniformes laissent hors de leur champ d'application certaines entreprises. Il en est ainsi par exemple de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales qui dispose que les sociétés soumises à un statut particulier demeurent sous l'empire des règles qui leurs sont spécifiques au plan interne. Cette compétence résiduelle des Parlements n'est d'ailleurs pas sans incidence sur la distribution de compétences entre les organes judiciaires des Etats membres et la CCJA.

La sécurisation juridique de l'OHADA est donc le fait d'un organe supranational composé exclusivement des membres des pays membres et non d'une émanation de la représentation nationale de chacun des Etats. Le Conseil des Ministres sécurise le droit des affaires en adoptant des règles qui s'appliquent directement dans tous les Etats membres, ces règles sont appelées Actes uniformes et apportent de nombreuses innovations.

Titre Second : L'apport des actes uniformes

Pour stimuler les initiatives économiques et assurer plus de fiabilité au corpus juridique des Etats, le Traité précise à l'article 5 que « les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent Traité sont qualifiés d'Actes uniformes ». Ainsi les actes uniformes qui sont pris par le Conseil des Ministres permettent la matérialisation de la volonté d'harmonisation (Chapitre Premier) et contiennent les nombreuses innovations que cette volonté a suscité (Chapitre Second).

³⁷ Institution évoquée dans notre introduction. Le droit de l'UEMOA est consacré dans la législation interne de chaque Etat partie.

Chapitre Premier : Les Actes uniformes

Nous allons, dans ce développement, voir de quelle manière ces règles juridiques sont élaborées par le Conseil des Ministres (Section Première) et quel est le régime juridique qui peut leur être appliqué (Section Seconde).

Section seconde : L'élaboration des Actes uniformes

Les actes uniformes ont un domaine qui est précisé par le traité. Leur élaboration se fait conformément à une démarche placée sous le triple signe du réalisme, du gradualisme et de la concertation, tant en ce qui concerne les matières devant être harmonisées (Paragraphe Premier) que relativement au processus d'adoption de ces actes (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : Le domaine des Actes uniformes

Tout en ayant pris une vision globale du champ à couvrir, le Traité a délimité des pans du droit auxquels il a attaché un caractère prioritaire [A], les nouvelles matières ayant été prises en compte [B].

A] Les matières prioritaires

Si le droit des affaires, dans sa conception actuelle, est né en Afrique avec la colonisation³⁸, la nouveauté aujourd'hui, c'est que les Etats africains indépendants reviennent vers un nouveau droit commun, mais cette fois fruit de leur oeuvre collective et libre (même si on peut mettre ici le bémol lié à la grande implication de la France tant au moment de la conception que de la mise en place du Traité OHADA). Compte tenu de la complexité et de l'étendue des matières pouvant relever du droit des affaires (ce que nous avons déjà évoqué plus haut dans notre étude), le Traité s'est contenté d'indiquer à l'article 2 qu'entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports.

³⁸ Au nom de la succession d'Etats, les diverses constitutions africaines ont affirmé le maintien du droit applicable au moment de l'indépendance jusqu'à l'élaboration de nouvelles dispositions

La priorité accordée à ces matières s'explique sans doute par l'existence à ce niveau de grandes divergences: alors que certains pays en sont encore au droit du début du siècle dernier, d'autres ont une législation qui a moins de 10 ans³⁹. Donc, comme on peut le constater au regard des différentes législations nationales relatives au droit des affaires et à ces matières en particulier, certains pays ont travaillé afin de moderniser quelque peu leur droit des affaires alors que d'autres en sont encore restés à la législation de l'ancienne métropole. Cela peut aussi se comprendre par la nécessité affichée d'améliorer rapidement le régime juridique des entreprises implantées dans les divers Etats parties afin que celles-ci soient aussi compétitives et aussi efficaces que possible dans un monde des affaires internationalisé. Sur ces huit matières, sept ont déjà fait l'objet d'Actes uniformes.

L'objectif poursuivi par ces différents textes est la modernisation et la sécurisation de l'environnement juridique à travers la rénovation du statut des entreprises, le renforcement des garanties des créanciers et l'adéquation des solutions aux difficultés des entreprises: l'OHADA peut prendre des dispositions d'incrimination pénale tandis que les Etats parties sont comme nous l'avons souligné plus haut les seuls à pouvoir déterminer les sanctions pénales encourues. Les Etats se sont engagés à les prévoir en interne à l'article 5 du Traité. Les auteurs d'autres Traités que nous avons évoqué dans notre introduction, tels celui de l'OAPI et de la CIMA, n'ont pas eu la même réserve à cet égard car eux, ils ont prévu des dispositions sanctionnatrices de comportements déviants. C'est ainsi que le Code CIMA a intitulé son chapitre 4 « sanctions ». Sont également exclues de la compétence de l'OHADA les sanctions administratives et les règles d'organisation administrative et judiciaire, seuls les législateurs nationaux des Etats membres ont compétence dans ces matières.

On peut se demander pourquoi le Traité n'autorise pas l'inclusion dans les Actes uniformes de sanctions pénales. Pourquoi est-ce que les auteurs de l'OHADA ont choisi la méthode qui consiste à ne rien décider et laisser chaque Etat se débrouiller en interne avec les sanctions ? Cela n'est pas sans rappeler ce que nous avons déjà évoqué plus haut en droit européen, c'est-à-dire la directive européenne et sa transposition dans le droit interne. Il nous semble que l'intérêt de la démarche choisie apporte un plus à l'OHADA et remet en vigueur la notion d'uniformisation. Cette démarche est réaliste et consiste à ne pas rechercher une uniformisation totale mais une harmonisation dans ce domaine. En effet, l'OHADA veut

³⁹ C'est le cas du Sénégal, du Mali, de la Guinée.

gommer les différences qui contrarient les échanges. Cela veut donc dire que, malgré la volonté commune d'intégration, une place est laissée aux particularismes des Etats membres Mais ce n'est pas la seule innovation du Traité OHADA ; en effet, au réalisme de la démarche adoptée s'ajoute la flexibilité et surtout la gradation de celle-ci.

B] La prise en compte de nouvelles matières

Après avoir cité les matières devant faire l'objet des Actes uniformes, l'article 2 a indiqué à la fin « et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité ». C'est donc une méthode souple et flexible que les rédacteurs du Traité ont retenu à juste raison. Cela laisse la possibilité au Conseil des ministres d'inclure de nouvelles matières pour tenir compte de l'apparition de nouvelles disciplines, le droit des affaires étant rattaché à un monde qui est en constante évolution. C'est pourquoi, l'article 11 précise que le conseil des ministres approuve sur proposition du Secrétariat Permanent le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires.

Paragraphe Second : La procédure d'élaboration des Actes uniformes

Selon l'article 6, les Actes uniformes sont préparés par le Secrétariat Permanent en concertation avec les gouvernements des Etats parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage ». L'élaboration des Actes uniformes se fait donc en deux phases, chacune de ces phases étant assurée par des organes spécifiques, à l'exclusion des parlements des Etats parties. Il faut tout d'abord préparer le projet d'Acte uniforme [A], puis, il faut l'adopter [B].

A] La préparation du projet d'Acte uniforme

Elle nécessite l'intervention de plusieurs organes: le Secrétariat Permanent (1), les commissions nationales (2) et la CCJA (3)

1) Le Secrétariat Permanent

Il est d'une composition assez légère. Le Secrétaire Permanent assiste le Conseil des ministres. Il prépare les projets d'actes uniformes et les soumet à l'examen des Etats membres

et à l'avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage (article 6), il met au point le texte définitif et en propose l'inscription à l'ordre du jour du Conseil des ministres.

Lorsque l'harmonisation des législations émane d'une structure communautaire, elle présente des avantages certains au plan de la sécurité juridique. Non seulement la connaissance de la législation harmonisée d'un pays donné garantit qu'il s'agit de la même dans les autres Etats faisant partie de l'espace juridique intégré; mais aussi toute modification de la loi harmonisée se fait selon une procédure communautaire plus lente et qui s'oppose aux velléités inconsidérées de changement de la procédure nationale. Par ailleurs l'unification des législations élimine les conflits de lois dans les relations commerciales internationales, ceci dans la mesure où la loi est identique d'un Etat à un autre de la zone intégrée, il est sans intérêt de rechercher la loi nationale applicable.

2) Les commissions nationales

L'intervention des gouvernements des Etats parties se fait par l'intermédiaire des commissions nationales (composées de représentants des professionnels de l'administration, experts juristes, comptables), mises en place dans chaque pays et dont le rôle est d'examiner les projets d'actes uniformes et de présenter au Secrétariat Permanent leurs observations critiques ou suggestions dans un délai de 90 jours (article 7). Une méthode de travail commune a même été adoptée à Ouagadougou au cours d'un séminaire qui a regroupé les présidents des commissions nationales.

3) La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

La Cour est composée de 7 juges élus à bulletin secret par le Conseil des Ministres⁴⁰. Elle donne son avis dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la demande de consultation. A l'expiration de ce nouveau délai, le Secrétariat Permanent met au point le texte définitif du projet d'Acte uniforme dont il propose l'inscription à l'ordre du jour du prochain Conseil des Ministres.

B] L'adoption des projets d'Actes uniformes

Cette adoption est le fait du Conseil des ministres, excluant du coup les Parlements nationaux.

En ce qui concerne les actes uniformes; la compétence du Conseil des ministres est exclusive. Selon l'article 6 du Traité, les projets de textes uniformes sont délibérés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

L'adoption des actes uniformes par le Conseil des ministres requiert l'unanimité des représentants des Etats parties présents et votants. N'y a-t-il pas là un risque de blocage? Puisque la délibération ne peut intervenir que si les deux tiers au moins des Etats parties sont représentés, pourquoi ne pas permettre l'adoption des actes uniformes avec cette majorité ? Le processus qui permet l'élaboration des actes uniformes ne recourt à aucun moment aux Parlements nationaux, il s'ensuit que tous les organismes consultatifs nationaux (Conseil économique et social, Conseil constitutionnel) se trouvent écartés de la procédure d'harmonisation, ce qui peut sembler fâcheux mais, comme nous l'avons souligné, le fait que les Ministres membres du Conseil des Ministres puissent interférer dans la sphère législative n'est pas aussi dramatique que cela. Si les auteurs du Traité ont opté pour la procédure directe, excluant toute intervention des Parlements c'est sans doute à cause des inconvénients qui s'attachent à la procédure indirecte et qui peuvent se ramener au risque d'obtention de mosaïques de textes, à des difficultés de leur mise en application, au manque d'efficacité si des mécanismes juridiques de contrainte au plan communautaire et au plan interne ne sont pas pris.

C'est pour résoudre cette difficulté que le Traité de l'UEMOA a prévu la création d'un Comité interparlementaire de l'Union composé de cinq membres par Etat. Pourquoi le Traité OHADA ne s'inspire-t-il pas de cet exemple?

Voici déterminé le processus d'élaboration des actes uniformes. L'article 12 du Traité précise que la modification de ces actes doit se faire dans les mêmes conditions car il faut absolument respecter le principe du parallélisme des formes qui veut que, dans le cas présent, lorsque l'on veut abroger un acte, il faut le faire en suivant la procédure qui a été nécessaire pour son adoption. A la spécificité de la procédure d'élaboration des Actes uniformes s'ajoute la particularité du régime juridique qui y est attaché.

⁴⁰ Nous évoquerons plus longuement la CCJA dans la deuxième partie de notre étude

Section Seconde : Le régime juridique des Actes uniformes

Des dispositions des articles 9, 10 et 12 du Traité, il ressort que les règles traditionnelles de mise en vigueur des lois ont été bouleversées (Paragraphe Première) et la portée des Actes uniformes s'est trouvée renforcée (Paragraphe Seconde).

Paragraphe Premier : Spécificité des mécanismes de mise en vigueur des Actes uniformes

Selon l'article 9 « les Actes uniformes entrent en vigueur quatre-vingt-dix (90) jours après leur adoption sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par l'Acte uniforme lui-même. Ils sont opposables trente (30) jours francs après leur publication au Journal officiel de l'OHADA. ils sont également publiés au Journal officiel des Etats parties ou par tout autre moyen approprié ». Il ressort de cette disposition que le Traité OHADA enlève aux organes exécutifs nationaux leur pouvoir puisque l'article 9 détermine les modalités d'application des actes uniformes qui relèvent en principe du pouvoir réglementaire. Aucun acte réglementaire n'est nécessaire pour la mise en vigueur des actes uniformes en revanche, leur publication demeure nécessaire.

A] Une absence totale d'actes réglementaires

A partir de l'adoption de ces actes par le Conseil des Ministres, leur entrée en vigueur se fera en principe quatre-vingt-dix jours après. C'est ainsi par exemple que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique est entré en vigueur le 1er janvier 1998 et que l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif est entré en vigueur le 1er janvier 1999. Mais, des exceptions à ce principe sont prévues. En effet, l'Acte uniforme peut lui-même prévoir les modalités particulières d'entrée en vigueur. Il en va ainsi par exemple de l'article 919 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés qui reconnaît le droit à chaque Etat membre de maintenir sa législation nationale pour la forme de l'établissement des statuts pendant une période transitoire de deux ans.

De même, restent soumises à la législation des Etats parties, les sûretés consenties ou constituées ou créées antérieurement à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (article 150 alinéa 2). Le Traité ne fait qu'une juste application du principe de la non

rétroactivité de la loi nouvelle. Les Actes uniformes n'ont besoin d'aucune procédure nationale réglementaire pour être applicable, il n'en demeure pas moins que le Traité OHADA les soumet quand même à un formalisme que l'on généralement en droit interne pour la valabilité d'une loi.

B] L'obligation de publication des Actes uniformes

Si aucun acte réglementaire n'est nécessaire pour l'entrée en vigueur des Actes uniformes, ils n'en demeure pas moins que les promoteurs de l'OHADA n'ont pas dépourvu leur efficacité de tout formalisme. En effet, les Actes uniformes doivent faire l'objet d'une publication pour pouvoir être opposables. L'article 9 indique que celle-ci doit avoir lieu dans le Journal officiel de l'OHADA, et également dans le Journal officiel des Etats parties (lorsque ceux-ci en possèdent un). Mais la seule publication au Journal de l'OHADA suffit pour rendre les actes opposables trente jours francs après. Cette solution est bonne car elle résout le problème d'absence ou de non parution des journaux officiels dans certains Etats parties. Une fois que les actes uniformes sont publiés, ils sont donc opposables et peuvent être appliqués partout dans la zone OHADA. Ces actes uniformes ont une portée qu'il est nécessaire d'étudier.

Paragraphe Second : La portée des Actes uniformes

Selon l'article 10 « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure ». Ainsi sont affirmés la force obligatoire des actes uniformes et leur supériorité sur les normes juridiques nationales existantes et même futures (A). Néanmoins, des assouplissements ont été prévus (B).

A] Le principe d'application directe et obligatoire des Actes uniformes

Par application directe et obligatoire, il faut entendre que les Actes uniformes se substitueront obligatoirement, sans aucune autre procédure, aux règles de droit interne applicables dans chaque Etat partie. Les auteurs du Traité ont pensé que la solidarité entre Etats nécessaire au développement des pays ne peut exister que dans la mesure où elle est soutenue par un ordre juridique relativement uniformisé et suffisamment contraignant. Ils se sont inspirés, pour ce

faire, de l'article 189, alinéa 2 du Traité de Rome relativement aux « règlements »⁴¹. Le règlement est en effet obligatoire dans tous ses éléments et est directement applicable dans tout Etat membre sous réserve de sa publication au journal officiel des communautés et de l'expiration d'un délai (contrairement à la directive que nous avons déjà évoqué qui doit être transposé en droit interne par une loi nationale).

Deux conséquences découlent de cela : la première, c'est l'abrogation par les Etats membres des règles internes ayant fait l'objet d'Actes uniformes, même si elles sont techniquement plus modernes. Tel est par exemple le cas de la loi ivoirienne sur le recouvrement simplifié des créances. La seconde se ramène à l'interdiction d'élaborer de nouvelles lois dans l'avenir dans les domaines objet d'Actes uniformes. Sauf lorsque l'Acte uniforme autorise, les Etats à légiférer dans certains cas précis. Il en va ainsi par exemple des sanctions à édicter pour les incriminations énoncées dans l'Acte uniforme (article 5).

B] Tempéraments au principe d 'application directe et obligatoire

Les Actes uniformes ont prévu l'admission de la coexistence des différentes normes juridiques dans certains cas. Il en va ainsi notamment à l'article 1 de l'acte uniforme portant droit commercial où « tout commerçant demeure soumis aux lois contraires au présent acte uniforme qui sont applicables dans l'Etat partie où se situe son établissement ou son siège social » et des mesures transitoires. Les situations juridiques existantes ont donc été prises en considération.

L'article 1 alinéa 3 de l'Acte uniforme portant droit commercial dispose que « les commerçants... devront se mettre en conformité avec les dispositions de l'Acte uniforme dans les deux ans de la publication » ce qui laisse un délai. L'instauration de cette période transitoire est bonne et était nécessaire car, il était difficilement concevable que chaque commerçant puisse intégrer et appliquer le droit OHADA (plus particulièrement l'Acte uniforme le concernant dès son entrée en vigueur.

⁴¹ Jacqueline LOHOUES-OBLE, op cit.

Chapitre Second : Les apports du droit des affaires harmonisé

Avec l'avènement du droit des affaires internationales ont été introduites de nombreuses innovations relativement à toutes les entreprises, le but étant de moderniser et sécuriser leur environnement juridique. Il est nécessaire d'étudier l'ensemble des innovations qui sont apparues dans l'ensemble des entreprises prévues par l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Cet Acte uniforme a permis une rénovation du statut des entreprises de la zone OHADA (Section Première), le renforcement des garanties des créances (Section Seconde) et l'adéquation des solutions aux difficultés des entreprises (Section Troisième).

Section Premier : La rénovation du statut des entreprises

Elle porte sur l'amélioration du statut du commerçant (Paragraphe Premier) ainsi que sur la rénovation des activités de commerce (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : L'amélioration du statut des entreprises

Elle concerne aussi bien les entreprises créées par des personnes physiques (A) que celles constituées sous forme de sociétés commerciales (B).

A] Les personnes physiques commerçantes

1) Les commerçants

Leur statut est déterminé par le livre 1 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général où est définie la notion de commerçant. L'article 2 de l'Acte uniforme confirme la notion traditionnelle de commerçant issue de l'article 632 du Code de commerce français de 1807, alors que la notion d'activités économiques⁴² avait la faveur des rédacteurs. Cet article dispose que « sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle ».

⁴² Voir à ce propos l'ouvrage de Messieurs FENEON et DELABRIERE, *Présentation de l'acte uniforme sur le droit commercial général*, Penant, n° spécial OHADA.

Cependant, il y a eu accroissement des opérations qui constituent des actes de commerce par nature. Il faut noter que l'énumération faite à l'article 3 de l'Acte uniforme est plus complète que celle énoncée à l'article 632 du Code de commerce⁴³. Outre les opérations commerciales traditionnelles d'achat et de vente des biens, meubles ou immeubles des actes effectués par les sociétés commerciales, l'acte uniforme ajoute « l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles » de même que « les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ». Cependant, on peut noter que ne figure pas dans cette liste, l'entreprise d'édition. Cela pourrait s'expliquer par le fait que l'énumération n'est pas exhaustive

En revanche, il n'y a pas d'innovation relativement aux actes de commerce par la forme, l'article 4 vise limitativement: la lettre de change, le billet à ordre et le warrant. Les articles 6 à 12 déterminent la capacité d'exercer le commerce, les incompatibilités ainsi que les interdictions. Ce qui met un terme aux incertitudes d'autrefois. Une innovation de taille doit être relevée, c'est qu'il n'existe aucune distinction entre hommes et femmes. En effet, aucune autorisation du mari n'est exigée. Cela peut paraître normal de notre point de vue occidental et il peut sembler choquant à notre lecteur que nous relevions cela mais, il faut se replacer dans une position géographique donnée. Les mœurs n'évoluent pas aussi vite en Afrique qu'en Occident. Les femmes ont encore, dans certaines régions d'Afrique un statut qui rappelle celui de la femme française avant les grandes lois d'émancipation féminine (obtention du droit de vote, légalisation de l'interruption volontaire de grossesse ...) et la société africaine demeure encore essentiellement patriarcale même si des changements sont intervenus.. C'est une véritable révolution car dans beaucoup d'Etats africains, la femme n'était pas considérée.

L'article 7 alinéa 2 ajoute même que « le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de son époux ». Il semble là que les rédacteurs de l'Acte uniforme ne se soit pas posé la question des époux qui exploitent ensemble un fonds commerce ? Selon un auteur, il faudrait admettre que les conditions de l'article ne sont pas cumulatives et qu'un époux qui participe avec son conjoint l'exploitation d'un fonds de

⁴³ Yves REINHARD, *Droit commercial (actes de commerce, commerçants, fonds de commerce)*, Litec, p. 217 et s.

commerce peut avoir la qualité de commerçant pourvu qu'il ait personnellement exercé des actes de commerce⁴⁴.

2) Les intermédiaires de commerce

En consacrant le livre 4 aux intermédiaires de commerce, l'acte uniforme clarifie leur situation en les distinguant de tout autre mandataire. L'article 137 définit l'intermédiaire de commerce comme « celui qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, le représenté, pour conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial ». Cependant, il précise que ce sont les règles du mandat qui s'appliquent aux relations entre l'intermédiaire, le représenté et le tiers; l'article 138 dispose que « l'intermédiaire de commerce est un commerçant » donc, en vertu de cet article, il a de droit, la qualité de commerçant et les dispositions relatives aux commerçants lui sont applicables. En outre, relativement au champ d'application de l'Acte uniforme, l'article 139 précise que le statut d'intermédiaire de commerce s'applique non seulement à la conclusion des contrats de ce dernier, mais encore à tout acte accompli en vue de cette conclusion ou relatif à l'exécution dudit contrat.

De plus, selon l'article 140, le statut de l'intermédiaire s'applique non seulement lorsque cet intermédiaire est inscrit au registre de l'un des Etats membres mais encore lorsque l'intermédiaire agit sur le territoire de l'un des Etats.

Les règles régissant les relations juridiques entre le représenté, l'intermédiaire et le tiers contractant sont celles du mandat, étant cependant précisé par ailleurs que le contrat écrit ou verbal entre le représenté et l'intermédiaire est en outre régi « par les usages dont ils avaient ou devraient avoir connaissance, et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des rapports de représentation de même type, dans la branche commerciale considérée » (article 145). Des particularités existent à l'intérieur même de la profession d'intermédiaire de commerce. En effet, il faut distinguer le commissaire, le courtier et l'agent commercial⁴⁵.

⁴⁴ Josette NGUEBOU, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 1998, p.11 et s.

⁴⁵ Voir les articles 160 et s. à ce sujet.

B] Les personnes morales commerçantes

L'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement économique est le bienvenu dans la mesure où hormis trois Etats membres, le Mali et la Guinée, tous les autres pays en étaient restés au droit vétuste du Code civil de 1804 et des lois des 24 juillet 1867 pour la société anonyme et 7 mars 1925 pour la SARL. L'acte uniforme sur les sociétés commerciales poursuit un triple objectif: harmoniser, améliorer, innover⁴⁶. L'acte uniforme comporte des dispositions générales à toutes les sociétés (1) mais également des règles spécifiques aux différentes formes de société (2).

1) Dispositions générales sur la société commerciale

Les dispositions de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales sont applicables à toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associée, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties. Les dispositions de l'Acte uniforme sont d'ordre public sauf dans les cas où il autorise expressément les associés à y déroger⁴⁷. Il faut noter l'existence de deux innovations apportées par les articles 4 et 5 par rapport à la législation ancienne: d'une part l'introduction de la notion d'économie. En effet, selon l'article 4 « la société commerciale est créée... dans le but de partager ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Ce qui a permis d'englober dans la définition une forme de « société » qui comme le GIE, n'a pas nécessairement la réalisation de profits directs comme objectif.

D'autre part, on assiste à la possibilité de création de la société commerciale par acte unilatéral (article 5) ; il peut s'agir d'une seule personne physique ou morale: c'est la société unipersonnelle. Cette volonté doit seulement être formalisée par un acte écrit qui n'est rien d'autre que les statuts. Cependant, le domaine des sociétés unipersonnelles est limité aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée (article 309 et 385). En effet, les définitions données aux autres formes de sociétés excluent la possibilité d'associé unique⁴⁸.

⁴⁶ Pascal AGBOYIBOR, *OHADA, nouveau droit uniforme des sociétés*, RDAI, 1998, n° 6, p.673 et s.

⁴⁷ Voir l'article premier de l'Acte uniforme.

⁴⁸ Voir les articles 270, 293, 864 et 869 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

L'originalité de la notion de société de l'Acte uniforme réside dans le glissement du contrat vers l'institution ainsi que dans la réforme des éléments caractéristiques de la société commerciale. Il semble en effet que l'article 4 tranche la controverse sur la nature juridique de la société, il privilégie la conception institutionnelle par rapport à la conception contractuelle⁴⁹. Si dans l'ancien droit positif la société commerciale relevait d'une situation contractuelle par son fondement, avec l'acte uniforme la constitution de la société, sa possible création par un acte unilatéral de volonté et l'effet constitutif de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier sont les éléments les plus caractéristiques du glissement du contrat vers l'institution. L'amélioration des règles de constitution de la société est la traduction de la prise en compte de l'intérêt commun des associés.

Les statuts (et leur modification) doivent revêtir la forme authentique, acte notarié ou acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire, avec reconnaissance d'écriture et de signature de tous les associés ou de leurs mandataires spéciaux (article 10). Cela n'est pas le cas en France où les associés peuvent créer une société par un acte sous seing (en respectant bien entendu la procédure obligatoire nécessaire à sa constitution). Dans d'autres pays de l'Union européenne, la solution de l'Acte uniforme quant à l'authenticité de l'acte de constitution prévaut également. C'est le cas notamment en Allemagne, en Belgique ou encore en Espagne. Si cette exigence permet de garantir que les dispositions du nouveau droit des sociétés sont bien respectées dans le pacte social, force est de constater que ce recours systématique au notaire alourdit les frais de constitution des sociétés et en allonge les délais.

Pour ce qui est de l'objet social, l'acte uniforme prévoit que toute société doit avoir un objet licite déterminé dans les statuts. Lorsque l'activité exercée est réglementée, la société doit se conformer aux règles particulières auxquelles ladite activité est soumise. C'est ainsi que pour les activités réglementées comme la banque, les assurances, il existe déjà des textes uniformes applicables dans la zone franc (Code CIMA pour les assurances) ou des textes à vocation sous régionale (réglementation bancaire dans l'UEMOA et la CEMAC).

Une innovation importante concerne le registre du commerce et du crédit mobilier où les évolutions importantes qui lui sont apportées par l'Acte uniforme sont inspirées des systèmes mis en place au Mali et au Sénégal. Celui-ci n'est plus un simple répertoire de renseignements

⁴⁹ KORE Jean Paul Claude, La nouvelle approche du concept de sociétés dans les Actes uniformes de l'OHADA, Mémoire de DEA, Université de Cocody, UFR Sciences Juridiques, 1998, p. 13 et s.

dont le contenu n'avait pas de valeur juridique. Selon l'article 19 de l'Acte uniforme sur le droit commercial, le registre du commerce a pour objet de recevoir l'immatriculation des personnes physiques ayant la qualité de commerçant, des sociétés commerciales et autres personnes morales assujetties à l'immatriculation. Ainsi l'immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier confère la personnalité juridique aux sociétés commerciales à l'exception notable de la société en participation. Le texte englobe également les succursales des sociétés étrangères exerçant sur le territoire de l'Etat qui n'ont pas la personnalité juridique autonome et distincte de celle de la société mère ou de la personne physique propriétaire.

Il existe un élargissement du champ d'informations commerciales. En effet, par l'obligation d'inscription au registre du commerce dans le mois du début d'exploitation pour les personnes physiques et dans le mois de leur constitution pour les sociétés, l'acte uniforme vise à offrir aux entreprises un plus large et plus rapide champ d'informations commerciales sur la situation juridique et financière de leurs partenaires commerciaux, ainsi que de la possibilité de mettre en place les garanties juridiques sérieuses et par là même à faciliter les échanges⁵⁰.

De nombreuses conséquences en découlent: les conditions de l'immatriculation au registre du commerce et de crédit mobilier sont plus strictes. Dorénavant, c'est à celui qui veut s'inscrire d'apporter la preuve de ses déclarations en produisant les pièces exigées par l'article 26. C'est pourquoi en lieu et place des registres locaux et du registre central existant antérieurement, l'article 20 introduit les notions de fichier national qui centralise les renseignements consignés dans chaque registre du commerce et de crédit mobilier dans chaque Etat et de fichier régional, tenu auprès de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, lequel centralise les renseignements consignés dans chaque fichier national.

2) Les règles spécifiques aux différentes sociétés

Il faut d'ores et déjà noter la disparition de la société en commandite par actions et la création du groupement d'intérêt économique (GIE). Pour le reste, l'acte uniforme reprend les formes connues de sociétés commerciales dans les Etats parties en y apportant quelques innovations.

⁵⁰ V. les articles 25 et 27.

a) La société en nom collectif (SNC)

La SNC est la société dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé que 60 jours au moins après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire. Le capital social, dont aucun montant minimum ou maximum n'est prévu, est divisé en parts sociales non négociables, dont la cession ne peut intervenir que par écrit, et avec l'accord unanime des associés. La gérance qui est organisée par les statuts peut être confiée à un ou plusieurs gérants, associés ou non, personnes physiques ou morales.

b) La société en commandite simple (SCS)

Selon l'article 293 de l'Acte uniforme, la SCS est définie comme étant la société dans laquelle coexistent un ou plusieurs associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales (les commandités) et un ou plusieurs associés qui ne sont responsables des dettes sociales que dans la limite de leurs apports (les commanditaires). Le capital social, librement fixé, doit distinguer la part des commandités et celle des commanditaires. Il est divisé en parts sociales non négociables dont la cession constatée par écrit, ne peut en principe être réalisée, qu'avec l'accord unanime des associés. La gérance est confiée à tous les commandités ou à un ou plusieurs d'entre eux, les commanditaires ne pouvant en aucun cas, faire un acte de gestion externe. La modification des statuts ne peut être décidée qu'à l'unanimité des commandités et à la majorité en nombre et en capital des commanditaires.

c) La société à responsabilité limitée (SARL)

C'est la SARL qui a connu le plus grand nombre de changements. Ces changements qui s'expliquent par la recherche d'une plus grande sécurité entraînent cependant un alourdissement du formalisme et du fonctionnement de cette société au point de la rapprocher de la société anonyme⁵¹. La SARL est la société dans laquelle un ou plusieurs associés (il y a donc la possibilité de créer une SARL unipersonnelle) ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports au capital social lequel ne peut être inférieur à un million de francs cfa (1524,49 euros) et dont les droits sont représentés par des parts sociales dont la

valeur nominale ne peut être inférieure à 5 000 francs cfa (7,62 euros). Les fonds libérant les apports en numéraire doivent être obligatoirement déposés chez un notaire ou en banque, sur un compte bloqué jusqu'à l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Les apports en nature d'une valeur globale supérieure à 5 millions de francs cfa (7622,45 euros) doivent obligatoirement être évalués par un commissaire aux apports choisi sur la liste des commissaires aux comptes.

Les parts sociales des SARL ne sont pas négociables, elles sont cessibles par acte qui, pour être opposable à la société, doit lui être remis en un exemplaire original ou lui être signifié par acte extrajudiciaire. En principe, les cessions de parts entre associés sont libres de même que celles réalisées entre conjoints, ascendants et descendants. Tandis que les cessions au profit de tiers doivent être autorisées par la majorité des associés non cédant représentant au moins les trois quarts des parts sociales. En cas de refus d'autorisation de cession, les associés non cédant sont tenus solidairement et indéfiniment d'acquiescer les parts du cédant dans les trois mois, à moins que dans ce délai, ce ne soit la société elle-même qui rachète les parts en réduisant son capital social.

La transformation de la SARL, qui ne peut intervenir que deux ans après la constitution, nécessite l'établissement d'un rapport d'un commissaire aux comptes certifiant que les capitaux propres sont au moins égaux au capital social et que les comptes des deux premiers exercices ont été approuvés.

d) La société anonyme (SA)

Il faut 10 millions de francs CFA minimum (15244.90 euros) pour constituer une société anonyme et chaque action vaut au minimum 10 mille francs CFA (15.24 euros).

L'innovation majeure réside dans la possibilité de pouvoir désormais constituer une société anonyme ou d'en maintenir durablement l'existence avec une seule personne physique ou morale (SA unipersonnelle). Ceci est une réelle évolution car auparavant, à l'instar des sociétés anonymes françaises, il fallait une pluralité d'associés. Les sociétés anonymes classiques ont le choix entre deux modes d'administration: un conseil d'administration ou un seul administrateur désigné en qualité d'administrateur général.

⁵¹ Jacqueline LOHOUES_OBLE, op cit.

(a) La société anonyme avec conseil d'administration

La société anonyme peut être administrée par un conseil d'administration (comme c'est déjà le cas) composé de 3 à 12 membres. Ce plafond pouvant être provisoirement relevé à 15 membres en cas de fusion avec une ou plusieurs autres sociétés. La durée du mandat des administrateurs ne peut excéder six ans en cas de nomination en cours de vie sociale et 2 ans en cas de désignation par les statuts ou par l'assemblée générale constitutive. Le conseil d'administration qui est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société engage la société dans ses rapports avec les tiers y compris par des décisions qui ne relèvent pas de l'objet social. Comme nous l'avons signalé pour la SARL, en cours de vie sociale, les administrateurs sont nommés remplacés ou révoqués ad nutum par l'assemblée générale ordinaire.

Les décisions du conseil sont prises à la majorité des administrateurs présents ou représentés; les délibérations du conseil, comme les décisions de l'administrateur général doivent être consignées dans des procès-verbaux portés à un registre des délibérations côté et paraphé. L'article 449 introduit la nécessité de l'approbation préalable par le conseil d'administration des cautions, avals garanties à première demande par la société pour des engagements pris par des tiers. La garantie accordée sans autorisation du conseil n'est pas opposable à la société.

Le président-directeur général préside le conseil d'administration et assure la direction générale de la société. Il représente celle-ci dans ses rapports avec les tiers et peut être lié à elle par un contrat de travail. Il peut être révoqué à tout moment par le conseil d'administration.

(b) La société anonyme avec administrateur général

L'Acte uniforme institue la société anonyme sans conseil d'administration. Dans ce cas, la société est administrée et dirigée par un administrateur général. Cette formule n'est cependant réservée qu'aux sociétés anonymes ayant un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à 3. Selon la formule de l'article 417 alinéa 1 « la société anonyme unipersonnelle ne peut être dirigée que par un administrateur ». L'administrateur général peut être assisté d'un administrateur général adjoint.

e) Le groupement d'intérêt économique (GIE)

L'Acte uniforme introduit le GIE dans la législation des Etats membres. Le GIE a pour but de mettre en oeuvre pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres à améliorer ou à accroître les résultats de celle-ci. Son objet doit se rattacher directement à l'activité économique de ses membres. Le GIE qui ne donne pas lieu par lui-même à la réalisation et au partage de bénéfices peut être constitué par deux ou plusieurs personnes physiques ou morales, y compris les personnes exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

Le GIE jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à compter de son immatriculation. Les membres du GIE sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. Ils sont solidaires du paiement des dettes du groupement, sauf en cas de convention contraire avec le tiers cocontractant. Le GIE est administré par une ou plusieurs personnes physiques ou morales, les personnes morales devant désigner des représentants permanents.

f) La société en participation (SEP)

L'article 855 de l'Acte uniforme pose le principe de la totale liberté des conventions entre les associés pour constituer entre eux une société en participation et pour déterminer notamment son objet, sa durée et les conditions de sa gestion et de son fonctionnement, de même que l'étendue et les modalités des droits des associés. Cette liberté est toutefois limitée par l'obligation qui est faite aux associés de la SEP de respecter les règles communes aux sociétés et notamment à celles relatives aux caractéristiques du contrat de société. Si les associés n'ont pas prévu des dispositions particulières pour régir leurs rapports, les règles applicables aux associés de la SNC leur seront appliquées. La rénovation du statut des entreprises qui s'est faite en direction du statut des commerçants s'est poursuivie relativement aux activités de commerce.

Paragraphe Second : La rénovation portant des activités de commerce

Elle concerne à la fois les baux commerciaux (A) et la vente entre professionnels (B).

A] Les baux commerciaux et le fonds de commerce

1) Le bail commercial

Les dispositions de l'Acte uniforme relatives au bail commercial, dont certaines sont d'ordre public, régissent les aspects essentiels de ce contrat mais laissent une grande liberté aux parties tout en tenant compte des spécificités africaines. L'adaptation aux spécificités africaines se rencontre dans l'article 69. La nouvelle législation sur le bail commercial s'applique dans toute ville de plus de cinq mille habitants ainsi qu'aux personnes morales de droit public, qu'elles interviennent en qualité de bailleur ou de preneur. En outre, les parties peuvent convenir d'un bail verbal ou écrit à durée déterminée ou indéterminée.

Il y a un accroissement des droits du preneur; en effet, l'article 91 accorde à tout professionnel commerçant, industriel, artisan ou profession libérale le droit au renouvellement du bail qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, dès lors qu'il justifie d'une exploitation de son entreprise ou de l'exercice de sa profession dans les lieux loués pendant une durée minimale de deux ans. Le propriétaire de l'immeuble peut refuser le renouvellement du bail en versant une indemnité d'éviction fixée en accord entre les parties ou par le juge qui tient compte, pour ce faire, du montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le locataire et de la situation géographique des lieux loués. Cependant, le propriétaire de l'immeuble n'a pas à payer l'indemnité s'il justifie d'un motif grave et légitime de résiliation contre le locataire ou s'il envisage de démolir l'immeuble pour le reconstruire.

2) Le fonds de commerce

Selon l'article 103, le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle. Pour tenir compte de la notion retenue en droit comptable, le fonds de commerce comprend désormais obligatoirement la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial. Rien n'empêche le propriétaire d'y ajouter d'autres éléments matériels (installations, machines, marchandises) ou

incorporels (licences d'exploitation) pour les gérer, les louer ou les vendre, soit globalement, soit séparément. L'Acte uniforme prévoit par ailleurs les conditions dans lesquelles le fonds peut être exploité sous forme de location gérance (le contrat doit être nécessairement par écrit) et les droits qui sont offerts aux tiers lors de cette cession. Si les règles juridiques du nantissement, de la vente et de la location gérance sont restées les mêmes qu'autrefois, force est de constater que le propriétaire du fonds de commerce n'est plus légalement responsable solidairement des dettes du locataire-gérant pendant les six premiers mois de la gérance.

B] La vente entre professionnels

L'Acte uniforme instaure un nouveau droit de la vente, qui est moderne en ce sens qu'il intègre les conventions internationales en la matière de manière à encourager et faciliter la vente commerciale interne et internationale. Les nouvelles dispositions⁵² s'appliquent à tous les contrats de vente entre commerçants. L'Acte uniforme retient la terminologie usuelle de vente de marchandises qui renvoie à la notion de biens mobiliers ou corporels. D'où les exclusions énoncées à l'article 203-3 (les ventes de valeurs mobilières, d'effet de commerce de monnaies ou de devises et créances). De même, l'Acte uniforme exclut les ventes aux consommateurs, les ventes sur saisie ainsi que les contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste dans une fourniture de main-d'œuvre ou de services. La vente commerciale est réglementée dans le détail, de sa formation à sa résolution en passant par son exécution⁵³.

Section Seconde : Le renforcement des garanties des créanciers

Ce second volet des Actes uniformes dont l'objectif est de constituer un environnement juridique et judiciaire favorable à la sécurité des acteurs économiques, est constitué par le droit des sûretés d'une part (A), et par les procédures simplifiées de recouvrement des créances et les voies d'exécution, d'autre part (B)⁵⁴.

⁵² Jean-René GOMEZ, *Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique*, Penant, numéro spécial OHADA, 1998, p.145 et s. ; Josette NGUEBOU, *op cit*, p. 65 et s.

⁵³ Sur toutes ces questions v. Josette NGUEBOU, *op. cit*, p. 67 et s. ; Jean-René GOMEZ, *op. cit.*, p. 156 et s.

⁵⁴ Sur la question, v. Joseph ISSA-SAYEGH, *Présentation de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif*, Penant, numéro spécial OHADA, p. 204 et s.

Paragraphe Premier : La réforme du droit des sûretés

Elle se justifiait en raison de la vétusté et des lacunes des textes qui affectaient les sûretés personnelles (A) et les sûretés réelles (B).

A] Les sûretés personnelles

1) Le cautionnement

L'acte uniforme concilie les intérêts légitimes du créancier garanti et de la caution, notamment sur les points essentiels suivants: pour protéger le consentement de la caution, l'article 8 a requis, sous peine de nullité, que le cautionnement soit exprimé par écrit pour une somme déterminée ab initio, en principal et accessoires de la dette. Pour protéger le consentement de la caution illettrée, il a été prévu qu'elle se fasse assister de deux témoins lettrés; pour renforcer la sécurité du créancier garanti, le principe retenu est que la caution est solidaire du débiteur principal, sauf stipulation contraire expresse; pour éviter que la caution ne soit surprise par les incidents de paiement du débiteur garanti et ne puisse prendre les mesures conservatoires qui s'imposent pour préserver ses intérêts, le créancier a l'obligation, sous peine de perdre ses recours contre elle, de l'informer de toute défaillance du débiteur, déchéance ou prorogation du terme et de l'évolution du passif du débiteur garanti lorsque le cautionnement est général.

2) La lettre de garantie

La lettre de garantie est une convention par laquelle, à la requête ou sur instructions du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier. C'est une réelle innovation car ce type de convention n'existait pas auparavant dans le droit des Etats membres. Sa réglementation est empruntée aux règles suggérées par la Chambre de commerce internationale⁵⁵. Des conditions de fond et de forme strictes ont été édictées (sous peine de nullité), à l'instar du formalisme exigé pour la validité des effets de commerce, pour empêcher les personnes physiques de contracter de telles garanties et pour permettre aux seules personnes morales qui peuvent s'y

⁵⁵ V. CCI, *Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties à première demande*, 1992 ; Michèle VASSEUR, *Les nouvelles règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande*, RDA/IBLJ, n°3, p. 239 et s.

soumettre d'être parfaitement renseignées sur la nature et le contenu de leurs engagements. Les effets attachés à la garantie à première demande sont ceux reconnus par la pratique des affaires et la jurisprudence.

B] Les sûretés réelles

Les sûretés réelles se décomposent en deux. Il y a tout d'abord les sûretés mobilières (1) puis, il y a les sûretés immobilières (2).

1) Les sûretés mobilières

L'acte uniforme prend en compte le droit de rétention (a), le gage(b), le nantissement des actions et parts sociales (c) et les privilèges généraux (c).

(a) Le droit de rétention

Autrefois consacré par quelques textes particuliers et épars, le droit de rétention fait désormais l'objet de dispositions de portée générale offrant des avantages indéniables par rapport au passé⁵⁶. L'assiette et la réalisation du droit de rétention sont nettement définies et en font une sûreté active et achevée assimilée au gage contrairement au droit français.

(b) Le gage

Le gage est le contrat par lequel un bien meuble est remis au créancier ou à un tiers convenu entre les parties pour garantir le paiement d'une dette. Le gage a subi une mise à jour des techniques de constitution lorsqu'il porte sur certains biens mobiliers incorporels (titres de créance, titres nominatifs ou à ordre) ou sur des choses fongibles ou consommables. Notamment, la constitution d'un gage sur des créances fait désormais l'objet de dispositions précises permettant au créancier gagiste de réaliser la créance gagée sans préjudice pour lui ni pour le débiteur titulaire de la créance donnée en gage.

(c) Le nantissement des actions et parts sociales

Cela a été instauré à côté des nantissements sans dépossession classique sur le fonds de commerce, le matériel professionnel et les véhicules automobiles qui n'ont pas subi de

⁵⁶ Dispositions inspirées du droit sénégalais des sûretés. A ce sujet, v. Joseph ISSA-SAYEGH, *Le droit de rétention en droit sénégalais*, Penant, n°810, 1992, p.261 et s.

modifications notables. Le nantissement des actions et des parts sociales est articulé sur les dispositions du droit des sociétés commerciales et des voies d'exécution, ainsi qu'au nantissement des stocks et des matières premières. Concernant ce dernier nantissement, on constatait autrefois une multitude de warrants (agricole, industriel, pétrolier...) chacun étant régi par un texte spécial. L'acte uniforme a instauré une réglementation commune et uniforme de tous ces warrants qui s'appellent désormais nantissement. C'est un véritable billet à ordre endossable qui constate la créance et sa garantie et qui permet la mobilisation de cette créance.

(d) Les privilèges généraux

La réduction de la liste des privilèges généraux s'est effectuée par l'élimination des privilèges qui ne correspondaient ni à l'Afrique, ni à notre époque (on peut donner comme exemple le privilège de la nourrice ou encore le privilège du crédit foncier)⁵⁷. Ainsi, l'assiette mobilière est déterminée avec exactitude, ainsi que leur rang entre eux d'abord, et parmi toutes les autres sûretés ensuite. Les privilèges généraux sont, par essence, occultes. Pourtant certaines d'entre eux garantissent des sommes très importantes (trésor, douane, organismes de sécurité sociale) qui souvent, absorbent l'intégralité de l'actif. C'est pourquoi il a été jugé opportun d'assurer une publicité de certains de ces privilèges pour le rendre opposables aux créanciers à travers un registre du crédit mobilier (réglementé par l'Acte uniforme sur le droit commercial général en association avec le registre du commerce) qui, par ailleurs, centralise la publicité de toutes les sûretés mobilières soumises à cette formalité.

2) Les sûretés immobilières

Le droit des sûretés immobilières étant organisé sensiblement de la même façon dans les pays de la zone franc, l'unification de certains points essentiels passibles de réforme ne présentait pas de difficultés majeures. Nous nous bornerons donc à évoquer les hypothèques (a) et la publicité foncière (b).

(a) Les hypothèques

Les hypothèques conventionnelles constituent le droit commun des hypothèques sous réserve des dispositions particulières aux hypothèques forcées. La forme authentique ou sous seing privé de la convention d'hypothèque est décidée par la législation de chaque Etat partie. Cela

signifie que d'un pays à l'autre, l'intervention du notaire en la matière est plus ou moins obligatoire en fonction de la législation nationale.

Il a paru judicieux de réglementer l'hypothèque forcée du vendeur, de l'échangiste, du copartageant et du prêteur de deniers, de l'architecte et de l'entrepreneur ainsi que l'hypothèque judiciaire conservatoire. Le soin a été laissé à chaque Etat membre de réglementer les autres hypothèques forcées, notamment celles relevant du droit de la famille (hypothèque légale d'un époux ou des incapables, privilège des créanciers séparatistes...) et de la comptabilité publique, étant entendu que leur est appliqué le principe de l'inscription obligatoire des hypothèques forcées pour être opposables aux autres créanciers du débiteur.

L'article 123 a supprimé la règle ancienne selon laquelle les inscriptions d'hypothèques ne se périssent pas. Cela exposait le débiteur qui se serait acquitté de sa dette à supporter des frais importants de radiation alors même qu'il pourrait attendre patiemment l'écoulement du délai de validité de l'inscription pour qu'elle tombe automatiquement sans frais. La purge des hypothèques aurait dû être possible en cas de vente de gré à gré. Elle n'a été retenue ni dans le droit des sûretés ni dans celui des voies d'exécution. En effet, la purge des hypothèques ne peut résulter que d'une vente forcée judiciaire ou d'une expropriation pour cause d'utilité publique ou du paiement intégral de la dette suivi d'une mainlevée.

(b) La publicité foncière

Tout droit réel immobilier comme la propriété, l'usufruit, la servitude ou encore le bail emphytéotique doit faire l'objet d'une publicité foncière. Pour cela, il faut observer une procédure d'immatriculation pour l'établissement d'un titre foncier sans lequel aucune constitution, transmission ou modification de droit réel immobilier n'est possible. La publicité foncière est gérée par des services administratifs, c'est la conservation foncière. Les règles ou formalités de publicité proprement dites des hypothèques telles que l'inscription de la constitution, de la mainlevée, de la transmission et de la modification n'ont pas été touchées.

⁵⁷ Jacqueline LOHOUES-OBLE, *op cit.*

Paragraphe Second : La simplification des procédures de recouvrement des créances et le renforcement des voies d'exécution

A] Les procédures de recouvrement des créances

La procédure d'injonction de payer est généralisée à tous les pays. Elle est ouverte pour toute créance certaine, liquide et exigible ayant une cause contractuelle ou représentée par un effet de commerce ou un chèque. L'injonction de délivrer, seconde procédure simplifiée, est une innovation dans la zone franc. Elle concerne l'obligation de délivrer une chose que le débiteur doit remettre en exécution d'un contrat ou restituer après résolution ou résiliation de celui-ci. Il est prévu une compensation judiciaire possible entre les dettes et les créances réciproques d'une personne morale de droit public et d'une personne de droit privé.

B] Le renforcement des voies d'exécution

La saisie-conservatoire est possible si la créance résulte d'un effet de commerce ou d'un chèque impayé et protesté ou du non-paiement d'un loyer constaté par un commandement de payer resté sans effet. Pour ce qui est de la saisie exécution mobilière, l'innovation consiste à permettre au débiteur de vendre le bien saisi à l'amiable avec l'accord de ses créanciers poursuivant, ce qui permet de réduire les frais inhérents à une vente publique et d'obtenir un meilleur prix de vente.

La saisie-arrêt des créances autres que les salaires est caractérisée par le cantonnement de la saisie aux seules sommes dues (suppression de l'ancien principe de l'indivisibilité de la saisie-arrêt qui immobilisait une somme plus importante que celle due) et par l'attribution immédiate du montant saisi au premier créancier saisissant malgré d'autres saisies ou d'autres oppositions ultérieures. En ce qui concerne la saisie des valeurs mobilières et de droits d'associés, c'est une procédure particulière qui n'existait pas parce qu'elle ne pouvait pas être mise en oeuvre à partir de la saisie exécution prévue uniquement pour des biens corporels ou de la saisie-arrêt exclusivement réservée aux créances. La saisie-appréhension et la saisie revendication complètent la procédure simplifiée d'injonction de délivrer.

Section Seconde : La rénovation du droit des entreprises en difficulté

L'Acte uniforme, sans rechercher un modèle tout fait, après avoir identifié les problèmes qui se posent en la matière a donné des solutions efficaces et adaptées au contexte juridique, judiciaire, économique et social des entreprises des Etats concernés. Trois procédures ont été instituées, elles sont destinées résoudre les difficultés des entreprises. Il y a une procédure préventive de la cessation des paiements, le règlement préventif et deux procédures destinées à remédier à la cessation des paiements qui sont le règlement judiciaire et la liquidation des biens (Paragraphe Premier). En outre, il a été prévu des sanctions personnelles contre les dirigeants maladroits ou malhonnêtes de ces entreprises (faillite, banqueroute et infractions assimilées). Pour tenir compte de la possible dimension internationale des procédures collectives, des dispositions spéciales ont été prévues pour résoudre les difficultés auxquelles elles peuvent donner lieu (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : Le mécanisme des procédures collectives

A] La procédure d'alerte

En remarque préliminaire, il faut noter que ne sont soumises aux procédures collectives que les personnes physiques ayant la qualité de commerçants, c'est-à-dire qu'en sont exclus les artisans et les agriculteurs. Toutefois, rien n'empêche tel État partie lui le désirerait, de les y assujettir par une disposition spéciale de droit interne. Les entreprises publiques constituées en la forme d'une personne morale de droit privé sont également soumises à ces procédures. Cette disposition⁵⁸ règle ainsi l'épineuse et insoluble question de l'insaisissabilité des biens et deniers publics de ces entreprises qui leur assurait une réelle immunité incompatible avec les aléas de la vie économique et la confiance que doivent inspirer les relations d'affaires.

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique organise une procédure d'alerte propre aux sociétés commerciales dont le but est l'améliorer le contrôle des sociétés et d'assurer la protection des droits les associés et des tiers. Elle peut être déclenchée par le commissaire aux comptes ou par les associés.

B] Le règlement préventif

Il est destiné à toutes les entreprises quelle que soit la forme, individuelle ou collective en laquelle elles sont constituées qui traversent une situation financière ou économique difficile, mais non irrémédiablement compromise, pour leur permettre d'éviter la cessation des paiements en demandant un concordat préventif. Il n'est pas nécessaire qu'une procédure d'alerte interne ait été déclenché pour que puisse s'engager la procédure de règlement préventif et, inversement, toute procédure d'alerte interne ne débouche pas nécessairement sur un règlement préventif. La juridiction compétente est saisie par une requête du débiteur à laquelle sont jointes des pièces exigées par les articles 5 et 6. En même temps ou, au plus tard, dans les 30 jours suivants, le requérant doit déposer un projet de concordat préventif.

Pour permettre au débiteur et aux créanciers de s'entendre sur ce concordat et à l'expert ou au syndic désigné d'examiner la situation de l'entreprise et de servir d'intermédiaire entre les parties, la juridiction compétente ordonne la suspension des poursuites individuelles. L'expert ou le syndic doit déposer son rapport dans les 2 mois de sa saisine et aussitôt, la juridiction compétente statue sur l'homologation du concordat préventif.

Ce concordat peut comporter des remises et des délais différents consentis par les créanciers (les délais consentis ne peuvent toutefois excéder trois ans) ainsi que des mesures de restructuration et de financement. La juridiction compétente peut imposer un délai de deux ans aux créanciers récalcitrants, mais ne peut entériner un délai supérieur à un an pour les créances de salaires. L'homologation est rejetée si le débiteur ne relève d'aucune procédure collective. Elle est transformée d'office en redressement judiciaire ou en liquidation des biens s'il y a cessation des paiements qui se caractérise par le fait de ne pas pouvoir faire face à son passif exigible avec son actif disponible⁵⁹.

C] Le redressement et la liquidation judiciaire

Ces deux procédures sont prévues en cas de cessation des paiements du débiteur. La juridiction compétente se saisit d'office ou est saisie par les créanciers impayés ou encore par

⁵⁸ Article 2 de l'Acte uniforme

⁵⁹ Article 25 de l'Acte uniforme

le débiteur qui fait sa déclaration de cessation des paiements en joignant les pièces exigées par l'acte uniforme. La juridiction compétente prononce l'ouverture du redressement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat de redressement sérieux. Elle doit prononcer la liquidation des biens lorsque le débiteur n'a pas proposé de concordat de redressement ou en a proposé un non suivi d'homologation ou lorsque le concordat homologué est annulé.

1) Le redressement judiciaire

Cette procédure permet au débiteur d'obtenir un concordat de redressement dont l'objet n'est pas uniquement d'obtenir des délais et des remises, mais également de prendre toutes mesures juridiques, techniques et financières, y compris la cession partielle de l'entreprise susceptibles de réaliser le rétablissement des conditions de fonctionnement normal de l'entreprise. L'objectif étant le redressement de l'entreprise qu'il faut préserver comme unité économique et sociale, les traits caractéristiques de cette procédure sont les suivants: tous les créanciers , chirographaires ou titulaires de sûretés, subissent la suspension des poursuites individuelles jusqu'à l'homologation du concordat, la déchéance du terme de leurs créances, l'arrêt du cours des intérêts et de l'inscription des sûretés. Si le concordat de redressement ne consiste qu'en l'obtention de délais, la juridiction compétente peut les accorder sans vote des créanciers. Dans les autres cas, le concordat peut être voté et homologué en des termes inégaux selon les créanciers, c'est-à-dire selon les termes diversement acceptés par eux. Le principe de l'égalité cède devant celui de la liberté des créanciers (sous réserve qu'il n'y ait pas de stipulation d'avantages particuliers), de l'intérêt public et du caractère sérieux du concordat.

La résolution du concordat de redressement n'est pas automatiquement prononcée en cas de défaut d'exécution mais lorsqu'elle intervient, elle entraîne automatiquement l'ouverture d'une liquidation des biens à la différence de la résolution du concordat préventif qui peut déboucher sur une procédure de redressement judiciaire. Le but recherché est de faire du redressement judiciaire une procédure souple et rapide. C'est pourquoi le débiteur est maintenu à la tête de son patrimoine qu'il administre sous la surveillance du syndic ⁶⁰ qui est le représentant des créanciers. Il n'est pas nécessaire d'autoriser la continuation de l'activité de l'entreprise qui devient le principe et il est fait appel au juge-commissaire plutôt qu'à la juridiction du siège aussi souvent que possible.

2) La liquidation judiciaire

Cette procédure doit aboutir à l'apurement du passif à l'issue des opérations de réalisation de l'actif mobilier et immobilier. Dans ce cas, le syndic représente le débiteur et les créanciers. Pour éviter la dispersion des procédures d'exécution du droit antérieur, c'est désormais le syndic seul qui est chargé, en principe, de réaliser, l'actif mobilier ou immobilier, à l'exclusion du trésor et des créanciers munis de sûretés réelles spéciales (gage, nantissement, hypothèque) comme cela était le cas autrefois. Ceux-ci ne retrouvent leur liberté d'exécution, à charge de rendre compte de son résultat au syndic, que si cet organe de la procédure reste passif pendant un délai de trois mois suivant le jugement de liquidation des biens. Les modalités des opérations de cession globale d'actifs mobilier et immobilier sont précisées pour éviter les difficultés d'autrefois résultant du défaut d'indication ou de précision sur la valeur des différents éléments cédés, fort utile cependant pour l'exercice des droits des créanciers titulaires de sûretés réelles générales et spéciales.

Quant à la réalisation des immeubles, elle peut se faire de trois façons (vente forcée sur saisie immobilière, vente sur adjudication amiable, vente de gré à gré) ce qui laisse la possibilité au juge-commissaire, sur requête du syndic ou du poursuivant, de choisir la plus appropriée à l'importance du bien ou à la conjoncture. Une autre innovation importante doit être signalée ; en effet, l'ordre dans lequel les créanciers doivent être payés (y compris les créanciers contre la masse) est nettement défini selon qu'il s'agit de la distribution des deniers provenant de la réalisation des immeubles ou des meubles⁶¹.

Paragraphe Second : Les sanctions contre les dirigeants et autre procédures collectives

L'Acte uniforme consacre un acquis définitif des procédures collectives modernes d'apurement du passif en distinguant le sort de l'entreprise du sort des dirigeants de celle-ci, au moyen de sanctions patrimoniales d'interdictions ou de déchéance (A). Il prend également en compte les procédures collectives internationales (B).

⁶⁰ L'OHADA reprend ici cette appellation qui n'existe plus en droit français

⁶¹ Nous avons déjà évoqué ce point plus haut dans notre développement

A] Le sort du dirigeant fautif

1) Les sanctions patrimoniales

Si les sanctions patrimoniales contre le dirigeant propriétaire de son entreprise se confondent avec le sort même de celle-ci, il n'en est de même lorsque cette entreprise est une personne morale de droit privé. D'où l'idée de rendre le dirigeant personnellement débiteur des dettes de l'entreprise dans certains cas. Ces sanctions sont l'obligation des dirigeants d'assurer tout ou partie du comblement du passif de l'entreprise lorsque, par leur faute, ils ont provoqué une insuffisance d'actif (l'exigence d'une faute établie a remplacé la présomption de faute retenue par la législation antérieure en pareille hypothèse); l'extension des procédures collectives ouvertes contre la personne morale à ses dirigeants lorsque ceux-ci se sont comportés comme de véritables maîtres de l'affaire ; l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation des biens contre ceux qui n'auraient pas acquitté le passif de la personne morale mis à leur charge ; l'interdiction de céder leurs droits sociaux ; l'interdiction d'exercer leur droit de vote dans les assemblées et, éventuellement, l'obligation de céder ces droits .

2) La faillite personnelle

Sous cette expression, sont désormais désignées et rassemblées toutes les déchéances et interdictions dont les dirigeants sont susceptibles d'être frappés lorsqu'ils ont eu un comportement anormal ou immoral. Ce sont l'interdiction: générale de faire le commerce et, notamment, de diriger, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale ayant une activité économique; d'exercer une fonction politique électorale et d'être électeur pour ladite fonction politique; d'exercer toute fonction politique, administrative, judiciaire ou professionnelle. La durée de ces interdictions est fixée par le juge, elle ne peut être inférieure à 3 ans ni supérieure à 10 ans. La distinction entre faillite personnelle obligatoire et facultative est faite selon le degré de gravité des fautes commises. La réhabilitation est possible dans des conditions précisées par les articles 204 et suivants. Comme nous l'avons déjà constaté plus haut, en ce qui concerne les sanctions pénales, l'Acte uniforme se contente de définir les infractions, les sanctions pénales étant du ressort de chaque Etat partie.

B] Les procédures collectives internationales

Pour tenir compte des problèmes que soulèvent les effets d'une procédure collective à l'extérieur du territoire où elle a été ouverte, il a paru nécessaire de consacrer un titre spécial sur les procédures collectives internationales. Les dispositions de ce titre ont pour but, d'une part, de déterminer les effets à l'étranger d'une procédure collective unique (1) et, d'autre part, de coordonner les effets de plusieurs procédures collectives ouvertes dans des pays différents (2).

1) Effets à l'étranger d'une procédure collective unique

Les décisions d'ouverture et de clôture d'une procédure collective ainsi que celles qui règlent les contestations nées de celle-ci, lorsqu'elles sont devenues irrévocables, acquièrent l'autorité de la chose jugée dans les autres Etats parties où elles sont publiées le cas échéant. Le syndic désigné peut exercer, sur le territoire des autres Etats parties, tous les pouvoirs que lui confère l'acte uniforme. Les créanciers et les débiteurs de la personne déclarée en cessation de paiements, situés à l'étranger, sont traités à égalité avec ceux situés sur le territoire de la juridiction qui a prononcé l'ouverture de la procédure unique.

2) Procédure collective principale et procédure collective secondaire

Pour éviter que plusieurs procédures collectives ouvertes contre le même débiteur n'entrent en concurrence ou en conflit, des dispositions ont été prises pour que soit considérée comme principale celle ouverte dans l'Etat où le débiteur a son siège social ou son principal établissement à laquelle les autres procédures (dites secondaires) sont subordonnées de façon à assurer une coordination entre elles (devoir d'information réciproque entre syndics, production commune des créances, transfert des surplus d'actif).

La sécurité juridique voulue par les Etats partie au Traité OHADA est donc mise en œuvre par un organe supranational appelé Conseil des Ministres qui intervient dans la sphère législative afin de créer des nouvelles règles juridiques, appelées Actes uniformes, qui apportent de nombreuses innovations au droit des affaires des pays membres de l'OHADA. Mais, qu'a-t-on prévu en ce qui concerne la sécurisation judiciaire du droit des affaires dans l'espace OHADA ?

PARTIE SECONDE :
LA SECURISATION JUDICIAIRE DU DROIT DES
AFFAIRES

La crainte constante des entreprises de la zone OHADA, et au-delà dans toute l'Afrique, est l'insécurité judiciaire qui règne dans l'environnement de tous les jours des entreprises. Les entreprises se retrouvent confrontés à des procédures très longues, à l'issue incertaine des litiges en raison de la formation imparfaite des magistrats ou d'autres causes beaucoup moins avouables telle la corruption, à l'instabilité de la jurisprudence ou encore à l'absence de transparence de celle-ci. Les Etats membres de l' OHADA se sont donnés pour mission d'assainir l'environnement judiciaire de leurs entreprises et des entreprises étrangères afin que celles-ci puissent enfin évoluer dans un environnement sain. Pour ce faire, les rédacteurs de l' OHADA ont créé deux nouvelles institutions, il s'agit de l' Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature a pour but de former un corps de magistrat et de personnels judiciaires aptes à appliquer de façon convenable le droit uniforme des affaires. Son directeur, Timothé Some, est issu de la République du Burkina Faso et elle a son siège à Porto-Novo au Bénin. Elle concourt également à la formation et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des Etats parties. Cette institution est importante pour deux raisons au moins. D'une part, le personnel judiciaire étant formé professionnellement et juridiquement formé de la même façon, quel que soit le pays membre auquel il appartient, et la garantie d'une bonne application du droit uniforme par les juridictions de première instance et d'appel qui sont, le plus souvent, décisives dans un procès car statistiquement, les recours en cassation sont rares. D'autre part, la formation dispensée par cette Ecole concerner non seulement les magistrats proprement dits, mais aussi les personnels judiciaires et para-judiciaires (greffiers, syndics, huissiers, experts, avocats, notaires ...).

En dépit de son importance, l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature n'est pas l'organe principal de la sécurisation judiciaire même si elle y participe forcément de par la formation qu'elle dispense en ce qui concerne le droit OHADA et l'enrichissement juridique qu'elle procure aux personnes qui suivent ses enseignements. C'est la raison pour laquelle nous ne développerons pas d'autres réflexions à son sujet. En effet, ce rôle est dévolu à titre principal à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Celle-ci se voit attribuer par le Traité OHADA plusieurs compétences qui concourent à préserver la cohérence et l'unité du droit uniformisé des affaires. La CCJA est un organe très original de par sa forme car, pour la première fois à notre connaissance, une juridiction va à la fois pouvoir traiter de contentieux et d'arbitrage. C'est une institution chargée du contrôle et du règlement des différends dans le nouveau droit des affaires. Le Traité OHADA a prévu une procédure d'arbitrage sous la responsabilité de la CCJA. Cela a pour objet de régler de manière extra judiciaire un litige et également de combattre le monopole géographique existant en la matière et qui voit la plupart des procédures d'arbitrage se dérouler en Europe, même lorsqu'elles opposent un Etat africain à une entreprise européenne et qu'elles sont relatives à l'inexécution d'un contrat soumis au droit dudit Etat.

Comment va se faire le contrôle du droit des affaires harmonisé? Les dispositions relatives à ce contrôle sont différentes selon qu'il s'agit du contentieux du Traité ou du contentieux des actes uniformes (Titre Premier). Et qu'en est-il exactement de l'arbitrage? Le droit de l'arbitrage prévu par le Traité OHADA nécessite une étude approfondie car participant de l'objectif de sécurisation de l'environnement juridico-économique des entreprises (Titre Second).

Titre Premier : La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

La CCJA est l'organe juridictionnel du Traité OHADA. Elle dispose à cet effet de compétences et autres attributions que les Etats parties lui ont confié au travers du Traité.

La CCJA dont le siège est établi à Abidjan, a été souhaitée, en raison de ses doubles fonctions juridictionnelles et de centre d'arbitrage, comme la plus indépendante possible des Etats Parties. Ainsi, afin d'éviter que chaque Etat Partie y ait son juge, elle n'est composée que de sept juges, nationaux des Etats Parties, tous de nationalités différentes. Le Traité précise même spécifiquement en son article 31 qu'elle ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même Etat⁶².

Nous allons traiter ici de la fonction juridictionnelle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (Chapitre Second). Toutefois, nous ne pouvons pas traiter de cela sans au préalable avoir étudié la manière dont est organisée la CCJA (Chapitre Premier).

Chapitre Premier : Organisation et fonctionnement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

La composition (Section Première) et le fonctionnement de la CCJA (Section Seconde) ont été précisément déterminés par le Traité.

Section Première : La composition de la CCJA

Les membres de la CCJA ne sont pas obligatoirement des juges. Ils sont au nombre de sept alors que l'on peut dénombrer seize Etats parties (Paragraphe Premier). Ces juges ont un statut particulier qui est attaché à la fonction qu'ils occupent (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : Les membres de la CCJA

La Cour Commune de Justice et d'arbitrage est composée de sept juges élus par le Conseil des ministres pour sept années renouvelables une fois sur la liste présentée par les Etats. Les postulants peuvent être des magistrats (il faut au moins quinze années d'expérience professionnelle et avoir occupé de hautes fonctions juridictionnelles), des avocats et des professeurs de droit ayant quinze années d'expérience au moins. A ces deux derniers membres ne sont réservés que deux sièges. En effet, il paraît déjà anormal que des personnes, bien qu'ayant des compétences juridiques certaines (nous ne mettons aucunement cela en doute), puissent être membres d'une juridiction aussi importante que la CCJA, encore ne faudrait-il pas que ceux-ci soient présents en nombre assez conséquent.

⁶² Thierry LAURIOL, *Modernité et attractivité de l'arbitrage OHADA*, Marchés tropicaux, 16 mars 2001

La Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même Etat et tous les pays membres de l' OHADA ne sont pas représentés puisqu'il n'y a que sept juges. Le fait que certains pays soient représentés et pas d'autres peut heurter la susceptibilité de certains mais avec les autres institutions, cette non présence est atténuée. En effet, le Traité OHADA, et au-delà les rédacteurs de l' OHADA, est soucieux de la répartition équitable des postes.

La Cour élit en son sein pour une durée de trois ans et demi non renouvelable son Président et ses deux vice-présidents. Le président de la CCJA nomme le greffier en chef après avis de la Cour parmi les greffiers en chef ayant exercé leurs fonctions pendant au moins quinze ans et présentés par les Etats parties. Il faut noter l'identité de la condition et de l'expérience professionnelle tant en ce qui concerne les juges que le greffier en chef. Ce dernier est du reste celui qui assure le secrétariat de la Cour.

Paragraphe Second : Le statut des membres de la CCJA

Les membres de la CCJA sont inamovibles pendant la durée de leur mandat. Ceci est une règle nécessaire pour assurer leur indépendance. En effet, s'ils n'étaient pas inamovibles, ils pourraient beaucoup moins bien résister, en principe, aux pressions extérieures et notamment aux pressions que pourraient éventuellement vouloir exercer les Etats. Les membres de la CCJA jouissent dans l'exercice de leur fonction des privilèges et immunités diplomatiques. Ce sont des fonctionnaires internationaux donc, il est normal qu'ils aient le statut qui va avec leur fonction. Ils ne peuvent exercer toute autre fonction politique ou administrative (sauf autorisation de la Cour) car il est normal que les juges d'une juridiction si importante ne se consacrent qu'à leur mission qui est de rendre la justice dans le cadre du Traité OHADA et des actes uniformes. Si l'immunité reconnue aux juges de la CCJA peut se comprendre parce qu'ils sont des fonctionnaires internationaux, il en va différemment des arbitres proposés par la CCJA, car ceux-ci sont des personnes privées investies par les parties d'une mission donnée⁶³.

Section Seconde : Le mécanisme de la CCJA

La CCJA a un fonctionnement assez particulier du fait de sa position de juridiction supranationale (Paragraphe Premier). Quant à la procédure à suivre pour arriver devant cette haute juridiction, elle mérite quelques éclaircissements (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : Les mécanismes de fonctionnement de la CCJA

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a son siège à Abidjan, en Côte d'Ivoire. Tenus par ses engagements internationaux, la Côte-d'Ivoire, malgré les soubresauts politiques qui peuvent l'affecter et les changements politiques qui pourraient survenir, est liée de manière irrémédiable par le Traité OHADA pour au moins dix ans. Le siège de cette institution va donc à notre avis restée dans ce pays. Cependant, l'article 19 du règlement précise que " la Cour peut toutefois, si elle le juge utile, se réunir en d'autres lieux, sur le territoire d'un Etat partie, avec l'accord préalable de cet Etat qui ne peut en aucun cas être impliqué

⁶³ Nous traiterons plus longuement de l'arbitrage dans notre titre 2

financièrement". Cela pourrait être le cas lorsque la Côte d'Ivoire, soumise aux turpitudes africaines et à des guerres intestines, ne pourra pas assurer la sécurité si ce n'est des bâtiments, du moins, du personnel travaillant au sein de la Cour dont notamment les juges.

Les ressources de l'OHADA proviennent des cotisations annuelles des Etats parties, des concours prévus par les conventions, des dons et legs. Comme nous l'avons déjà signalé, l'OHADA reçoit une grande aide de la France au travers du Ministère de la Coopération, les Etats parties fournissent également leur part du budget mais, du fait de leurs situations économiques parfois déplorables, ils ne peuvent autofinancer entièrement leurs propres institutions. La Cour siège en formation plénière ce qui signifie que les sept juges sont tout le temps réunis pour décider lors d'une affaire contentieuse ou lorsqu'ils doivent rendre un avis. Toutefois, le Traité apporte un bémol à cette règle. En effet, la Cour peut constituer des chambres de trois à cinq juges. Ces chambres sont présidées par le président de la Cour ou par des vice-présidents. Toutes les délibérations de la Cour doivent avoir lieu en chambre du conseil, le quorum de cinq étant suffisant pour que la délibération soit valable. Les décisions sont prises à la majorité des juges présents et, en cas de partage des voix, celle du Président de la Cour est prédominante.

Paragraphe Second : La procédure

La saisine suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée. La supériorité de la CCJA est ainsi affirmée. Une telle procédure ne peut reprendre qu'après que la CCJA se soit déclarée incompétente pour connaître de l'affaire. Toutefois la saisine ne suspend pas les procédures d'exécution. C'est la confirmation du caractère définitif attaché à l'arrêt contre lequel un pourvoi est formé. Cela a l'avantage d'empêcher le débiteur d'organiser son insolvabilité. Les juges de la CCJA ne peuvent se saisir eux-mêmes d'une affaire. En effet, le Traité a prévu que la CCJA ne peut être saisi que par des personnes extérieures à elle. Les personnes pouvant saisir la CCJA diffèrent selon l'objet de la saisine. Il peut s'agir d'une demande d'avis (A), d'un pourvoi en cassation (B) ou d'une exception d'incompétence (C).

A] La demande d'avis

La CCJA peut être consultée par tout Etat partie, le Conseil des Ministres et les juridictions nationales. C'est ici l'occasion d'affirmer le principe de la compétence de la CCJA pour l'interprétation du Traité et l'application de tous les textes du droit harmonisé de l'OHADA susceptibles de concerner des parties en litige. Cette prérogative lui est conférée de manière explicite par le Traité lui-même. Les juridictions nationales, aussi importantes qu'elles puissent être (Cour de cassation, Conseil constitutionnel ou autres) n'ont donc aucune compétence en la matière. La CCJA joue ici un rôle administratif. Ce système est bon car cela participe de la recherche de l'unité juridique et de l'intégration économique au sein de la zone OHADA. Etant donné que seuls les Etats parties, le Conseil des Ministres de l' OHADA et les juridictions nationales sont les seuls à pouvoir demander l'avis de la CCJA, cela exclut automatiquement toute autre institution qui n'a aucune compétence en la matière (elles devront passer automatiquement par leurs Ministres chargés des finances et de la justice, leur Etat ou par les juridictions nationales). De même, aucune institution étrangère hors zone

OHADA ne peut non plus saisir la CCJA pour lui demander un avis ce qui semble assez normal.

B] Le pourvoi en cassation

La saisine de la CCJA peut être faite directement par l'une des parties à l'instance, sur renvoi d'une juridiction nationale. Lorsque la CCJA est saisie par une juridiction nationale statuant en cassation qui lui renvoie le soin de juger une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes, cette juridiction est immédiatement dessaisie. Elle transmet à la Cour l'ensemble du dossier de l'affaire avec une copie de la décision de renvoi. Depuis la mise en vigueur de la CCJA, celle-ci a très peu rendu de décisions. D'ailleurs, les premiers arrêts que celle-ci a rendu datent seulement de 2001. Les décisions qui ont été rendu à ce moment là ne sont pas juridiquement d'une importance grandissime sauf un arrêt de principe qui affirme la supériorité de l'ordre juridique OHADA (notamment les actes uniformes) sur l'ordre juridique internes des Etats.

C] L'exception d'incompétence

Celle-ci peut être invoquée a priori ou a posteriori. A priori, c'est l'hypothèse de l'article 17 du règlement. L'incompétence de la CCJA peut être soulevée d'office ou être le fait de tout partie au litige in limine litis⁶⁴, sous forme de question préjudicielle. C'est l'hypothèse dans laquelle la CCJA est saisie lorsque le litige ne porte pas sur l'application des actes uniformes. La Cour a trente jours pour se prononcer sur l'exception d'incompétence alléguée. Elle peut l'être aussi a posteriori alors même qu'une juridiction nationale a statué au mépris d'un incident de compétence. La partie qui a invoqué cet incident peut même après le prononcé de l'arrêt, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision contestée, saisir la CCJA. Ce recours tend à l'annulation du jugement querellé.

Le Traité OHADA n'a pas retenu le recours en manquement. Il y a manquement par exemple lorsqu'un Etat maintient sa législation qui se révèle contraire à une disposition du Traité.

Ainsi la Cour ne peut être saisie du manquement d'un Etat à ses engagements lorsque cet Etat, par exemple, s'est abstenu ou a refusé de prendre, sur le plan interne, les dispositions législatives ou réglementaires d'application des actes d'harmonisation comme le lui impose le Traité. En droit comparé, la Cour de Justice des Communautés Européennes est compétente pour sanctionner ces manquements et le fait assez fréquemment. A titre d'exemple, la France a subi une procédure en manquement du fait de la non transposition dans les temps de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux⁶⁵. Un Etat pourrait donc être tenté de faire comme la France, qui est un des spécialistes européens de la transposition hors délai, et maintenir sa législation contraire au Traité où ne pas prendre les dispositions législatives ou réglementaires d'application qui s'impose. Cela peut être le cas si, par exemple, un Etat ne prévoyait pas en droit interne de sanction pénale pour une infraction qu'a

⁶⁴ Expression du droit procédural signifiant " au commencement du procès". Elle est utilisée pour rappeler que les moyens de forme doivent être évoqués dès le début de l'instance et avant tous moyens de fond, ceci afin d'éviter que la procédure ne s'éternise inutilement en permettant par ce moyens, au défendeur, d'obtenir des délais.

⁶⁵ Nous avons déjà évoqué cette directive plus haut

prévue un acte uniforme. En vertu du principe de légalité⁶⁶ « nullum crimen, nullum poena sine lege », la personne physique ou morale responsable de l'infraction pourrait être poursuivie mais non inquiétée pénalement faute de texte sanctionnateur. Est-ce un oubli de la part des rédacteurs de l'OHADA ou n'ont-ils pas voulu heurter la susceptibilité des Etats parties si un manquement intervenait ?

Chapitre Second : La fonction juridictionnelle de la CCJA

Les fonctions de la CCJA sont multiples et sont différentes selon que l'on prend en considération la fonction juridictionnelle ou la voie de l'arbitrage. Nous ne traiterons ici que de la fonction juridictionnelle car l'arbitrage fera l'objet de plus profonds éclaircissements dans notre deuxième titre (Section Première). Les compétences de la CCJA mettent en exergue la spécificité de son caractère supranational. Cette supranationalité s'est traduite par la dévolution de certaines attributions traditionnelles des juridictions suprêmes nationales à la juridiction commune ce qui peut poser problème (Section Seconde).

Section Première : L'action purement judiciaire

Il existe deux types de contentieux, celui du Traité et celui des Actes uniformes. Le contentieux sur l'interprétation et l'application du Traité et de ses règlements d'application (qui en font partie intégrante) est assuré par la CCJA. Celle-ci est saisie et consultée à ce propos par tout Etat partie ou par le Conseil des Ministres ou par toute juridiction nationale. Dans ce dernier cas, le traité ne prévoit pas le mode de saisine mais la CCJA pourra être saisie par la voie de la question préjudicielle. Il est probable que cet avis ne s'impose pas à la juridiction nationale mais il prévaudra lorsque le litige sera porté devant la cour⁶⁷. L'acte uniforme est, comme l'indique le Traité, l'acte pris pour l'adoption des règles communes mais il est également, l'acte en vertu duquel la plus haute juridiction de chaque Etat partie devient incompétente au profit de la CCJA dans le double but d'harmoniser l'interprétation des textes et d'élaborer une jurisprudence unique et uniforme; cela marque la supranationalité judiciaire de la CCJA (Paragraphe Premier). La CCJA peut être saisie en matière contentieuse dans deux cas: par voie de recours en cassation et par voie du recours à titre préjudiciel. Seul le recours en cassation fera l'objet de développements (Paragraphe Second)

Paragraphe Premier : La supranationalité de la CCJA

L'article 13 confirme le maintien de la compétence des juridictions nationales du fond pour connaître des différends relatifs aux actes uniformes en première instance et en appel. C'est pour assurer aux magistrats de ces juridictions une formation spécialisée en droit des affaires qu'une Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature est prévue au Bénin. En revanche, dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes , le recours en cassation n'est possible que devant la CCJA. Le Traité consacre l'abandon de la souveraineté judiciaire des Cours suprêmes ou des cours de cassation des Etats parties pour

⁶⁶ Pas de crime, pas de peine sans loi

⁶⁷ Joseph ISSA-SAYEGH, *op cit.*

assurer une efficace harmonisation de l'interprétation des actes uniformes en évitant des interprétations divergentes. Certes, le pourvoi de la CCJA est limité à ce seul domaine, mais celui-ci risque d'être élargi par le biais du lien de connexité pouvant exister dans certains litiges, entre un point de droit non « harmonisé » et un autre qui l'est.

En principe, les juridictions nationales de cassation, lorsqu'elles sont saisies doivent suspendre l'examen de la question qui leur est soumise si leur incompétence est relevée par un plaideur. Si elles rendaient une décision, celle-ci serait « nulle et non avenue » si la CCJA venait à les déclarer incompétentes.

Paragraphe Second : La cassation

En tant que juridiction de cassation, la CCJA est régie par une procédure particulière. Pour la saisir, il faut former un pourvoi contre une décision rendue en dernier ressort par les juridictions nationales du fond. Lorsqu'elle casse une décision d'une juridiction nationale du fond, elle ne renvoie pas l'affaire. En effet, elle évoque et statue au fond. Deux maigres restrictions sont apportées à cette compétence de la Cour commune: d'une part, elle n'est pas compétente pour les décisions à caractère pénal même si celles-ci concernent les actes uniformes; d'autre part, elle ne peut être saisie pour se prononcer sur la compétence d'une juridiction nationale ayant statué en cassation sur une affaire « soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes » que si l'incompétence de la juridiction nationale comme juge de cassation a été préalablement soulevée devant celle-ci. Si la première restriction est aisément concevable, la seconde l'est moins car elle peut donner lieu à une collusion entre les parties pour détourner la compétence de la CCJA. Cette attribution de la CCJA, qui est essentielle eu égard à l'importance des matières retenues, ne va-t-elle pas conduire à un engorgement et partant de là à la lenteur des procédures que l'on veut éviter?

Ceci est d'autant plus juste qu'un litige dont la solution dépend de l'interprétation d'un acte non uniforme peut présenter un lien de connexité avec un acte uniforme (par exemple en matière fiscale ou douanière). Il aurait fallu fixer un seuil minimum en dessous duquel, les Cours de cassation des Etats parties resteraient compétentes: 15 millions de francs CFA par exemple et la CCJA n'interviendrait que pour les affaires dont l'intérêt excède 15 millions de francs CFA. En outre, une démarcation ne semble pas avoir été établie entre l'aspect civil et l'aspect pénal de l'acte uniforme dans la détermination de la compétence de la CCJA. En cas de cassation, la CCJA évoque l'affaire ; ce droit d'évocation permet non seulement aux parties de gagner du temps puisqu'elles ne seront plus obligées de retourner devant une autre Cour d'Appel qui serait désignée pour rejuger l'affaire mais il a aussi l'avantage d'éviter les divergences de décisions et le risque d'un deuxième pourvoi devant la CCJA. Le droit d'évocation participe de la volonté des rédacteurs du Traité d'unifier la jurisprudence applicable dans tous les Etats membres. D'où l'intérêt de publier dans un recueil les arrêts de cette Cour.

Section Seconde : Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

La CCJA n'a rendu que très récemment ses premières décisions. En effet, ses premiers arrêts datent du 11 octobre 2001. A ce jour, seules 12 arrêts ont été rendus. Parmi ces arrêts, un a retenu l'attention. C'est l'arrêt Karnib qui affirme la supériorité du Traité OHADA sur la loi nationale. En lisant l'article 20 du Traité, il ressort deux principes. D'une part, les arrêts de la

Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée (Paragraphe Premier) et d'autre part, l'exécution de la décision peut être forcée et ne nécessite pas de procédure d'exequatur (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : L'autorité des arrêts de la CCJA

L'assimilation des arrêts de la CCJA aux décisions rendues par les juridictions des Etats parties est une innovation de taille. Dire que les arrêts de la CCJA ont l'autorité de la chose jugée signifie qu'ils sont assimilés aux décisions rendues par les juridictions des parties Etats. Cette assimilation est totale et deux conséquences en découlent. Aucune procédure n'est nécessaire pour conférer aux arrêts l'autorité de la chose jugée. L'affirmation péremptoire de l'article 20 est un signe de l'accentuation par le Traité du caractère juridictionnel des arrêts. Ces arrêts ne peuvent faire l'objet que de voies de recours extraordinaires (la tierce opposition ou la « vision⁶⁸ ». La possibilité de prendre des mesures conservatoires pour se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur est admise.

L'autorité acquise par arrêt de la CCJA s'impose sur le territoire de chacun des Etats parties. Ainsi, un arrêt rendu à la suite d'un litige survenu entre une partie ayant son domicile au Sénégal et dont le contrat devait être exécuté au Mali, aura autorité de la chose jugée non seulement au Sénégal, et au Mali mais aussi en Côte d'Ivoire, au Burkina Faso, au Cameroun, etc. En d'autres termes, l'autorité de la chose jugée attachée à cet arrêt constituera un obstacle au renouvellement au Burkina, par exemple, d'un procès déjà fait au Sénégal et vice versa. L'innovation énoncée par cet article est considérable car en principe, un arrêt rendu par une juridiction tchadienne n'a d'autorité qu'au Tchad. Pour que cette autorité s'étende au Congo ou au Sénégal, il faut que la procédure énoncée par la loi congolaise ou sénégalaise ou les dispositions des conventions d'entraide judiciaire entre le Tchad et le Congo ou le Sénégal soient respectées.

Il est impropre de dire qu'un jugement étranger a autorité au Cameroun car une norme ne peut avoir à proprement parler d'autorité qu'à l'égard des organes de l'Etat dont elle émane. Lorsque le juge camerounais fait produire des effets à un jugement étranger, il ne lui reconnaît ni ne lui confère aucune autorité, mais se contente d'obéir à la règle camerounaise de conflit qui ordonne de tenir pour avéré le droit subjectif, plus largement, l'état de droit consacré par le jugement. C'est du reste, le principe retenu par le Traité à l'article 13 où comme nous l'avons précédemment souligné, le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats parties. Ce n'est qu'à propos des arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage que l'article 20 précise qu'ils ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.

Parmi les rares arrêts rendus par la CCJA, l'arrêt époux Karnib⁶⁹ a retenu l'attention. En effet, c'est la première décision jurisprudentielle de la CCJA qui consacre la primauté du Traité OHADA sur le droit interne des Etats. Nous rappelons brièvement les faits de l'espèce.

⁶⁸ Article art. 49

⁶⁹ Epoux Karnib c/ SGBCI, 11/10/2001, arrêt n° 002/2001, Ohadata N° J-02-06

Les époux KARNIB, commerçants domiciliés à Abengourou (Côte d'Ivoire), avaient obtenu en Janvier 1999 du Tribunal civil de leur localité, la condamnation de la SGBCI (Société Générale de Banques en Côte d'Ivoire) du même pays au paiement de la somme de 858.486.327 francs CFA, assortie d'une exécution provisoire à concurrence de la totalité des sommes allouées au titre du préjudice commercial, soit 683.486.327 francs CFA. Ayant exercé des voies de recours contre cette décision, la SGBCI sollicite et obtint du Premier Président de la Cour d'Appel d'Abidjan, par Ordonnance n° 97/99 du 23 Février 1999, la suspension provisoire des poursuites jusqu'à ce qu'il soit statué au fond. Sur pourvoi des époux KARNIB, la CCJA casse et annule l'Ordonnance attaquée motif pris de ce qu'elle a fait application des articles 180 et 181 du Code de Procédure Civile Ivoirien, alors que l'article 32 n'autorise aucune interruption d'une exécution entamée et, statuant à nouveau, dit et juge que l'exécution forcée entreprise pourra être poursuivie jusqu'à son terme.

Cet arrêt de principe, rendu sous le visa de l'article 32 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution constituée, sans aucun doute, la première illustration de la primauté du droit uniforme OHADA sur l'ordre juridique interne des États parties, avec son corollaire, l'applicabilité directe et immédiate des Actes uniformes pris en vertu du Traité. Par la généralité de ses termes et l'origine de son fondement, l'arrêt Epoux Karnib, bien qu'intervenu à l'occasion d'un litige opposant deux commerçants ivoiriens, a vocation à étendre sa doctrine sur l'ensemble des pays membres de l'OHADA, en même temps qu'il ouvre la voie à une transformation radicale des jurisprudences en matière d'exécution provisoire des décisions de justice⁷⁰. L'arrêt EPOUX KARNIB est catégorique.

Pour la haute juridiction communautaire, l'époque des sursis à exécution accordés en vertu de la loi nationale est révolue et l'article 32 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution reste le seul texte applicable en matière d'exécution provisoire.

Paragraphe Second : L'exécution des arrêts de la CCJA

Non seulement les arrêts de la CCJA ont autorité dans tous les États parties, mais encore, ils peuvent donner lieu à une exécution forcée sur le territoire de chacun des États parties dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. En principe, une décision rendue par la juridiction d'un État tiers, ne peut donner lieu à un acte d'exécution sur les biens ou à des actes de coercition sur les personnes qu'après le prononcé d'une décision d'exequatur. Ainsi, des décisions risquaient de ne pas être accueillies dans un autre pays ou de ne l'être qu'au terme d'une procédure souvent longue et qui occasionne des frais et dont l'utilité n'est pas réelle. C'est pourquoi il faut se féliciter de ce que le Traité OHADA a affirmé sans ambiguïté la force exécutoire de ces arrêts.

En outre, l'article 42 du Règlement précise que l'arrêt a force obligatoire à compter du jour de son prononcé et ajoute que la force exécutoire est apposée sans contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale. Quel est le fondement de la dispense d'exécution? Existe-t-il un *imperium supranational*? Les dispositions des articles 20

⁷⁰ Me IPANDA, *L'arrêt Epoux Karnib : une révolution ? Question d'interprétation*, Revue camerounaise de droit des affaires, n° 10, janvier-Mars 2002

et 25 bouleversent les principes jusque-là admis tant en ce qui concerne les jugements étrangers que les sentences arbitrales étrangères. L' imperium regroupe tout ce qui concerne la force publique et qui relève de l'Etat. Le pouvoir de contrainte ne peut être dissocié de l'Etat, il relève de sa souveraineté et, trouve sa limite dans le principe de territorialité. D'où la formule « l'Etat est empereur en son territoire », souveraineté et territorialité sont les supports nécessaires de l'imperium⁷¹. C'est pourquoi, l'Etat ne peut conférer la force exécutoire qu'aux actes et décisions qui relèvent de sa propre autorité, sans cela, il se soumettrait à une autorité étrangère. Cette considération constitue le fondement de la procédure d'exequatur.

Les Etats parties, supprimant l'exequatur, créent un ordre juridique OHADA. En d'autres termes, l'arrêt de la CCJA est-il un arrêt international? C'est-à-dire qu'il ne pourra être réclamé comme national par aucun système de droit. Si le contrôle de la régularité des mesures d'exécution relève de la compétence des juridictions, quid de la suspension possible de l'exécution forcée? La suspension possible de l'exécution ne peut intervenir qu'en vertu d'une décision de la CCJA. Autrement, on introduirait la possibilité de recourir à une multiplicité de juridictions, ce que le Traité veut éviter.

⁷¹ V. Charles JARROSSON, *Réflexions sur l'imperium*, Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, p. 245

Titre Second : La CCJA ET L'arbitrage

L'un des piliers de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique est la création d'un droit de l'arbitrage se positionnant clairement dans la modernité⁷². Au lieu de porter leurs contestations devant les tribunaux, il arrive fréquemment que les particuliers s'adressent à d'autres personnes en vue d'arbitrer leurs différends. L'arbitrage est devenu aujourd'hui le mode favori de règlement des conflits entre commerçants spécialement au niveau international. Il pallie la lenteur, évite la publicité, épargne des frais de procès et permet le rétablissement de bons rapports avec l'adversaire. Pour trancher de telles contestations, plutôt que de s'adresser aux juges professionnels qui devraient forcément avoir recours aux experts, on s'adresse directement à ces derniers pour leur demander d'exprimer leur opinion, mais aussi de résoudre la contestation en fonction de cette opinion. Une autre raison qui explique le recours à ce mode de règlement des litiges est l'état du droit qui est parfois inapte à résoudre certains différends engendrés par l'exercice du commerce. L'arbitrage devient là non seulement un complément du droit mais a pour objet de substituer à celui-ci une réglementation fondée sur des usages correspondants à ses besoins.

Les composantes essentielles de l'arbitrage OHADA se situent à deux niveaux. Tout d'abord, à un niveau institutionnel avec la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, qui, fait unique dans l'histoire juridique, en plus de fonctions juridictionnelles de cour suprême des Etats Parties au Traité, est érigée en centre international d'arbitrage, il s'agit de l'arbitrage CCJA. Mais il concerne aussi un niveau législatif avec l'insertion dans la législation interne des États Parties d'une réglementation en matière d'arbitrage, il s'agit de la législation commune d'arbitrage. Celle ci et l'arbitrage CCJA forment l'arbitrage OHADA⁷³.

La consécration de l'Arbitrage, par le Traité relatif à " l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique " comme un mode normal de règlement juridique des conflits commerciaux" constitue un événement majeur pour les praticiens et les opérateurs du commerce international⁷⁴. Ces aspects expliquent sans nul doute pourquoi le législateur communautaire, dans sa volonté de garantir la sécurité des activités économiques et encourager l'investissement en Afrique, a réservé à l'arbitrage le titre 3 du Traité.

A la suite du Traité, un Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage a été adopté ainsi qu'un Règlement.

Chapitre Premier : Le domaine de l'arbitrage OHADA

Les dispositions de l'arbitrage OHADA ne s'appliquent pas dans tous les cas. Un domaine est en effet défini pour cet arbitrage, un domaine qui n'est pas le même selon qu'il s'agisse de

⁷² Thierry LAURIOL, op cit.

⁷³ Thierry LAURIOL, op cit.

⁷⁴ Alain FENEON, *De l'apport de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, ohada.com, 01/05/200

l'arbitrage organisé par l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage (droit commun de l'arbitrage dans l'espace OHADA) ou du système d'arbitrage original encadré par la CCJA⁷⁵. Nous allons étudier les critères territoriaux d'application de l'arbitrage OHADA (Section Première) ainsi que l'arbitrabilité des litiges dans cet arbitrage (Section Seconde).

Section Première : Les critères territoriaux d'application de l'arbitrage OHADA

Le champ d'application des règles de l'arbitrage OHADA est différent selon que l'on se trouve dans l'Acte uniforme (Paragraphe Premier) ou dans l'arbitrage CCJA (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : Le champ d'application de l'Acte uniforme sur l'arbitrage

Il était devenu presque une règle internationalement connue de dissocier arbitrage interne et arbitrage international. Mais, l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage a unifié les droits de l'arbitrage des Etats parties de l'OHADA et n'a donné aucune référence sur le caractère interne ou international de ses dispositions. Les mêmes dispositions sont donc applicables aussi bien en arbitrage interne qu'en arbitrage international. Il ressort de l'article 1 de l'acte uniforme que l'acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats parties. Le champ d'application de l'acte uniforme est donc défini par rapport à la notion de siège du tribunal arbitral (A). Mais, les parties ont la possibilité d'écarter l'application de l'Acte uniforme si elles le désirent (B).

A] Le critère de rattachement à l'A.U, le siège du tribunal arbitral dans un Etat partie

Le siège du tribunal arbitral est l'élément exclusif de rattachement permettant l'application des dispositions de l'acte uniforme à la convention d'arbitrage. Ce rattachement par le siège de l'arbitrage est fréquent dans les législations modernes. Cependant, les dispositions de l'Acte uniforme suivent-elles la conception « territorialiste » ou celle « volontariste » du siège du tribunal arbitral ? En effet, le siège du tribunal arbitral est pour le courant territorialiste le lieu où se tiennent nécessairement les audiences alors qu'il est pour les volontaristes l'environnement juridique choisi par les parties pour leur arbitrage.

Mais, vue la place réservée par l'arbitrage OHADA à la volonté des parties, l'interprétation de la règle serait en faveur de la conception volontariste qui permettrait aux parties de désigner par là même le for judiciaire d'appui et de donner plus de sécurité à l'exécution effective de la sentence arbitrale.

Seulement, il faut reconnaître qu'avec l'utilisation de l'expression « a vocation à s'appliquer », l'esprit du texte est tout autre. En effet, le siège du tribunal arbitral est dans cet article 1 de l'acte uniforme le lieu géographique où se déroulent les opérations d'arbitrage. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les fois que le siège du tribunal arbitral se situe sur le territoire d'un Etat partie, l'acte uniforme recevra application, cette règle étant supplétive.

⁷⁵ Mayatta MBAYE, *L'arbitrage OHADA : réflexions critiques*, Mémoire de DEA

B] Une possibilité de mise à l'écart de l'Acte uniforme

L'acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve sur le territoire d'un Etat partie. Par l'expression « a vocation à s'appliquer » les rédacteurs de l'acte uniforme font intervenir la volonté des parties à l'arbitrage. En effet, l'acte uniforme ne s'applique à une convention d'arbitrage que si les parties veulent de son application. C'est la raison d'être de l'article 14 de l'A.U qui vient préciser et compléter l'article 1 de l'Acte uniforme. Ce texte dispose que : « Les parties peuvent directement ou par référence à un règlement d'arbitrage régler la procédure arbitrale : elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix. »

L'acte uniforme rejoint ainsi toutes les autres législations qui estiment, conformément aux principes généraux du droit, que l'arbitrage est l'affaire des parties. Par conséquent, un arbitrage peut avoir lieu dans l'espace OHADA sans pour autant que l'acte uniforme soit appliqué. En dehors du critère de rattachement qu'est le siège du tribunal arbitral, l'acte uniforme innove du point de vue du champ d'application spatial par l'absence de distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. L'arbitrage OHADA compte par ailleurs un autre domaine plus original, celui de l'arbitrage CCJA

Paragraphe Second : L'application de l'arbitrage CCJA

Aux termes de l'article 21 du Traité OHADA : « En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre. »

Ce texte détermine donc le champ d'application aussi bien matériel que spatial de l'arbitrage CCJA. Mais, c'est le champ d'application spatial seulement qui fera l'objet de notre étude ici. Le texte prévoit des critères qu'il convient d'éclaircir (A) avant de se pencher sur la création progressive de centres nationaux d'arbitrage dans l'espace OHADA (B) .

A] Les critères spatiaux

La domiciliation d'une des parties ou la résidence habituelle dans un Etat partie ou l'exécution du contrat dans un Etat partie sont les critères à retenir. Ces critères sont alternatifs et non cumulatifs. Ils sont subsidiaires et doivent être accompagnés du caractère contractuel de l'affaire en question. Le premier critère, en l'occurrence, le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties se trouve le territoire d'un des Etats parties, a été préféré à celui de nationalités différentes proposé par certains juristes participant à la conception des textes. Quant à l'exécution du contrat sur le territoire d'un Etat partie, elle est plus significative comme critère de rattachement même si elle se fait en partie seulement dans l'espace OHADA. Cependant, de tels critères ne font que restreindre et rendre quasi impossible l'objectif de la réforme entreprise par l'OHADA qui consiste surtout, en ce qui concerne l'arbitrage institutionnel, en la création d'un centre international d'arbitrage capable de concurrencer la cour internationale d'arbitrage de la CCI.

B] La création d'un centre régional d'arbitrage dans l'espace OHADA

Si l'objectif de la création d'un centre d'arbitrage dans l'OHADA était de supprimer le monopole européen de l'arbitrage CCI qui connaît de la quasi totalité des affaires soumises à l'arbitrage, il demeure que cet objectif n'est pas atteint et risque de ne jamais l'être⁷⁶. En effet, la création d'un centre d'arbitrage dans l'espace OHADA ne fait que permettre aux Etats et entreprises africains subsahariens d'échapper à un tel monopole mais n'attire en rien les affaires qui pourraient lui parvenir du fait des avantages qu'il procure.

Ce fait est dû surtout aux deux critères précités, à savoir, le domicile ou la résidence habituelle d'une partie dans un Etat partie et l'exécution du contrat dans un Etat partie, qui débauchent une grande partie des affaires que le centre d'arbitrage de la CCJA pourrait connaître. Aussi, contrairement à ce qu'affirment certains auteurs²¹ devant le silence du Traité et du règlement d'arbitrage de la CCJA sur le sort des litiges n'entrant pas dans le cadre fixé par l'article 21 du traité, le centre d'arbitrage de la CCJA ne peut-il connaître de tels litiges. Il n'est donc qu'un centre régional d'arbitrage qui exige pour la connaissance d'une affaire qu'il y ait un élément de rattachement avec l'espace OHADA. La cour internationale d'arbitrage de la CCI conserve donc sa suprématie.

Section Seconde : L'arbitrabilité des litiges dans l'arbitrage OHADA

L'arbitrabilité des litiges englobe aussi bien le champ d'application *ratione personae* que celui *ratione materiae*. Nous verrons donc successivement l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public (Paragraphe Premier), celle des personnes physiques ne posant aucune difficulté, et les matières arbitrables dans l'acte uniforme et dans l'arbitrage CCJA (Paragraphe Second).

Paragraphe Premier : L'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public

Ce principe est désormais affirmé dans l'arbitrage OHADA (A). Mais, vue la liste des personnes morales de droit public aptes à compromettre dans l'acte uniforme, il se pose la question de l'exhaustivité ou non d'une énumération (B).

A] L'affirmation du principe

Aux termes de l'article 2 de l'acte uniforme : « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition ». Les Etats et autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent aussi être partie à l'arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage. Les personnes morales de droit public énumérées peuvent désormais compromettre aussi bien pour un arbitrage interne que pour un arbitrage international. Elles peuvent conclure un compromis ou une clause compromissoire.

⁷⁶ Mayatta MBAYE, op cit.

L'Acte uniforme constitue sur ce point une innovation pour les Etats parties qui n'admettaient nullement l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public en matière d'arbitrage interne, surtout l'Etat. En matière d'arbitrage international, cette aptitude était subordonnée dans beaucoup d'Etats à une habilitation. Il faut cependant signaler que le Traité et le règlement d'arbitrage de la CCJA ne font pas référence à l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public. Mais, la solution de l'article 2 et l'acte uniforme s'applique également à l'arbitrage CCJA. Par ailleurs, il faut relever que l'acte uniforme reprend un principe général du droit qui est le principe de bonne foi ou de l'estoppel qui veut que la personne qui compromet n'ait pas la possibilité de se retrancher derrière son ordre public interne pour échapper au règlement du litige par voie d'arbitrage. Ce principe, même s'il est affirmé, fait l'objet d'une liste pour les personnes morales de droit public. d'où la question de la limitation de la limitation de l'aptitude à compromettre des personnes de droit public aux seules personnes énumérées par l'Acte uniforme.

B] La limitation au principe

Comme nous l'avons souligné plus haut, l'Acte uniforme dispose que les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent compromettre. Cette énumération des personnes morales de droit public aptes à compromettre a donné naissance à une controverse doctrinale quant à l'exhaustivité de la liste. Pour certains auteurs, la liste est exhaustive et les seules personnes morales de droit public énumérées sont celles aptes à conclure une convention d'arbitrage. Pour d'autres⁷⁷, cette liste est établie à titre indicatif et cette aptitude à compromettre est, dans l'esprit de l'Acte uniforme, valable pour toutes les personnes morales de droit public, sans exclusion aucune.

Si toutes les personnes morales de droit public sont aptes à compromettre, il n'est cependant pas possible pour elles et pour les personnes morales de droit privé et les personnes physiques de compromettre dans n'importe quelle matière d'où une réglementation sur les matières arbitrables.

Paragraphe Second : Les matières arbitrables

Il convient de distinguer les matières arbitrables dans l'acte uniforme (A) de celles dans l'arbitrage CCJA (B).

A] L'absence de distinction entre le commercial et le civil

Dans l'Acte uniforme, il n'existe aucune restriction quant au caractère civil ou commercial du litige à arbitrer. A priori, toutes les branches constituant le domaine de l'unification peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage car étant considérées comme faisant partie du droit des affaires. C'est le cas notamment des litiges du travail qui pourront être réglés par voie d'arbitrage grâce à une convention d'arbitrage insérée dans le contrat de travail. Cependant, il semble préférable de revenir à une solution proposée par l'article 177 de la loi fédérale suisse

⁷⁷ Kenfack DOUAJANI et P. FOUCHARD, Rapport du colloque sur l'arbitrage OHADA , Paris, 2 Février 2001

de DIP qui retient comme critère, en dehors de la disponibilité des droits, celui de leur patrimonialité⁷⁸.

Par ailleurs, une autre innovation de l'Acte uniforme est constituée par l'affirmation de la validité de principe de la clause compromissoire aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale. Ainsi, contrairement à ce qui a été traditionnellement admis par les Etats parties au Traité OHADA et inspiré de l'article 2060 du code civil français, la clause compromissoire est-elle admise en matières civile et commerciale. La prohibition traditionnelle de la clause compromissoire dans les matières non commerciales est désormais supprimée pour tous les Etats parties de l'OHADA.

B] Les litiges arbitrables dans l'arbitrage CCJA

Selon l'article 21 du traité OHADA : « En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, [...] peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure prévue par le présent titre. » Cet article détermine un critère principal qui est le contrat. Les litiges arbitrables doivent par conséquent être d'ordre contractuel ce qui exclut les rapports extra-contractuels⁷⁹.

Mais, l'absence de définition de la notion de contrat devrait s'interpréter pour certains auteurs comme la volonté des concepteurs des textes de l'entendre de la façon la plus large possible au-delà du strict entendement du droit des affaires⁸⁰. Ainsi, aussi bien les contrats civils que les contrats commerciaux sont-ils arbitrables mais encore faudrait-il que les litiges aient un caractère patrimonial.

Le domaine des litiges arbitrables semble donc dépasser donc celui de l'unification qui se limite aux branches du droit des affaires. En outre, il faut souligner que la question de la validité de principe de la clause compromissoire revient ici car, si dans les droits internes des Etats parties sa validité était limitée aux seuls litiges commerciaux, le traité OHADA étend celle-ci aux litiges civils. Ce critère principal qu'est le contrat doit être accompagné de l'un des critères secondaires que sont le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties dans un Etat partie et (ou) l'exécution totale ou partielle du contrat dans un ou plusieurs Etats parties pour que le litige soit arbitral selon règlement d'arbitrage CCJA.

Après avoir vu les critères d'application de l'arbitrage dans le cadre du Traité OHADA, on peut constater que c'est seulement lorsque le litige est arbitral qu'il peut donner lieu à l'introduction de la procédure d'arbitrage dont le dénouement intervient par le prononcé d'une sentence arbitrale.

⁷⁸ Proposé par P. FOUCHARD au colloque précité; P. LÉBOULANGER, L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique", Revue d'arbitrage, 1999, n°3 p. 541 et s. .

⁷⁹ Le champ d'application de l'arbitrage CCJA est donc plus étroit que celui de la Convention de New York qui accueille les différends nés dans une relation contractuelle ou non.

⁸⁰ Mayatta MBAYE, op cit; Thierry LAURIOL, op cit.

Chapitre Second : Le déroulement de l'arbitrage OHADA

Il n'y a pas d'arbitrage sans convention d'arbitrage ni consentement des parties au litige. Comme nous l'avons vu, l'arbitrage OHADA est facultatif d'où l'importance de l'existence d'une convention d'arbitrage valable et efficace. En effet, selon l'article 3 de l'acte uniforme : « La convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant. »

Ce texte exige donc un écrit à titre probatoire aussi bien dans l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international. L'article 4 dispose que la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est aucunement affectée par la nullité du contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans forcément que celles-ci se réfèrent nécessairement à un droit étatique. Cet article consacre ainsi dans tous les Etats de l'espace OHADA le principe de validité de la convention d'arbitrage. Le principe d'autonomie est donc affirmé tant à l'égard du contrat principal qu'à celui du droit applicable à celui-ci.

Par ailleurs, il faut préciser qu'il n'y a aucune disposition du Règlement d'arbitrage de la CCJA ou du Traité de l'OHADA relative à la validité et à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Par conséquent, ce sont les dispositions de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage relatives à la convention d'arbitrage, à sa forme, à sa validité, et à son efficacité qui sont transposées à cet arbitrage, les dispositions gouvernant ces deux arbitrages étant complémentaires sur certains points. Sous réserve de ces précisions sur la convention d'arbitrage, il convient de voir la procédure d'arbitrage OHADA (Section Première) avant de s'intéresser à la sentence arbitrale constituant le dénouement de tout arbitrage (Section Seconde).

Cette procédure n'est nouée que lorsqu'un tribunal arbitral est constitué (Section Première). Mais, l'introduction de l'instance est subordonnée, dans le cadre de l'arbitrage CCJA, à la rédaction d'un procès-verbal de réunion constatant l'objet de l'arbitrage et fixant le déroulement de la procédure d'arbitrage (Section Seconde).

Section Première : La procédure

En remarque préliminaire, on peut constater que l'article 49 confère l'immunité diplomatique aux arbitres désignés par la Cour. Si l'immunité diplomatique reconnue aux juges de la CCJA peut se comprendre parce qu'ils sont des fonctionnaires internationaux, il en va différemment des arbitres nommés ou confirmés par la CCJA qui sont des personnes privées investies par les parties d'une mission déterminée. En effet, ces arbitres doivent répondre des manquements particulièrement graves à la mission qui leur est confiée. C'est la raison pour laquelle l'immunité diplomatique des arbitres est considérée comme choquante et incompatible avec l'exigence de justice à laquelle l'arbitrage doit répondre⁸¹. Par voie de conséquence, plusieurs auteurs demandent la suppression pure et simple de l'immunité diplomatique des arbitres qu'ils considèrent comme un inconvénient potentiel à l'objectif de forum arbitral international fixé par la Cour⁸². En revanche, d'autres auteurs considèrent cette extension de l'immunité diplomatique des fonctionnaires de l'OHADA aux arbitres comme une innovation majeure

⁸¹ P. LÉBOULANGER, *op. cit*

⁸² R. AMOUSSOU GUENOU, T. SECK, P. LÉBOULANGER

positive puisqu' allant au delà du règlement d'arbitrage de la CCI qui ne prévoit qu'une exclusion de responsabilité⁸³. D'autres auteurs encore ne s'offusquent pas de cette immunité. Pour eux, il s'agit de faire bénéficier les arbitres d'une garantie comparable à celle dont bénéficient les juges nationaux dans l'exercice de leurs fonctions, c'est-à-dire tant au cours d'une instance qu'une fois la décision rendue⁸⁴.

Paragraphe Premier : la constitution du tribunal arbitral

L' arbitrage peut donc se décomposer de deux façons, les règles régissant la constitution du tribunal arbitral sont différentes selon que l'on se trouve dans l'arbitrage de l'Acte uniforme (Paragraphe Premier) ou dans l'arbitrage CCJA (Paragraphe Second).

A] La constitution du tribunal arbitral dans l'A.U

La place de la volonté des parties quant à la constitution du tribunal arbitral est plus importante dans l'arbitrage de l'Acte uniforme que dans celui de la CCJA. En effet, selon l'article 5 alinéa 1 de l'acte uniforme : « Les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties. » Ce texte donne ainsi la primauté à la convention des parties en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral. Une telle primauté confère à la loi uniforme une fonction subsidiaire en ce domaine, ses dispositions ne s'appliquant à la constitution de la juridiction arbitrale qu'à défaut ou en cas d'insuffisance de la convention d'arbitrage. L'Acte uniforme affirme alors très clairement que c'est à la convention d'arbitrage signée par les parties qu'il incombe de désigner les arbitres ou, tout au moins, de fixer les modalités de leur désignation. Par conséquent, les parties choisissent, d'un commun accord, le ou les arbitres ou établissent les modalités de leur désignation. Nous disons le ou les arbitres car il est possible aux parties de choisir soit un arbitre unique, soit trois arbitres pour trancher leur contestation. Cette position de l'Acte uniforme est conforme à ce qui était admis par les législations internes des Etats parties inspiré par le Code de procédure civile français.

Cependant, il faut reconnaître qu'une telle liberté n'est pas sans limite ni contrôle en ce sens que le principe d'égalité des parties, notamment dans la constitution du tribunal arbitral, doit être respecté. En sus, l'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral figure parmi les causes d'annulation de la sentence arbitrale énumérées par l'article 26 de l'Acte uniforme. Il faut, par ailleurs, préciser que le juge d'appui dans l'Acte uniforme, en l'occurrence le juge compétent dans l'Etat partie intervient en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral selon les termes des articles 5, 7 et 8 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage.

Son champ d'intervention englobe aussi bien la nomination, la récusation que le remplacement des arbitres. Mais, si pour la récusation l'Acte uniforme précise que la décision du juge n'est susceptible d'aucun recours (article 7 alinéa 3 de l'Acte uniforme), il reste muet sur le sort de cette décision quant au remplacement et à la nomination des arbitres. Ce qui est regrettable car étant une lacune risquant d'ouvrir le champ à des recours dilatoires qui

⁸³ Andréa RUSCA, *Comparaison du centre d'arbitrage de la CCJA avec la CCI et le CIRDI*, Rapport du colloque précité

⁸⁴ Thierry LAURIOL, *Le statut de l'arbitre dans l'arbitrage OHADA*, Revue camerounaise de l'arbitrage, n°11, 1^{er} Octobre 2000

paralyseront la procédure d'arbitrage. C'est pourquoi un auteur a proposé que l'Acte uniforme rejoigne sur ce point les articles 1444 et 1457 du NCPC français qui précisent que l'appel n'est possible que si le juge refuse de désigner un arbitre⁸⁵.

Si dans l'arbitrage de l'Acte uniforme, la volonté des parties est respectée, en revanche, dans l'arbitrage CCJA, le dernier mot dans la constitution du tribunal arbitral revient à la CCJA.

B] La constitution du tribunal arbitral de la CCJA

Entre autres attributions de la CCJA figurent la nomination ou la confirmation des arbitres. En effet, selon le règlement d'arbitrage de la CCJA reprenant l'alinéa 2 de l'article 21 du Traité OHADA : « La cour ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres »; elle fonctionne donc, dans sa fonction arbitrale, comme un centre d'arbitrage⁸⁶. Le règlement d'arbitrage de la CCJA s'inspire très largement des règles contenues dans le règlement d'arbitrage CCI à ce titre. Aussi, prévoit-il comme tout arbitrage que le différend peut être tranché par un arbitre unique ou par trois arbitres.

En cas de désaccord sur le nombre des arbitres, la cour se substitue aux parties et nomme un arbitre unique sauf si le différend paraît justifier la nomination de trois arbitres³⁷. Si un arbitre unique avait été prévu, sa désignation est faite par les parties, nomination soumise à la confirmation de la CCJA. En cas de désaccord, la nomination est effectuée par la Cour.

En revanche, lorsque trois arbitres avaient été prévus par les parties, les deux arbitres sont désignés par les parties alors que le troisième qui assurera la Présidence de la juridiction arbitrale est nommé par la CCJA à moins que les parties elles-mêmes n'aient prévu que cette nomination sera faite par les arbitres qu'elles ont désignés. En tout état de cause, les nominations doivent être confirmées par la CCJA et, en cas de désaccord des parties ou des arbitres désignés par celles-ci quant à la nomination du président du tribunal arbitral, le pouvoir de nomination revient à la CCJA. Ce pouvoir de la CCJA existe également en matière de récusation et de remplacement des arbitres.

Il faut relever que l'innovation apportée sur ce point par l'arbitrage CCJA est la constitution d'une liste d'arbitres établie par elle et mise à jour annuellement en prenant, si elle l'estime souhaitable, l'avis des praticiens d'une compétence reconnue dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Les parties à l'arbitrage comme la cour peuvent ainsi désigner les arbitres d'une affaire en question parmi ceux figurant dans la liste d'où son caractère facultatif. Parmi les règles de procédure, il y a un préalable à l'instance arbitrale, c'est le procès-verbal qui constate l'objet de l'arbitrage et fixant le déroulement de la procédure arbitrale.

Paragraphe Second : Le procès-verbal, un préalable à l'instance

Le règlement d'arbitrage de la CCJA ne reprend pas la pratique de l'acte de mission qui caractérise l'arbitrage de la CCI. Mais, le procès-verbal établi par les arbitres est le pendant de celui-ci dans l'arbitrage de la CCJA. Cependant, à la différence de l'arbitrage de la CCI,

⁸⁶ On revoit là la double fonction juridictionnelle et arbitrale de la CCJA

l'arbitrage de la CCJA exige une réunion préalable des arbitres et des parties à l'issue de laquelle doit être établi le procès-verbal (A). Cette exigence, qui constitue une innovation, pourrait cependant donner lieu à quelques difficultés d'application (B).

A] L'exigence d'une réunion

Aux termes du Règlement d'arbitrage de la CCJA : « Après réception du dossier par l'arbitre, celui-ci convoque les parties ou leurs représentants dûment habilités et leurs conseils à une réunion qui doit se tenir aussi rapidement qu'il est possible, et au plus tard dans les soixante jours de cette réception du dossier... » Si l'article 18 du règlement d'arbitrage de la CCI exige seulement de l'arbitre l'établissement d'un acte précisant sa mission sur pièces ou en présence des parties, l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CCJA n'admet que le procès-verbal établi à la suite d'une réunion en présence des parties ou de leurs représentants et conseils. Il s'agit là, même si la procédure d'arbitrage de la CCJA est reconnue plus souple que celle de la CCI, d'une lourdeur dans la procédure.

Cette réunion a pour but de consigner les demandes des parties avec une indication sommaire des motifs et moyens invoqués, d'indiquer la langue, le siège de l'arbitrage, la loi applicable à la convention d'arbitrage, à la procédure de l'arbitrage et au fond du litige, de confirmer l'existence d'une convention d'arbitrage entre les parties et les réponses du défendeur sur tous les points traités par la demande d'arbitrage, de fixer un calendrier prévisionnel de la procédure arbitrale et d'indiquer le pouvoir d'amiable composition conféré au tribunal arbitral.

Il faut préciser que l'énonciation des points litigieux est désormais facultative dans l'acte de mission dans l'arbitrage de la CCI alors qu'elle est exigée dans le procès-verbal de l'arbitrage de la CCJA car permettant de préciser la volonté des parties et surtout de fixer leurs propositions respectives. Après les phases de constitution du tribunal arbitral et de mise en œuvre de la procédure arbitrale, c'est celle du procès-verbal qui suit avant les audiences sur le fond du litige. Mais, l'établissement du procès-verbal risque d'être retardé par l'exigence d'une réunion entre les parties et les arbitres.

B] Les difficultés d'application de la règle

Les contrats que le centre d'arbitrage de la CCJA est appelé à connaître seront pour la plupart des contrats internationaux mettant en conflit des partenaires très différents les uns des autres et situés dans les pays les plus divers. La présence des parties, de leurs représentants ou de leurs conseils à la réunion exigée par le règlement d'arbitrage de la CCJA n'est donc pas toujours évidente.

En effet, les parties au litige étant dans la plupart des cas situées dans des pays différents et éloignés, le problème de la célérité recherchée entre autres dans le cadre de l'arbitrage se pose les parties n'ayant pas toujours la possibilité de répondre à temps à la convocation de l'arbitre⁸⁷. Mais, force est de reconnaître que pour pallier l'inconvénient sus-indiqué, le règlement d'arbitrage de la CCJA a prévu un délai relativement long pour la tenue de cette réunion, à savoir soixante jours au plus à compter de la réception du dossier par l'arbitre.

⁸⁷ Andréa RUSCA, *Rapport du colloque précité*

A la clôture des débats, l'arbitre rend une sentence arbitrale qui tranche définitivement le litige.

Section Seconde : La sentence arbitrale

La sentence arbitrale constitue le dénouement de la procédure arbitrale. A l'instar du règlement d'arbitrage de la CCI, le règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit que les projets de sentence arbitrale doivent, avant signature par l'arbitre ou les arbitres, faire l'objet d'un examen préalable par la CCJA statuant en sa fonction de centre d'arbitrage. Dans ce cas, elle ne peut proposer que des modifications de pure forme. La sentence arbitrale doit être motivée.

Par ailleurs, toute sentence arbitrale rendue conformément aux règles gouvernant l'arbitrage CCJA a l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat. Quant à l'acte uniforme, il exige une certaine forme que doit revêtir la sentence arbitrale. Parmi ces exigences figure également la motivation.

Mais, si l'Acte uniforme et le règlement d'arbitrage de la CCJA ne présentent aucune spécificités sur ces points, il en est autrement des voies de recours admises (Paragraphe Premier) et de la réglementation sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales que nous allons examiner (Paragraphe Seconde).

Paragraphe Premier : Les voies de recours admises

Les voies de recours admises dans l'arbitrage OHADA sont au nombre de trois : il s'agit du recours en annulation appelé dans l'arbitrage de la CCJA contestation de validité (A), du recours en révision et de la tierce opposition (B)

A] La contestation de validité ou le recours en annulation

Selon l'article 25 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation. Elle peut faire l'objet d'un recours en annulation qui doit être porté devant le juge compétent dans l'Etat partie. La décision du juge compétent dans l'Etat partie n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Ce recours en annulation est la principale voie recours contre la sentence arbitrale et il n'est possible que dans les six cas limitativement énumérés par l'article 26 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage. Il s'agit de l'absence, la nullité ou l'expiration de la convention d'arbitrage, l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, la violation par l'arbitre de sa mission, la violation du principe du contradictoire, celle de l'ordre public international des Etats signataires du traité et enfin l'insuffisance ou l'absence de motivation de la sentence arbitrale. Cette dernière cause d'annulation de la sentence arbitrale, à savoir l'absence ou l'insuffisance de motivation, vaut désormais, dans l'espace OHADA, aussi bien dans

l'arbitrage interne que dans l'arbitrage international. Il s'agit là d'une rupture par rapport au droit français de l'arbitrage qui ne prévoit cette cause d'annulation que dans l'arbitrage interne et non dans l'arbitrage international.

En outre, figure dans les cas d'ouverture de recours en annulation la violation de l'ordre public international des Etats signataires du traité. Mais, pour annuler une sentence arbitrale pour violation par le tribunal arbitral de cet ordre public international, encore faudrait-il savoir le contenu de celui-ci. Aussi, fallait-il préciser le contenu d'un tel ordre public. S'agit-il de l'ordre public international de l'Etat partie où la sentence arbitrale a été rendue, de la somme des ordres publics internationaux des Etats parties ou d'un ordre public transnational ou régional de l'OHADA ?

Pour certains auteurs, il s'agirait vraisemblablement de l'ordre public transnational qui ne serait pas nécessairement la somme des ordres publics internationaux des Etats même si, à terme, ceux-ci devaient finir par s'identifier à celui-là dans le domaine de l'arbitrage⁸⁸. En revanche, dans l'arbitrage CCJA, la contestation de validité n'est possible que dans quatre cas énumérés. Il s'agit de l'absence, la nullité ou l'expiration de la convention d'arbitrage, de la violation par l'arbitre de la mission qui lui est confiée, de la violation du principe du contradictoire et enfin de celle de l'ordre public international.

L'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral et l'absence de motivation de la sentence arbitrale sont donc écartées. L'exclusion de la première est due au fait que la CCJA dispose d'un très large pouvoir quant à la constitution du tribunal arbitral. Et, dès la nomination ou la confirmation des arbitres par la cour, celles-ci sont définitivement considérées comme régulièrement effectuées. Quant à la motivation, elle est également exigée dans l'arbitrage de la CCJA sauf accord des parties et sous réserve qu'un tel accord soit admissible au regard de la loi applicable. Le regard de la CCJA sur l'existence ou non de la motivation est porté sur la sentence arbitrale au moment de l'examen préalable de celle-ci. C'est la raison pour laquelle l'absence de motivation ne fait pas partie des cas d'annulation de la sentence arbitrale.

En dehors du recours en annulation, l'arbitrage OHADA prévoit deux autres recours : le recours en révision et la tierce opposition

B] Le recours en révision et la tierce opposition

Selon l'article 25 de l'acte uniforme, la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en révision devant le tribunal arbitral. La recevabilité de ce recours est cependant subordonnée à la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence arbitrale et qui, avant le prononcé de celle-ci, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision. ce recours est inspiré de la jurisprudence française⁵⁰ et de l'article 1068 du nouveau code de procédure civile néerlandais. Quant à la tierce opposition, elle résulte de l'alinéa 4 de l'article 25 de l'acte uniforme et peut être le fait de toute personne physique ou morale qui n'a pas été appelée et dont la sentence arbitrale préjudicie à ses droits.

⁸⁸ P. LÉBOULANGER, Rapport du colloque précité

Si cette voie de recours est parfois admise en arbitrage interne où elle s'exerce devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage⁸⁹, elle est exclue de l'arbitrage international où elle est considérée comme contraire à la volonté des parties de voir leur litige tranché par des arbitres. L'acte uniforme innove sur ce point en prévoyant d'abord cette voie de recours quel que soit le caractère interne ou international de l'arbitrage et, ensuite, la compétence du tribunal arbitral pour connaître de ce recours qui pourrait faire entrer dans l'arbitrage des personnes que les parties n'invitent pas dans leur procédure. L'acte uniforme rompt ainsi avec l'orthodoxie juridique qui voudrait que l'arbitrage soit l'affaire des parties.

La difficulté majeure que posent la tierce opposition et le recours en révision est celle de la détermination de la juridiction compétente si le tribunal arbitral ne peut être réuni à nouveau, l'acte uniforme n'ayant prévu aucune solution. Ce problème peut cependant être résolu par la transposition de la solution de l'alinéa 5 de l'article 22 de l'acte uniforme à ces deux recours. Ainsi, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, il appartient au juge compétent dans l'Etat partie de connaître de la tierce opposition et du recours en révision. Ces dernières voies de recours sont également prévues par le règlement d'arbitrage de la CCJA en ses articles 32 et 33 qui renvoient, pour leur mise en oeuvre aux articles 47 et 49 du règlement de procédure de la CCJA. Ces recours sont prévus contre les sentences arbitrales et contre les arrêts de la CCJA lorsqu'elle a statué au fond du litige sur demande des parties en cas d'annulation de la sentence arbitrale ou de refus d'exequatur.

Pour leur recevabilité, les mêmes conditions que dans l'acte uniforme sont exigées et c'est à la CCJA de se prononcer sur ces recours en sa formation juridictionnelle, la fonction de la CCJA ne se limitant pas, comme celle de la cour internationale d'arbitrage de la CCI, à l'administration des arbitrages portés devant elle sans exercer quelque pouvoir juridictionnel que ce soit. Ce pouvoir confié à la CCJA, qui est en même temps juge d'exequatur dans l'arbitrage qu'elle encadre, est surtout lié à la volonté des rédacteurs du règlement d'arbitrage de sécuriser l'exécution des sentences arbitrales.

Paragraphe Second : La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales

Le pendant de l'autorité de la chose jugée est constitué par l'exequatur de la sentence arbitrale⁹⁰. A cet effet, le Traité et le Règlement rappellent que la CCJA a une compétence exclusive pour rendre une telle décision. Dans l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, les règles relatives à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales sont directement démarquées des articles 1498 et 1499 du Nouveau Code de Procédure Français.

En principe, la décision d'exequatur est accordé ou refusé par le juge compétent dans l'Etat partie qui n'exerce qu'un contrôle *prima facie* sur la sentence arbitrale. Il se borne en effet à vérifier si la sentence arbitrale est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des Etats parties. Il convient de reconnaître l'originalité de l'arbitrage de la CCJA qui donne seule compétence à cette dernière pour se prononcer sur l'exequatur des sentences arbitrales (A) et crée un exequatur international (B).

⁸⁹ Voir à cet effet l'article 1481 alinéa 2 du NCPC

⁹⁰ Thierry LAURIOL, *op cit.*

A] Le juge de l'exequatur

Les demandes d'exequatur sont portées devant la CCJA par voie de requête. L'exequatur est accordé par une ordonnance du Président de la CCJA ou d'un juge de la CCJA délégué à cet effet et confère à la sentence un caractère exécutoire dans tous les Etats Parties.

L'une des particularités de l'arbitrage de la CCJA se matérialise dans le pouvoir octroyé à la CCJA de rester en scène pour statuer sur les différents recours éventuellement formés à la sentence arbitrale intervenue (recours en révision, tierce opposition, demande d'exequatur, opposition à exequatur). En effet, si la CCJA statue pendant le déroulement de l'arbitrage en tant que centre d'arbitrage, c'est-à-dire autorité administrant l'arbitrage, elle statue dans sa formation juridictionnelle sur les recours. L'originalité du système d'arbitrage de la CCJA est de fusionner l'administration de l'arbitrage, l'assistance et le contrôle juridictionnel. Ce sont en effet les mêmes juges chargés de l'administration de l'arbitrage qui composent la cour de justice compétente pour statuer sur les sentences arbitrales.

Pour les pères de ce système d'arbitrage, cette innovation est susceptible de conférer à l'arbitrage de la CCJA des avantages incontestables et considérables sur toute autre formule proposée par les institutions arbitrales en ce sens que le fait de n'avoir de contact qu'avec une seule autorité pour les phases arbitrale et (le cas échéant) contentieuse et celui d'avoir une autorité de haut niveau à disposition capable de donner toute garantie d'intégrité et d'indépendance, sont des atouts considérables. Cependant, la CCJA a pour mission de contrôler l'application et l'interprétation uniformes des textes pris dans le cadre de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Sa mission se limite à l'application des Actes uniformes et des règlements pris dans le cadre du traité OHADA.

Par conséquent, toutes les fois que la loi applicable au fond sera une loi autre que les Actes uniformes, la CCJA ne sera pas compétente à statuer, ni sur l'exequatur de la sentence arbitrale, ni sur la contestation de validité, ni sur les autres recours. Ainsi par exemple, si les parties ont choisi comme loi applicable à leur litige la loi française, la CCJA ne peut délivrer d'exequatur à la sentence qui va en résulter. De même, si le droit applicable au fond est une règle de droit quelconque (exemple : la *lex mercatoria*), la CCJA n'a plus compétence à connaître de l'exequatur de la sentence arbitrale. La même solution paraît concevable lorsque des règles de procédure autres que celles du règlement d'arbitrage de la CCJA ont été appliquées.

Mais alors quelle sera la juridiction compétente pour connaître, à défaut de compétence de la CCJA, de l'exequatur de la sentence arbitrale, du recours en annulation, du recours en révision et de la tierce opposition ? Sauf précision ultérieure de la part des institutions de l'OHADA, il faut revenir aux solutions antérieures prévues par les législations nationales des Etats parties ou à celles apportées par les dispositions de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage. Dans les deux cas, le juge compétent pour connaître de ces questions sera le juge compétent dans l'Etat partie.

En revanche, si la cour est compétente, sa décision d'exequatur vaut exequatur international.

B] L'exequatur international

Selon l'article 27 du règlement d'arbitrage de la CCJA : « Les sentences arbitrales rendues conformément aux dispositions du présent règlement ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat. Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de l'un quelconque des Etats parties. » L'exequatur est accordé par une ordonnance du Président de la CCJA ou du juge délégué à cet effet et confère à la sentence arbitrale un caractère exécutoire dans tous les Etats parties. L'exequatur est demandé sur requête adressée à la cour et la procédure n'est pas contradictoire. L'originalité de l'arbitrage de la CCJA réside en ce que l'exequatur confère à la sentence arbitrale un caractère exécutoire dans tous les Etats membres de l'OHADA. Mais, il faut reconnaître qu'il s'agit plus d'un exequatur communautaire qu'international. En effet, l'article 27 précise clairement que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de l'un quelconque des Etats parties. Et, cela signifie que pour la sentence à exécuter dans un Etat non membre de l'OHADA il faut demander l'exequatur à l'autorité compétente dans cet Etat.

L'exequatur accordé à la sentence arbitrale par la CCJA se manifeste par une attestation délivrée par le secrétaire général de la cour à la partie qui en fait la demande. Mais, en vue de son exécution forcée sur le territoire d'un Etat partie, la copie conforme de la sentence arbitrale et l'attestation d'exequatur sont présentées à l'autorité nationale désignée par l'Etat partie qui doit apposer sur ces documents la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit Etat⁵⁸. La réalisation de cette formalité n'est subordonnée qu'à une simple vérification de l'authenticité de l'attestation d'exequatur et de la copie de la sentence arbitrale, la décision de la CCJA s'imposant à l'autorité compétente dans l'Etat partie. Si l'exécution de la sentence arbitrale est demandée sur le territoire de plusieurs Etats parties, la partie à l'initiative d'une telle demande doit solliciter autant de formules exécutoires qu'il y a d'Etats sur le territoire desquels l'exécution est sollicitée.

A défaut d'apposition de la formule exécutoire par l'autorité nationale, l'Etat partie dans lequel cette autorité siège peut voir sa responsabilité engagée conformément aux dispositions du traité de l'OHADA. En revanche, en cas de refus d'exequatur ou d'annulation de la sentence arbitrale, la CCJA évoque et statue sur le fond si les parties en ont fait la demande. A défaut d'évocation sur le fond, la procédure d'arbitrage est reprise, à la requête de l'une des parties la plus diligente, à partir du dernier acte de l'instance arbitrale reconnu valable par la cour.

Enfin, il faut souligner que la CCJA statue en cassation sur les pourvois contre les décisions de refus d'exequatur prononcées par les juges compétents dans les Etats parties contre les sentences arbitrales dont l'exequatur ou l'annulation leur avaient été demandés. Les décisions issues d'une telle procédure sont exécutoires dans le seul Etat partie où l'exécution avait été demandée et non dans tous les Etats parties en ce sens que la décision du juge compétent ne saurait avoir une portée plus large que celle dont elle devait bénéficier ; sa compétence se limitant au territoire de l'Etat dans lequel il siège. La décision de la CCJA s'exécute alors dans cet Etat sous réserve de l'apposition de la formule exécutoire.

Mais, lorsque les sentences arbitrales donnant lieu à ces décisions des juges compétents dans les Etats parties refusant l'exequatur avaient fait application de règles de fond autres que les actes uniformes ou de règles de procédure autres que celles de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage ou le règlement d'arbitrage de la CCJA, la Cour Commune de Justice et

d'Arbitrage doit se déclarée incompétente pour se prononcer sur la cassation de telles décisions. La juridiction compétente sera alors avec évidence la juridiction de cassation de l'Etat partie sur le territoire duquel la décision a été rendue.

CONCLUSION

Depuis sa création, l'OHADA a sans nul doute contribué à l'amélioration du cadre économique et juridique des affaires en Afrique. La majorité de la doctrine et des acteurs économiques a souligné les efforts fournis et les progrès réalisés pour pallier au manque de sécurité juridique et judiciaire et corriger l'inadéquation des législations face à l'évolution socio-économique du fait de la création d'importants organes supranationaux tels le Conseil des Ministres et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et la mise en place d'une législation communautaire, les Actes uniformes, qui embrassent un large champ du droit des affaires (droit commercial, des sociétés commerciales, sûretés, voies d'exécution, arbitrage etc) et s'imposent à tous les Etats parties au Traité.

Aujourd'hui, le droit harmonisé devrait permettre de rétablir la confiance des investisseurs étrangers à l'égard des pays de la zone OHADA. Maintenant que les bases sont bien établies et les institutions bien rodées, il serait souhaitable que la zone OHADA s'étende à d'autres pays d'Afrique désireux de participer à ce processus d'intégration régionale.

De même, il est important que la « démarche OHADA »⁹¹ soit toujours appliquée et prédomine sur les éventuelles réticences nationales⁹². Cependant, malgré tout cet enthousiasme, certaines questions demeurent en suspens.

L'uniformisation du droit laisse subsister des règles nationales ou des règles spécifiques à d'autres institutions supranationales, notamment celles de l'UEMOA, lesquelles pourraient conduire à des blocages à défaut de dispositions relatives aux conflits des lois. Les juges de la CCJA ne sont habilités à statuer que sur les textes propres à l'OHADA, à quand une uniformisation de l'ensemble des matières relatives au droit des affaires?

⁹¹ Jean-Louis HICK, Séminaire d'information sur l'OHADA à Bruxelles, 10 Février 2000

⁹² Voir à ce sujet la circulaire du Ministre guinéen de la Justice qui demandait une non application provisoire des textes OHADA à l'ensemble des magistrats guinéennes.

LE TRAITE SUR L'ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES

PREAMBULE

Le Président de la République du BÉNIN,
Le Président du BURKINA FASO,
Le Président de la République du CAMEROUN,
Le Président de la République CENTRAFRICAINE,
Le Président de la République Fédérale Islamique des COMORES,
Le Président de la République du CONGO,
Le Président de la République de COTE-D'IVOIRE,
Le Président de la République GABONAISE,
Le Président de la République de GUINÉE ÉQUATORIALE,
Le Président de la République du MALI,
Le Président de la République du NIGER,
Le Président de la République du SÉNÉGAL,
Le Président de la République du TCHAD,
Le Président de la République TOGOLAISE,

Hautes parties contractantes au traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique,
Déterminés à accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine et à établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique;

Réaffirmant leur engagement en faveur de l'institution d'une communauté économique africaine;
Convaincus que l'appartenance à la zone franc, facteur de stabilité économique et monétaire, constitue un atout majeur pour la réalisation progressive de leur intégration économique et que cette intégration doit également être poursuivie dans un cadre africain plus large;

Persuadés que la réalisation de ces objectifs suppose la mise en place dans leurs États d'un Droit des Affaires harmonisé simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises;

Conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement;

Désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels;

Décidés à accomplir en commun de nouveaux efforts en vue d'améliorer la formation des magistrats et des auxiliaires de justice;

Convient de ce qui suit :

TITRE 1 : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies par la mise en oeuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels.

Article 2

Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8.

Article 3

La réalisation des tâches prévues au présent traité est assurée par une organisation dénommée Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) comprenant un Conseil des Ministres et une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Le Conseil des Ministres est assisté d'un Secrétariat Permanent auquel est rattachée une École régionale supérieure de la Magistrature.

Article 4

Des règlements pour l'application du présent traité seront pris chaque fois que de besoin, par le Conseil des Ministres, à la majorité absolue.

TITRE II : LES ACTES UNIFORMES

Article 5

Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent traité sont qualifiés "actes uniformes".

Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues.

Article 6

Les actes uniformes sont préparés par le Secrétariat Permanent en concertation avec les gouvernements des États Parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des Ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Article 7

Les projets d'actes uniformes sont communiqués par le Secrétariat Permanent aux gouvernements des États Parties, qui disposent d'un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la date de la réception de cette communication pour faire parvenir au Secrétariat Permanent leurs observations écrites.

A l'expiration de ce délai, le projet d'acte uniforme, accompagné des observations des États Parties et d'un rapport du Secrétariat Permanent, est immédiatement transmis pour avis par ce dernier à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. La Cour donne son avis dans un délai de trente jours à compter de la date de la réception de la demande de consultation.

A l'expiration de ce nouveau délai, le Secrétariat Permanent met au point le texte définitif du projet d'acte uniforme, dont il propose l'inscription à l'ordre du jour du plus prochain Conseil des Ministres.

Article 8

L'adoption des actes uniformes par le Conseil des Ministres requiert l'unanimité des représentants des États Parties présents et votants.

L'adoption des actes uniformes n'est valable que si les deux tiers au moins des États Parties sont représentés.

L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes.

Article 9

Les actes uniformes entrent en vigueur quatre-vingt-dix jours après leur adoption sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par l'acte uniforme lui-même. Ils sont opposables trente jours francs après leur publication au journal officiel de l'OHADA. Ils sont également publiés au journal officiel des États Parties ou par tout autre moyen approprié.

Article 10

Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.

Article 11

Le Conseil des Ministres approuve sur proposition du Secrétaire Permanent le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires.

Article 12

Les actes uniformes ne peuvent être modifiés que dans les conditions prévues par les articles 7 à 9, à la demande de tout État Partie.

TITRE III : LE CONTENTIEUX RELATIF A L'INTERPRÉTATION ET A L'APPLICATION DES ACTES UNIFORMES

Article 13

Le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des États Parties.

Article 14

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure dans les États Parties l'interprétation et l'application communes du présent traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes.

La Cour peut être consultée par tout État Partie ou par le Conseil des Ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13.

Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des États Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute Juridiction des États Parties dans les mêmes contentieux.

En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond.

Article 15

Les pourvois en cassation prévus à l'article 14 sont portés devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, soit directement par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes.

Article 16

La saisie de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée. Toutefois cette règle n'affecte pas les procédures d'exécution.

Une telle procédure ne peut reprendre qu'après arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage se déclarant incompétente pour connaître de l'affaire.

Article 17

L'incompétence manifeste de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut être soulevée d'office ou par toute partie au litige in limine litis. La Cour se prononce dans les trente jours

Article 18

Toute partie qui, après avoir soulevé l'incompétence d'une juridiction nationale statuant en cassation estime que cette juridiction a, dans un litige la concernant, méconnu la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut saisir cette dernière dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision contestée.

La Cour se prononce sur sa compétence par un arrêt qu'elle notifie tant aux parties qu'à la juridiction en cause.

Si la Cour décide que cette juridiction s'est déclarée compétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue.

Article 19

La procédure devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est fixée par un Règlement adopté par le Conseil des Ministres dans les conditions prévues à l'article 8 et publié au journal officiel de l'OHADA. Il est également publié au journal officiel des États Parties ou par tout autre moyen approprié.

Cette procédure est contradictoire. Le ministère d'un avocat est obligatoire. L'audience est publique.

Article 20

Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des États Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un État Partie.

TITRE IV : L'ARBITRAGE

Article 21

En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États Parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États Parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance, et examine les projets de sentences, conformément à l'article 24.

Article 22

Le différend peut être tranché par un arbitre unique ou par trois arbitres. Dans les articles suivants, l'expression "l'arbitre" vise . indifféremment le ou les arbitres .

Lorsque les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, elles peuvent le désigner d'un commun accord pour confirmation par la Cour Faute d'entente entre les parties dans un délai de trente jours à partir de la notification de la demande d'arbitrage à l'autre partie, l'arbitre sera nommé par la Cour.

Lorsque trois arbitres ont été prévus, chacune des parties - dans la demande d'arbitrage ou dans la réponse à celle-ci - désigne un arbitre indépendant pour confirmation par la Cour. Si l'une des parties s'abstient, la nomination est faite par la Cour. Le troisième arbitre qui assume la présidence du tribunal arbitral est nommé par la Cour, à moins que les parties n'aient prévu que les arbitres qu'elles ont désignés devraient faire choix du troisième arbitre dans un délai déterminé. Dans ce dernier cas, il appartient à la Cour de confirmer le troisième arbitre. Si, à l'expiration du délai fixé par les parties ou imparti par la Cour, les arbitres désignés par les parties n'ont pu se mettre d'accord, le troisième arbitre est nommé par la Cour.

Si les parties n'ont pas fixé d'un commun accord le nombre des arbitres, la Cour nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la désignation de trois arbitres. Dans ce dernier cas, les parties disposeront d'un délai de quinze jours pour procéder à la désignation des arbitres

Les arbitres peuvent être choisis sur la liste des arbitres établie par la Cour et mise à jour annuellement. Les membres de la Cour ne peuvent pas être inscrits sur cette liste.

En cas de récusation d'un arbitre par une partie, la Cour statue. Sa décision n'est pas susceptible de recours.

Il y a lieu à remplacement d'un arbitre lorsqu'il est décédé ou empêché, lorsqu'il doit se démettre de ses fonctions à la suite d'une récusation ou pour tout autre motif, ou lorsque la Cour, après avoir recueilli ses observations, constate qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément aux stipulations du présent titre ou du règlement d'arbitrage, ou dans les délais impartis. Dans chacun de ces cas, il est procédé conformément aux deuxième et troisième alinéas.

Article 23

Tout tribunal d'un État Partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande, et renverra le cas échéant à la

procédure d'arbitrage prévue au présent traité.

Article 24

Avant de signer une sentence partielle ou définitive, l'arbitre doit en soumettre le projet à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Celle-ci ne peut proposer que des modifications de pure forme.

Article 25

Les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du présent titre ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État Partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État.

Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a seule compétence pour rendre une telle décision.

L'exequatur ne peut être refusé que dans les cas suivants :

- 1°) Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée;
- 2°) Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée;
- 3°) Lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté;
- 4°) Si la sentence est contraire à l'ordre public international.

Article 26

Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est fixé par le Conseil des Ministres dans les conditions prévues à l'article 8. Il est publié au journal officiel de l'OHADA. Il est également publié au journal officiel des États Parties ou par tout autre moyen approprié.

TITRE V : LES INSTITUTIONS

Article 27

Le Conseil des Ministres est composé des Ministres chargés de la Justice et des Ministres chargés des Finances.

La présidence est exercée à tour de rôle par chaque État Partie pour une durée d'un an, dans l'ordre suivant:

Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte-d'Ivoire, Gabon, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

Si un État Partie ne peut exercer la présidence du Conseil des Ministres pendant l'année où elle lui revient, le Conseil désigne, pour exercer cette présidence, l'État venant immédiatement après dans l'ordre prévu ci-dessus.

Article 28

Le Conseil des Ministres se réunit au moins une fois par an sur convocation de son Président, à l'initiative de celui-ci ou du tiers des États Parties. Il ne peut valablement délibérer que si les deux tiers au moins des États Parties sont représentés.

Article 29

Le Président du Conseil des Ministres arrête l'ordre du jour du Conseil sur la proposition du Secrétaire Permanent.

Article 30

Les décisions du Conseil des Ministres autres que celles prévues à l'article 8 sont prises à la majorité absolue des États Parties présents et votants. Chacun des États dispose d'une voix.

Article 31

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est composée de sept juges élus pour sept ans renouvelables une fois, parmi les ressortissants des États Parties, dans les fonctions et sous les conditions suivantes:

- 1) les magistrats ayant acquis une expérience judiciaire d'au moins quinze années et exercé de hautes fonctions juridictionnelles;
- 2) les avocats inscrits au Barreau de l'un des États Parties, ayant au moins quinze ans d'expérience professionnelle;
- 3) les professeurs de droit ayant au moins quinze ans d'expérience professionnelle.

Seuls deux membres de la Cour peuvent appartenir aux catégories visées aux paragraphes 2 et 3 ci-dessus.

La Cour est renouvelée par septième chaque année.

La Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même État.

Article 32

Les membres de la Cour sont élus au scrutin secret par le Conseil des Ministres sur une liste de personnes présentées à cet effet par les États Parties.
Chaque État Partie peut présenter deux candidats au plus.

Article 33

Le Secrétaire Permanent invite les États Parties à procéder, dans un délai d'au moins quatre mois, avant les élections, à la présentation des candidats à la Cour
Le Secrétaire Permanent dresse la liste alphabétique des personnes ainsi présentées et la communique un mois au moins avant les élections aux États Parties.

Article 34

Après leur élection, les membres de la Cour font la déclaration solennelle de bien et fidèlement remplir leurs fonctions en toute impartialité.

Article 35

En cas de décès d'un membre de la Cour, le Président de la Cour en informe immédiatement le Secrétaire Permanent qui déclare le siège vacant à partir de la date du décès.
En cas de démission d'un membre de la Cour ou si, de l'avis unanime des autres membres de la Cour, un membre a cessé de remplir ses fonctions pour toute autre cause qu'une absence de caractère temporaire, ou n'est plus en mesure de les remplir, le Président de la Cour, après avoir invité l'intéressé à présenter à la Cour ses observations orales, en informe le Secrétaire Permanent, qui déclare alors le siège vacant.
Dans chacun des cas prévus ci-dessus, le Conseil des Ministres procède, dans les conditions prévues aux articles 32 et 33, au remplacement du membre dont le siège est devenu vacant, pour la fraction du mandat restant à courir. sauf si cette fraction est inférieure à six mois.

Article 36

Les membres de la Cour sont inamovibles.
Tout membre de la Cour conserve son mandat jusqu'à la date d'entrée en fonction de son successeur.

Article 37

La Cour élit en son sein, pour une durée de trois ans et demi non renouvelable son Président et ses deux Vice-Présidents. Les membres de la Cour dont le mandat restant à courir à la date de l'élection est inférieur à cette durée peuvent être élus pour exercer ces fonctions jusqu'à l'expiration dudit mandat. Ils peuvent être renouvelés dans ces fonctions s'ils sont élus par le Conseil des Ministres pour exercer un nouveau mandat de membre de la Cour. Aucun membre

de la Cour ne peut exercer des fonctions politiques ou administratives. L'exercice de toute activité rémunérée doit être autorisé par la Cour

Article 38

La durée du mandat des sept juges nommés simultanément pour la constitution initiale de la Cour sera respectivement de trois ans, quatre ans, cinq ans, six ans, sept ans, huit ans et neuf ans. Elle sera déterminée pour chacun d'eux par tirage au sort effectué en Conseil des Ministres par le Président du Conseil. Le premier renouvellement de la Cour aura lieu trois ans après la constitution initiale de celle-ci.

Article 39

Le Président de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage nomme le greffier en chef de la Cour après avis de celle-ci, parmi les greffiers en chefs ayant exercé leurs fonctions pendant au moins quinze ans et présentés par les États Parties.

Il pourvoit sur proposition du greffier en chef, aux autres emplois de la Cour. Le secrétariat de la Cour est assuré par le greffier en chef.

Article 40

Le Secrétaire Permanent est nommé par le Conseil des Ministres pour une durée de quatre ans renouvelables une fois.

Il nomme ses collaborateurs conformément aux critères de recrutement définis par le Conseil des Ministres et dans la limite des effectifs prévus au budget.

Il dirige le Secrétariat Permanent.

Article 41

Il est institué une École régionale supérieure de la Magistrature qui concourt à la formation et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des États Parties.

Le Directeur de l'École est nommé par le Conseil des Ministres.

L'organisation, le fonctionnement, les ressources et les prestations de l'École sont définis par un règlement du Conseil des Ministres pris sur le rapport du directeur de l'École.

Article 42

Le français est la langue de travail de l'OHADA.

TITRE VI : DISPOSITIONS FINANCIERES

Article 43

Les ressources de l'OHADA sont composées notamment :

- a) des cotisations annuelles des Etats Parties,
- b) des concours prévus par les conventions conclues par l'OHADA avec des Etats ou des organisations internationales,
- c) de dons et legs.

Les cotisations annuelles des Etats Parties sont arrêtées par le Conseil des Ministres. Le Conseil des Ministres approuve les conventions prévues au paragraphe b) et accepte les dons et legs prévus au paragraphe c).

Article 44

Le barème des tarifs de la procédure d'arbitrage instituée par le présent traité ainsi que la répartition des recettes correspondantes sont approuvés par le Conseil des Ministres.

Article 45

Les budgets annuels de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et du Secrétariat Permanent sont adoptés par le Conseil des Ministres.

Les comptes de l'exercice clos sont certifiés par des commissaires aux comptes désignés par le Conseil des Ministres. Ils sont approuvés par le Conseil des Ministres.

TITRE VII : STATUT, IMMUNITES ET PRIVILEGES

Article 46

L'OHADA a la pleine personnalité juridique internationale. Elle a en particulier capacité :

- a) de contracter;
- b) d'acquérir des biens meubles et immeubles et d'en disposer;
- c) d'ester en justice.

Article 47

Afin de pouvoir remplir ses fonctions, l'OHADA jouit sur le territoire de chaque État Partie des immunités et privilèges prévus au présent titre.

Article 48

L'OHADA, ses biens et ses avoirs ne peuvent faire l'objet d'aucune action judiciaire, sauf si elle renonce à cette immunité.

Article 49

Les fonctionnaires et employés du Secrétariat Permanent, de l'École régionale supérieure de la Magistrature et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, ainsi que les juges de la Cour et les arbitres désignés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques. Les juges ne peuvent en outre être poursuivis pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la Cour.

Article 50

Les archives de l'OHADA sont inviolables où qu'elles se trouvent.

Article 51

L'OHADA, ses avoirs, ses biens et ses revenus ainsi que les opérations autorisées par le présent traité sont exonérés de tous impôts, taxes et droits de douane. L'OHADA est également exempte de toute obligation relative au recouvrement ou au paiement d'impôts, de taxes ou de droits de douane.

TITRE VIII : CLAUSES PROTOCOLAIRES

Article 52

Le présent traité est soumis à la ratification des États signataires conformément à leurs procédures constitutionnelles.

Le présent traité entrera en vigueur soixante jours après la date du dépôt du septième instrument de ratification. Toutefois, si la date de dépôt du septième instrument de ratification est antérieure au cent quatre-vingtième jour qui suit le jour de la signature du traité, le traité entrera en vigueur le deux cent quarantième jour suivant la date de sa signature.

A l'égard de tout État signataire déposant ultérieurement son instrument de ratification, le traité et les actes uniformes adoptés avant la ratification entreront en vigueur soixante jours après la date dudit dépôt.

Article 53

Le présent traité est, dès son entrée en vigueur, ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'OUA et non signataire du traité. Il est également ouvert à l'adhésion de tout autre État non membre de l'OUA invité à y adhérer du commun accord de tous les États Parties.

A l'égard de tout État adhérent, le présent traité et les actes uniformes adoptés avant l'adhésion entreront en vigueur soixante jours après la date du dépôt de l'instrument d'adhésion

Article 54

Aucune réserve n'est admise au présent traité.

Article 55

Dès l'entrée en vigueur du traité, les institutions communes prévues aux articles 27 à 41 seront mises en place. Les États signataires du traité ne l'ayant pas encore ratifié pourront en outre siéger au Conseil des Ministres en qualité d'observateurs sans droit de vote.

Article 56

Tout différend qui pourrait surgir entre les États Parties quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité et qui ne serait pas résolu à l'amiable peut être porté par un État Partie devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, toute autre partie peut désigner un juge ad hoc pour siéger dans l'affaire.

Ce dernier devra remplir les conditions fixées à l'article 31.

Article 57

Les instruments de ratification et les instruments d'adhésion seront déposés auprès du gouvernement du Sénégal, qui sera le gouvernement dépositaire.

Article 58

Tout État ratifiant le présent traité ou y adhérant postérieurement à l'entrée en vigueur d'un amendement au présent traité devient par là-même partie au traité tel qu'amendé.

Le Conseil des Ministres ajoute le nom de l'État adhérent sur la liste prévue par l'article 27 immédiatement avant le nom de l'État qui assure la présidence du Conseil des Ministres à la date de l'adhésion.

Article 59

Le gouvernement dépositaire enregistrera le traité auprès du Secrétariat de l'OUA et auprès du Secrétariat des Nations-Unies conformément à l'article 102 de la charte des Nations-Unies

Article 60

Le gouvernement dépositaire avisera sans délai tous les États signataires ou adhérents :

- a) des dates de signature
- b) des dates d'enregistrement du traité
- c) des dates de dépôt des instruments de ratification et d'adhésion
- d) de la date d'entrée en vigueur du traité.

TITRE IX : RÉVISION ET DÉNONCIATION

Article 61

Le présent traité peut être amendé ou révisé si un État Partie envoie à cet effet une demande écrite au Secrétariat Permanent de l'OHADA. L'amendement ou la révision doit être adopté dans les mêmes formes que le traité.

Article 62

Le présent traité a une durée illimitée. Il ne peut, en tout état de cause, être dénoncé avant dix années à partir de la date de son entrée en vigueur.

Toute dénonciation du présent traité doit être notifiée au gouvernement dépositaire et ne produira d'effet qu'une année après la date de cette notification.

Article 63

Le présent traité, rédigé en deux exemplaires, en langue française, sera déposé dans les archives du gouvernement de la République du Sénégal qui remettra une copie certifiée conforme à chacun des gouvernements des autres États Parties signataires. En foi de quoi les chefs d'État et plénipotentiaires soussignés ont apposé leur signature au bas du présent traité.

Fait à PORT-LOUIS le 17 OCTOBRE 1993

Le Président de la République du Bénin
Monsieur Nicéphore SOGLO
Le Président du Burkina Faso
Monsieur Blaise COMPAORE
Le Président de la République du Cameroun
Monsieur Paul BIYA
Le Président de la République Fédérale Islamique des Comores
Monsieur SAID MOHAMED DJOHAR
Le Président de la République Centrafricaine
Le Président de la République du Congo
Monsieur Pascal LISSOUBA
Pour le Président de la République de Côte-d'Ivoire
Monsieur Alassane Dramane OUATTARA
Pour le Président de la République Gabonaise
Monsieur Casimir Oyé MBA, Premier Ministre
Le Président de la République de Guinée Équatoriale
Général Téodoro
OBIANG NGUEMA MBASOGO
Le Président de la République du Niger

Monsieur Mahamane OUSMANE
Le Président de la République du Mali
Monsieur Alpha Oumar KONARE
Pour le Président de la République du Sénégal
Monsieur Moustapha NIASSE, Ministre d'État des Affaires Étrangères et des Sénégalais de
l'extérieur
Le Président de la République du Tchad
Colonel Idriss DEBY
Pour le Président de la République
Togolaise
Maître Joseph Kokou KOFFIGOH, Premier Ministre

BIBLIOGRAPHIE

I OUVRAGES

A] OUVRAGES PUBLIES

Fénéon Alain, OHADA, *Harmonisation du droit des affaires. Droit de l'arbitrage. Commentaires de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage et du règlement d'arbitrage de la CCJA*, Paris, EDICEF, éditions FFA 2000

Fouchard Philippe, *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant 2000

Tiger Philippe, *Le droit des affaires en Afrique*, Paris, PUF, 2001, collection Que sais-je ?

B] MEMOIRES

KORE Jean Paul Claude, *La nouvelle approche du concept de sociétés dans les Actes uniformes de l'OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Cocody, UFR Sciences Juridiques, 1998

MBAYE Mayatta, *L'arbitrage OHADA : réflexions critiques*, Mémoire de DEA, 2001

II ARTICLES

Agboyibor Pascal, *OHADA, nouveau droit uniforme des sociétés*, RDAI, 1998, n° 6, p.673 et s.

Rusca Andréa, *Comparaison du centre d'arbitrage de la CCJA, et la CCI et le CIRDI*, Bulletin du CREDAU 2001, n°1 p. 6 et s.

Tapin D. ; Epassé Henry, *Un nouveau droit des affaires en Afrique noire francophone*, Dalloz Affaires , n°107 du 5 mars 1998

Vivier J-L, *L'OHADA ou l'unification du droit des affaires africain*, Droit et patrimoine, n°72, Juin 1999, p. 227 et s.

L'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires (OHADA) et l'arbitrage en Afrique, Marchés tropicaux du 28 Janvier 2000 p.124 et s.

Lohoues-Oble jacqueline, *L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique*, Revue internationale de droit comparé, n°3, Juillet 1999, p. 543 et s.

Lauriol Thierry, *Le statut de l'arbitre dans l'arbitrage de la CCJA*, Revue camerounaise de l'arbitrage, n°11, Octobre 2000, p.999 et s.

Lauriol Thierry, *Modernité et attractivité de l'arbitrage OHADA*, Marchés tropicaux, 16 Mars 2001

Leboulanger Philippe, *L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Revue de l'arbitrage, n°3, p. 541

Kenfack-Douajni Gaston, *Les conditions de la création dans l'espace OHADA d'un environnement juridique favorable au développement*, Revue juridique indépendance et coopération, n°1, Janvier-Février 1998, p.39 et s.

Issa-Sayegh Joseph, *L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc*, RJC 1999, p.237 et s.

Homman-Ludiye L. Gérault N., *L'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation (CFJE), Mars 1998, n°2, p.261 et s.

Abarchi Djibril, *La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, Revue burkinabé de droit, n°37, Janvier 2001

Ipanda, *L'arrêt Epoux Karnib : une révolution ? question d'interprétation*, Revue camerounaise du droit des affaires, n° 10, Janvier-Mars 2002

Fénéon Alain, Delabrière Antoine, *La constitution du tribunal et le statut de l'arbitre dans l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage*, Penant, n°833, Mai 2000, p.155 et s.

NGUEBOU Josette, *Le droit commercial général dans l'acte uniforme OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 1998, p.11 et s.

GOMEZ Jean-René, *Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique*, Penant, numéro spécial OHADA, 1998, p.145 et s

III COLLOQUES

Colloque sur l'arbitrage OHADA , Paris, 2 Février 2001

Colloque sur l'OHADA et ses développements récents, 13 Mars 2002

IV JURISPRUDENCE

Epoux Karnib c/ SGBCI, 11/10/2001, arrêt n° 002/2001, Ohadata N° J-02-06

Société cafés Jacques Vabres, Cass. (ch. Mixte) 24 mai 1975, revue de Droit International Privé 1976, p. 347 et s.

V TEXTES

Traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage

Règlement d'arbitrage de la CCJA

Règlement de procédure de la CCJA

Règlement intérieur de la CCJA

SITES INTERNET

<http://www.le-juriste.com>
<http://www.credau.org>
<http://www.jurisint.org>
<http://www.juris.freesurf.fr>
<http://www.ohada.com>
<http://www.lexana.org>
<http://www.ohadalegis.com>
<http://www.iblj.com>
<http://www.cifaf.org>
<http://www.refer.org>
<http://www.obcebdbh.be>
<http://www.mofa.go.jp>
<http://droit.francophonie.org>
<http://www.jurisen.sn>

TABLE DES MATIERES

Introduction	1
Première Partie: La sécurisation juridique du droit des affaires	8
Titre Premier : Le Conseil des Ministres, maître d'œuvre de la sécurité juridique	10
Chapitre Premier : La création du Conseil des Ministres de l'OHADA	10
Section Première : Pourquoi un Conseil des Ministres ?	10
Paragraphe Premier : Le contexte africain	10
Paragraphe Second : L'Union Européenne, un modèle pour le Conseil des Ministres ?	11
Section seconde : L'organisation du Conseil des Ministres	12
Paragraphe Premier : La composition du Conseil des Ministres	12
Paragraphe Second : Le fonctionnement du Conseil des Ministres	12
Chapitre Second : Le transfert des compétences législatives	13
Section Première : Le transfert de compétences au Conseil des Ministres	13
Paragraphe Premier : Transfert de compétences législatives par les Parlements nationaux ?	13
A] La manifestation de volonté des Parlements nationaux	13
B] L'unité et l'intégration africaine, motifs de l'abandon de souveraineté ?	16
Paragraphe Second : L'inutilité d'un parlement communautaire	17
A] Le respect de l'objectif d'unification juridique	17
B] Des situations économiques déplorables	19
Section Seconde : Un transfert de compétence limité	21
Paragraphe Premier : L'incertitude sur les limites du droit des affaires	22
Paragraphe Second : La compétence résiduelle des Parlements nationaux	23
Titre second : L'apport des Actes uniformes	24
Chapitre Premier : Les Actes uniformes	25

Section Première : L'élaboration des Actes uniformes	25
Paragraphe Premier : Le domaine des Actes uniformes	25
A] Les matières prioritaires	25
B] la prise en compte de nouvelles matières	27
Paragraphe Second : La procédure d'élaboration des Actes uniformes	27
A] La préparation du projet d'Acte uniforme	27
1) Le Secrétariat Permanent	27
2) Les commissions nationales	28
3) La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage	28
B] L'adoption des projets d'Actes uniformes	28
Section Seconde : Le régime juridique des Actes uniformes	30
Paragraphe Premier: Spécificités des mécanismes de mise en vigueur des Actes uniformes	30
A] Une absence totale d'actes réglementaires	30
B] L'obligation de publication des Actes uniformes	31
Paragraphe Second : La portée des Actes uniformes	31
A] Le principe d'application directe et obligatoire des Actes uniformes	31
B] Tempéraments au principe d'application directe et obligatoire	32
Chapitre second : Les apports du nouveau droit des affaires harmonisé	33
Section Première : La rénovation du statut des entreprises	33
Paragraphe premier : L'amélioration du statut des entreprises	33
A] Les personnes physiques commerçantes	33
1) Les commerçants	33
2) Les intermédiaires de commerce	35
B] Les personnes morales commerçantes	36
1) Dispositions générales sur la société commerciales	36

2) Les règles spécifiques aux différentes sociétés	38
a) La société en nom collectif	39
(b) La société en commandite simple	39
c) La société à responsabilité limitée	39
d) La société anonyme	40
(a) La société anonyme avec conseil d'administration	41
(b) La société anonyme avec administrateur général	41
e)Le groupement d'intérêt économique	42
f)La société en participation	42
Paragraphe Second : La rénovation des activités de commerce	43
A] Les baux commerciaux et la vente entre professionnels	43
1) Le bail commercial	43
2) Le fonds de commerce	43
B] La vente entre professionnels	44
Section Seconde : Le renforcement des garanties des créanciers	44
Paragraphe Premier : La réforme du droit des sûretés	45
A] Les sûretés personnelles	45
1) Le cautionnement	45
2) La lettre de garantie	45
B] Les sûretés réelles	46
1) Les sûretés mobilières	46
(a) Le droit de rétention	46
(b) Le gage	46
(c) Le nantissement des actions et parts sociales	46
(d) Les privilèges généraux	47

Paragraphe Premier : Les membres de la CCJA	58
Paragraphe Second : Le statut des membres de la CCJA	59
Section Seconde : Le mécanisme de la CCJA	59
Paragraphe Premier : Les mécanismes de fonctionnement de la CCJA	59
Paragraphe Second : La procédure	60
A] La demande d'avis	60
B] Le pourvoi en cassation	61
C] L'exception d'incompétence	61
Chapitre Second : La fonction juridictionnelle de la CCJA	62
Section Première : L'action purement judiciaire	62
Paragraphe Premier : La supranationalité de la CCJA	62
Paragraphe Second : La cassation	63
Section Seconde : Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage	63
Paragraphe Premier : L'autorité des arrêts de la CCJA	64
Paragraphe Second : L'exécution des arrêts de la CCJA	65
Titre Second : La CCJA et l'arbitrage	67
Chapitre Premier : Le domaine de l'arbitrage OHADA	67
Section Première : Les critères territoriaux d'application de l'arbitrage OHADA	68
Paragraphe Premier : Le champ d'application de l'Acte uniforme sur l'arbitrage	68
A] Le critère de rattachement à l'AU, le siège du tribunal arbitral dans un Etat partie	68
B] Une possibilité de mise à l'écart de l'Acte uniforme	69
Paragraphe Second : L'application de l'arbitrage CCJA	69
A] Les critères spatiaux	69
B] La création d'un centre régional d'arbitrage dans l'espace OHADA	70
Section Seconde : L'arbitrabilité des litiges dans l'arbitrage OHADA	70

Paragraphe Premier : L'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public	70
A] L'affirmation du principe	70
B] La limitation au principe	71
Paragraphe Second : Les matières arbitrables	71
A] L'absence de distinction entre le commercial et le civil	71
B] Les litiges arbitrables dans l'arbitrage CCJA	72
Chapitre Second : Le déroulement de l'arbitrage OHADA	73
Section Première : La procédure	73
Paragraphe Premier : La constitution du tribunal arbitral	74
A] La constitution du tribunal dans l'AU	74
B] La constitution du tribunal de la CCJA	75
Paragraphe 2 : Le procès-verbal, un préalable à l'instance	75
A] L'exigence d'une réunion	76
B] Les difficultés d'application de la règle	76
Section Seconde : La sentence arbitrale	77
Paragraphe Premier : Les voies de recours admises	77
A] La contestation de validité ou le recours en annulation	77
B] Le recours en révision et la tierce opposition	78
Paragraphe Second : La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales	79
A] Le juge de l'exequatur	80
B] L'exequatur international	81
Conclusion	83

