



L'OHADA

Un passé, un présent
et un avenir

Emergence d'un nouveau pôle
de développement

24 • 25 avril 2014 - Lyon, France



Les normes dans l'espace OHADA



Les enjeux de leur mise en oeuvre juridictionnelle



Les enjeux d'une politique de diffusion du droit OHADA



Les nouveaux domaines normatifs

L'OHADA

Un passé, un présent et un avenir

Émergence d'un nouveau pôle de développement

Compte-rendu des travaux du colloque
organisé par le Conseil National des
Barreaux, le Barreau de Lyon et
l'Organisation internationale de la
Francophonie les 24 et 25 avril 2014 à
Lyon (France).

L'OHADA

Un passé, un présent et un avenir Émergence d'un nouveau pôle de développement

Sous la coordination de
Gérard NGOUMTSA ANOU

Avec les contributions de

Ferdinand Aho	Coco Kayudi Misamu
Michel Benichou	Roger Masamba
Joachim Bile-Aka	Barthélémy Mercadal
François A. E.Boko	Jacques A. Migan
Ndiaw Diouf	Paul-Gérard Pougoué
Alain Fénéon	Filiga Michel Sawadogo
Marc Frilet	Dorothé Cossi Sossa
Joseph Issa-Sayegh	Mamadou S. Traoré
Joseph Kamga	Jérémie Wambo

SOMMAIRE

Sommaire	5
Préface.....	7
Propos introductifs	11
Propos introductifs	15
LES NORMES DANS L’ESPACE OHADA	19
Le cadre normatif de l’Ohada à la croisée des chemins	21
Extension et connaissance du droit Ohada	43
La création du droit de l’Ohada	57
L’EFFICACITÉ DU DROIT OHADA : LES ENJEUX DE SA MISE EN ŒUVRE JURIDICTIONNELLE.....	63
La mise en œuvre juridictionnelle du droit Ohada : La Cour commune de justice et d’arbitrage	65
La circulation des décisions et des actes publics dans l’espace Ohada	85
Le recours en cassation dans les affaires soulevant des questions relatives à l’application des actes uniformes de l’Ohada	101
L’exemple de l’arbitrage CCJA	117
L’EFFICACITÉ DU DROIT OHADA : LES ENJEUX D’UNE POLITIQUE DE DIFFUSION	129
De la nécessité d’une politique de diffusion pour la réception sociale et le développement du droit Ohada	131
Les techniques et les stratégies innovantes de diffusion du droit Ohada	147
Diffusion du droit Ohada et formation des avocats : L’expérience du CIFAF	155
Les enjeux d’une politique de diffusion du droit Ohada pour la République démocratique du Congo	159
EXTENSION ET EXPORTATION DU MODÈLE OHADA : CONVERGENCE ENTRE LES SYSTÈMES JURIDIQUES ET ATTRACTIVITÉ ÉCONOMIQUE	169
Le droit Ohada permet-il l’émergence d’un pôle de développement ? Le point de vue de l’universitaire	171
Le droit Ohada permet-il l’émergence d’un pôle de développement ? Le point de vue des praticiens internationaux	173
Le Projet Ohadac : Présentation, évolutions et perspectives	181
LES NOUVEAUX DOMAINES NORMATIFS.....	187

Vers la création d'un acte d'avocat en Afrique.....	189
Vers la création d'un acte d'avocat en France	195
La médiation commerciale dans l'espace Ohada : Le point de vue d'un arbitre médiateur international	201
La médiation commerciale en droit Ohada : Le point de vue d'un avocat	211
L'OHADA, UN PASSÉ, UN PRÉSENT ET UN AVENIR : RAPPORT DE SYNTHÈSE	221

PRÉFACE

Dorothe Cossi SOSSA

Agrégé des facultés de droit

Secrétaire permanent de l'Organisation pour l'harmonisation
du droit des affaires en Afrique (Ohada)

Je voudrais, avant tout, remercier les responsables du Conseil national des barreaux et du barreau de Lyon pour avoir bien voulu organiser le colloque qui fait l'objet des présents actes et y avoir invité l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (Ohada). Nous percevons clairement, dans cette démarche, une marque de confiance véritable et exceptionnelle dont nous mesurons l'ampleur et la qualité. Nous mesurons aussi la lourde charge de responsabilité qui en découle pour les organes de l'Ohada. Les barreaux français montrent incontestablement ainsi leur attachement au développement économique et social de l'Afrique. Il est rassurant de savoir que notre continent africain bénéficie non seulement de l'attention très réelle des plus hautes autorités de la République française mais aussi de celle des milieux d'affaires français qui, à travers les barreaux, montrent qu'ils sont prêts à concourir à son devenir dans un partenariat mutuellement bénéfique.

Sachez que nous sommes fiers et heureux d'être ici, aujourd'hui, dans un pays ami de l'Ohada. Comme le dit un dicton africain, « les pieds n'hésitent pas à se rendre là où le cœur se trouve ». Où peut-on d'ailleurs mieux célébrer cette conception des choses sinon ici, à Lyon, la ville natale de l'aviateur mythique, l'auteur de l'impérissable *Petit Prince*, Antoine Marie Jean-Baptiste Roger de Saint-Exupéry, qui nous a enseigné qu'« on ne voit bien qu'avec le cœur » et qui, souvenez-vous, avait, dans *Terre des hommes*, soustrait le vieux Bark à la servitude et salué, à travers le pauvre Bédouin de Libye qui avait le pouvoir de donner de l'eau à boire à des sinistrés du Sahara, la rencontre de l'humanité tout entière. Au-delà des tumultes de l'histoire et des inévitables anicroches qui surgissent, de temps à autre, dans le cours de la vie, français et africains de l'espace Ohada ne sont-ils pas très proches ?

Rappelons maintenant que l'Organisation a été créée par le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port Louis, le 17 octobre 1993, et révisé le 17 octobre 2008, par le Traité de Québec. Au moment de sa création, il y a un peu plus de vingt ans, l'Afrique subsaharienne était confrontée, dans son ensemble, à un ralentissement des investissements consécutif à la récession économique et à l'insécurité juridique et judiciaire. Le dessein des chefs d'État africains qui ont mis en place cet outil était, dans ces conditions, de redonner confiance aux investisseurs, tant domestiques qu'étrangers, pour relancer les activités économiques. Ainsi la mission assignée à l'Ohada,

par ses États-membres, est de garantir la sécurité juridique et judiciaire pour favoriser l'environnement des affaires grâce à :

- la mise en place d'un droit des affaires harmonisé simple, moderne et adapté afin de faciliter l'activité des entreprises privées ;
- la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées et la formation des professionnels du droit ;
- l'encouragement du recours à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges.

À ce jour, les États-membres de l'Ohada sont au nombre de dix-sept, à savoir : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Ce nombre était, au départ, de quatorze.

L'Organisation a fait preuve d'un dynamisme sans égal dans l'histoire des regroupements régionaux depuis les indépendances africaines : en quelques années, le Traité a été ratifié par un nombre suffisant d'États et est entré en vigueur, le droit des affaires est largement uniformisé et en application dans neuf domaines différents. Les neuf actes uniformes actuellement en vigueur sont les suivants :

- Acte uniforme relatif au droit commercial général (statut du commerçant, registre du commerce et du crédit mobilier, bail commercial et fonds de commerce, intermédiaires du commerce, vente commerciale, etc.) ;
- Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ;
- Acte uniforme portant organisation des sûretés ;
- Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ;
- Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises ;
- Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ;
- Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ;
- Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route ;
- Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives.
- Pour faire fonctionner l'Organisation, trois institutions communes ont été mises en place et sont fonctionnelles. Ces institutions sont :
 - le Secrétariat permanent, dont le siège est à Yaoundé (Cameroun)
 - la Cour commune de justice et d'arbitrage, dont le siège est à Abidjan (Côte d'Ivoire), et
 - l'École régionale supérieure de la magistrature, dont le siège est à Porto-Novo (Bénin).

Le Secrétariat permanent assure la représentation de l'Organisation et la coordination des trois Institutions. Aujourd'hui, il est manifeste que l'Ohada a prouvé sa capacité à honorer les promesses de ses fondateurs. La confiance et le soutien de la communauté internationale se consolident et s'amplifient au fil des ans. Pour ne citer que quelques exemples, la République française, le G8 (réunion de Gleneagles, Écosse, en 2005), l'Organisation internationale de la francophonie, le Programme des Nations Unies pour le

développement, la Banque africaine de développement, la Banque mondiale et l'Union européenne fondent sur l'Ohada le même espoir que celui partagé par les États-membres : faire du droit un réel levier de la croissance économique en garantissant la sécurité juridique dans le climat des affaires.

Le dispositif mis en place, à travers l'Ohada, qui permet la sauvegarde des moyens de production, offre, en effet, des instruments juridiques plus certains aux acteurs industriels et commerciaux. L'encadrement adéquat des contrats industriels et commerciaux ainsi que la gestion améliorée des litiges relatifs aux affaires, dans un espace géographique élargi, sont réels. Mieux encore, nous pouvons relever, avec certitude, que ce dispositif a produit, pour une part certaine, les effets attendus. Aujourd'hui, notre situation économique est bien différente de celle que nous connaissions en octobre 1993 au moment de la création de l'Ohada.

Ainsi, en dépit des soubresauts de l'économie mondiale et des secousses politiques qui nous ont récemment hantés ou nous hantent encore, les économies de nos pays affichent une croissance moyenne vigoureuse et très encourageante. Les études les plus autorisées ont montré que les pays africains ont atteint, en 2011, un taux de croissance moyen positif de 2,7 %. Sur la décennie écoulée, ce taux se situait entre 5 et 6 %. La Guinée équatoriale, membre fondateur de l'Ohada a réalisé, en 2007, un taux mémorable de croissance de son PIB de 21,5 % ! L'Afrique est désormais de mieux en mieux intégrée dans l'économie mondiale et, pour la première fois de son histoire, notre continent se place après l'Asie pour son dynamisme économique. En plus de cela, les perspectives nous sont très favorables. Ces résultats ont été obtenus en dépit de la crise de la dette qui a entraîné un resserrement des politiques des pays industrialisés quant à leurs importations et à l'aide au développement. On observe que l'Afrique, en dépit de difficultés encore graves et multiples que nous ne nous permettrons pas de nier, est devenue une destination de confiance pour l'investissement direct étranger.

Notre vœu sincère est que les entreprises françaises s'inscrivent plus activement encore dans ce mouvement. C'est pourquoi nous considérons que le présent colloque est un grand moment pour l'Ohada. Comment pouvons-nous, en effet, toucher au mieux de notre plaidoyer les milieux d'affaires si ce n'est à travers les avocats ? Nous avons l'espoir que notre rencontre de ces deux jours aura un retentissement très positif dans ce sens.

Le bénéfice mutuel à réaliser par nos institutions respectives, s'exprimera, pour l'Ohada, par la croissance des investissements français dans ses pays membres. En retour, notre rôle est d'accompagner, par le moyen du droit et de la justice, en garantissant la sécurité de ces investissements. C'est là notre raison d'être. Nous sommes donc pleinement au service de vos clients du monde des affaires. Ce sera là le sens de cet avenir, en marche rapide et contre vents et marées, vers l'émergence de la nouvelle frontière, du nouveau pôle de développement.

PROPOS INTRODUCTIFS

Dorothe Cossi SOSSA

Agrégé des facultés de droit, Professeur
Secrétaire permanent de l'Organisation
pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (Ohada)

Vingt années se sont déjà écoulées depuis la signature, le 17 octobre 1993 à Port Louis (République de Maurice), du traité constitutif de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, désormais plus connue sous l'acronyme Ohada. Vingt années au cours desquelles les États africains, leurs partenaires et la communauté scientifique n'ont cessé de se mobiliser autour d'un droit commun et d'un système original de règlement des contentieux d'affaires, afin de restaurer un climat de confiance propice aux investissements, et de créer un nouveau pôle de développement en Afrique.

Alors que s'éteignent progressivement les lampions de la célébration du 20^e anniversaire de l'Organisation, il nous est donné de réfléchir pendant ces deux journées, loin du tintamarre et de l'euphorie liés aux festivités, sur la longue marche de l'Ohada, afin de mieux projeter son devenir. Revisiter le passé, évaluer le présent et dessiner l'avenir à l'aune de l'objectif fondamental de l'Ohada : voilà l'exercice fort passionnant auquel les organisateurs de ce colloque nous invitent dans cette marche à travers le temps.

À cet égard, quelques mots seulement suffisent à caricaturer le passé. L'idée de la création de l'Ohada germe dans les années 1990, alors que les économies du continent africain sont en panne, ravagées par les effets dévastateurs de la crise économique, suffoquant face à la compétition imposée par la mondialisation, pâissant de la défiance prononcée des investisseurs. Parmi les coupables identifiés figurent, en bonne place : l'insécurité juridique découlant des textes régissant la vie des affaires, textes qui étaient épars, anachroniques et inadaptés aux exigences contemporaines du commerce ; l'insécurité judiciaire découlant des maux qui minaient les systèmes de justice étatique et ayant pour noms la corruption, la formation déficitaire des personnels judiciaires et auxiliaires de justice, le dénuement des tribunaux... C'est dans ce contexte plutôt préoccupant que l'Ohada est mise en place, avec l'ambition de restaurer un climat de confiance propice aux investissements et créer un nouveau pôle de développement en Afrique. À l'insécurité juridique décriée, l'Organisation répond par l'élaboration d'un droit des affaires commun aux États-membres, moderne, adapté et accessible. À l'insécurité judiciaire, il est remédié par la rationalisation des modes de règlement des conflits d'affaires et une formation appropriée des acteurs de la justice.

À présent, l'Ohada s'est élargie de quatorze à dix-sept États-membres, et son arsenal normatif est riche de neuf « actes uniformes », déjà révisés pour certains, et relatifs aux

matières suivantes : droit commercial général, droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, droit des sûretés, droit de l'arbitrage, droit des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, droit des procédures collectives d'apurement du passif, droit comptable, droit du transport des marchandises par route, droit des sociétés coopératives. Ces textes sont appliqués de façon globalement satisfaisante, sous l'œil vigilant de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) qui en garantit l'unité d'interprétation et d'application. L'École régionale supérieure de la magistrature (Ersuma) s'acquitte honorablement de sa mission de formation et de recherche en droit Ohada.

Après deux décennies de fonctionnement, il est donc unanimement reconnu que l'Ohada a significativement accompagné et soutenu l'intégration économique de ses États-membres. Les chefs d'État et de Gouvernement en ont fait le constat lors de leur réunion tenue à Ouagadougou (Burkina Faso) le 17 octobre 2013 et conclu, au vu des résultats de l'étude d'impact économique menée, que l'Organisation a largement contribué à la croissance soutenue enregistrée par les économies des États-membres, notamment au regard de : (i) l'amélioration des inducteurs de création d'entreprises ; (ii) l'évolution positive des crédits à l'économie ; (iii) l'importante progression du niveau des investissements directs étrangers.

C'est dire que l'Ohada n'a pas déçu les espérances placées en elle. Bien au contraire, elle s'est imposée mondialement comme modèle original d'intégration juridique.

Ce succès incontestable sonne cependant comme une exhortation à renouveler la réflexion en vue de pérenniser les acquis et anticiper les défis, afin que l'Ohada demeure cet outil original de raffermissement du progrès économique et du développement. C'est tout le mérite du présent colloque, qui permettra de dégager de nouvelles perspectives pour la production, la diffusion et l'application juridictionnelle du droit Ohada.

La production normative de l'Ohada reste au centre d'importantes considérations tant de politique législative que de technique juridique. Si l'édiction des normes communes s'est jusqu'ici traduite en actes uniformes, la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement vient d'autoriser le recours à des procédés souples d'harmonisation juridique. Sur quels critères et suivant quels procédés conviendra-t-il de réaliser cette intégration à double vitesse ? Quelles en sont les incidences possibles sur le choix des matières à harmoniser ? Et à quelles sources d'inspiration le droit Ohada de demain doit-il s'abreuver pour servir son ambition panafricaine ? Le droit Ohada peut-il opérer comme creuset de la convergence des systèmes juridiques ? Comment obvier durablement aux risques de conflits de normes, qui restent prégnants dans un continent caractérisé par une floraison d'organisations sous-régionales à compétence normative ?

Relativement au processus législatif, l'on se demande comment dynamiser les commissions nationales Ohada afin qu'elles jouent un rôle de premier plan dans l'identification des besoins en droit, mais aussi dans l'évaluation de l'application du droit commun. Par ailleurs, la nécessaire révision périodique des textes pose un défi majeur : trouver l'équilibre nécessaire pour actualiser les textes sans pour autant provoquer de chambardement préjudiciable à la sécurité juridique.

D'un autre côté, le traité Ohada révisé prévoit désormais quatre langues officielles : le français, l'anglais, l'espagnol et le portugais. Si en pratique le français est demeuré l'unique langue de travail au sein de l'Organisation, l'opérationnalisation très prochaine

du multilinguisme posera des problèmes spécifiques qu'il y a lieu d'anticiper. La pratique du quadrilinguisme est d'un enjeu crucial au regard de la question de la diffusion du droit commun.

S'agissant, enfin, de l'application juridictionnelle du droit Ohada, la CCJA, qui est la véritable gardienne de l'ordre juridique communautaire, possède des attributions consultatives, arbitrales et judiciaires. Elle a vu son Règlement de procédure revisité le 30 janvier 2014, pour lui permettre d'accomplir au mieux sa mission régulatrice de l'application du droit commun. Des ajustements bien utiles ont été apportés à l'organisation de la Cour, et d'importantes innovations introduites dans ses règles de fonctionnement. Les ouvertures à cassation sont désormais énumérées en détail, et d'autres dispositions tendent à rapprocher la Cour, qui a son siège à Abidjan, des justiciables des dix-sept États-membres : l'obligation d'élire domicile à Abidjan aux fins de la procédure a été supprimée ; il est aujourd'hui possible de notifier les actes de procédure par des procédés télématiques, et de réaliser ainsi un important gain en temps et en argent. Demeure cependant posé le problème de l'engorgement de la Cour, qui ploie sous le poids d'un contentieux sans cesse croissant et appelé à s'accroître davantage avec les perspectives d'édiction de nouveaux textes ou d'adhésion de nouveaux États. Reste également posée la question de la délimitation de la compétence entre la CCJA et les juridictions suprêmes nationales, dont les pourvois dits mixtes et la matière pénale offrent des illustrations particulièrement achevées.

L'activité consultative de la CCJA souffre encore, quant à elle, d'une sollicitation déficitaire de la Haute juridiction. Or il est nécessaire de stimuler une consultation plus fréquente de la Cour par les juridictions nationales, afin de vivifier le dialogue des juges et partant, susciter une meilleure collaboration entre la CCJA et les juges nationaux dans l'application du droit commun.

Quant à la fonction arbitrale de la Cour, on rappellera que les pères fondateurs de l'Ohada ont entendu faire de l'arbitrage l'instrument privilégié de règlement des différends d'affaires. Mais la pratique révèle qu'en dépit de son originalité et de son important potentiel d'attractivité, l'arbitrage CCJA n'a toujours pas atteint sa vitesse de croisière. En outre, les développements récents de l'arbitrage international ont révélé, en Europe et en Amérique du Nord notamment, des dérives de nature à saper les fondements même de la justice arbitrale. Il est donc de bon ton d'imaginer, dès à présent, des solutions africaines à la question du conflit d'intérêt dans l'arbitrage commercial, de même qu'il y a lieu d'explorer les possibilités d'ouverture de l'Ohada à d'autres modes alternatifs de règlement des différends comme la médiation.

On le voit, les pistes à explorer et les problèmes à régler sont aussi nombreux que passionnants. La grande qualité des intervenants et des participants augure de débats fructueux, constructifs et porteurs de nombreuses promesses. Je ne doute pas un seul instant que les propositions qui en découleront, contribueront à illuminer le devenir de l'Ohada.

PROPOS INTRODUCTIFS

Paul-Gérard POUGOUÉ

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'université de Yaoundé II (Cameroun)

C'est probablement de mon suivi du développement de l'Ohada alors même que celle-ci n'était qu'une idée et de mon modeste apport à l'élaboration du présent colloque, que je dois le privilège de prononcer ces « propos introductifs » à côté du Secrétaire permanent de l'Ohada, le professeur Dorothé Cossi Sossa. Je suis très reconnaissant aux organisateurs de ce moment intense de partage. Ce long accompagnement de l'Ohada et des interrogations qu'il a suscitées et qui n'ont pas disparu me permettent de saisir le thème de ce colloque : « Ohada : un passé, un présent, un avenir ». Toute institution a bien un passé, un présent, un avenir. Mais la complexité des interrogations dépend de l'ambition et de la vitalité de l'institution en cause. Dès sa conception, l'Ohada est un pari gigantesque. Elle peut le gagner, assurément, mais par étapes. Hier en effet, un pari a été lancé. Les premières luttes ont donné lieu à un trophée que l'Ohada peut aujourd'hui brandir avec fierté. Mais le pari est loin d'être gagné ; la bataille de demain s'annonce rude et longue.

Le pari de l'Ohada est le recours au droit pour promouvoir, à terme, l'émergence d'un nouveau pôle de développement en Afrique. Les juristes peuvent jubiler, car pour une fois, leur discipline est appelée à jouer le premier rôle dans le développement. Les contours de ce pari sont cristallisés dans le traité créant l'Ohada. Le premier contour est la modernisation du droit des affaires ; le domaine de ce droit des affaires est énuméré dans le Traité, même si, en réalité, il reste délicat à appréhender. Ce droit moderne doit être à la fois :

- un droit adapté aux particularismes des économies africaines ;
- un droit orienté vers la compétitivité des entreprises ;
- un droit assurant la sécurité des créanciers, des tiers et des investisseurs.

Le deuxième contour est l'intégration juridique. Le droit des affaires en question doit être identique dans l'espace Ohada, même si l'Ohada en soi n'est ni une union politique ni une communauté économique. Le phénomène de l'intégration juridique est un objectif majeur, même si la réalité de cette communauté par le droit n'est pas évidente. Le troisième contour est que l'espace juridiquement intégré féconde un pôle de développement économique durable. En substance, le pari est d'apporter la sécurité juridique et judiciaire aux opérateurs économiques dans le vaste marché recouvrant tous les pays de l'Ohada. Ainsi, l'Ohada entend être un outil d'intégration du droit indispensable à l'émergence d'un nouveau pôle de développement dans son espace. Il

faudra du temps pour surmonter les obstacles juridiques, politiques, sociologiques, économiques qui constituent autant de défis auxquels l'Ohada est confrontée et qui justifient l'organisation de ce colloque. Heureusement, en évaluant le chemin déjà parcouru, l'on peut aujourd'hui brandir des acquis.

L'on peut en effet aujourd'hui parler d'un arsenal juridique moderne et globalement attractif et d'un modèle spécifique d'intégration juridique Ohada. Tout cela constitue un beau trophée de guerre. Le droit Ohada existe et est vivant. Le corpus juridique est impressionnant avec plus de 2 500 articles répartis dans neuf actes uniformes et le règlement d'arbitrage de la CCJA. À vrai dire, l'on ne discute plus aujourd'hui de la modernité des normes de l'Ohada tant elles sont dominées par la mystique de la sécurité juridique et la dynamique de l'essor économique. L'Ohada est d'ailleurs résolument engagée dans la voie du renforcement de l'attractivité avec la révision entamée de ses premiers actes uniformes. À ce jour, trois actes uniformes sont révisés et vont tout à fait dans ce sens : acte uniforme portant droit commercial général, acte uniforme relatif au droit des sûretés, acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Pour s'en tenir à la révision la plus récente, le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales, innervé par la recherche de la compétitivité des sociétés, est caractérisé par trois innovations capitales porteuses d'une forte attractivité économique : l'allègement des conditions de constitution en réduisant les coûts et les délais de création des sociétés ; l'assouplissement des règles de financement en validant les conventions extrastatutaires, en organisant les sociétés à capital variable, en permettant aux sociétés par action d'émettre des valeurs mobilières composées, en consacrant l'attribution d'actions gratuites aux salariés, en réglementant l'administration provisoire des sociétés ainsi que l'abus de majorité, de minorité et d'égalité.

L'on peut aussi signaler les études en cours, à la demande du Conseil des ministres, en vue d'éventuels nouveaux actes uniformes. Il faut relever parmi ces derniers, la circulation des décisions de justice et des actes d'autorité dont l'impact est considérable pour un pôle de développement.

De même, le modèle d'intégration Ohada est une réalité. On a très vite mis l'accent sur un modèle énergique de supranationalité qui permet, par le seul procédé d'actes uniformes, l'introduction des normes directement dans l'ordre juridique interne des États-membres. Mais le modèle Ohada est plus spécifique et plus original qu'on ne l'imagine. L'Ohada est conçu comme un outil technique et non une communauté. Pourtant, un espace juridique et judiciaire se construit, se superposant aux États et aux communautés politiques ou économiques existantes. Au cœur de cette construction, se trouvent une juridiction de cassation commune, la Cour commune de Justice et d'Arbitrage à Abidjan, un mécanisme singulier d'action, le registre de commerce et de crédit mobilier avec des fichiers à un triple niveau, local, national et régional auprès de la CCJA, enfin un système d'arbitrage autonome circonscrit à l'espace Ohada, l'arbitrage CCJA dont la sentence et l'exequatur délivré par la CCJA en vue de l'exécution de celle-ci ont autorité dans tout l'espace Ohada, autrement dit, sur le territoire de chaque État partie. Le modèle d'intégration Ohada inspire d'autres expériences, notamment dans la grande Caraïbe.

En brandissant ce trophée, les fissures apparaissent. Ainsi, l'uniformisation est loin d'épuiser le débat sur les domaines d'harmonisation, sur les procédés d'harmonisation ou de coordination, sur les conflits entre les normes Ohada et les normes internes des États

parties en dépit de l'article 10 du traité Ohada, sur les conflits entre les normes Ohada et les normes des communautés économiques de l'espace Ohada. Surtout, en dépit de, ou même, à cause de l'uniformisation, la délimitation de la compétence matérielle entre la CCJA et les juridictions nationales fait l'objet de positions tranchées, susceptibles de remettre en cause la place de la CCJA, partant toute l'originalité du modèle d'intégration Ohada.

Enfin, plus un modèle est original, plus il doit être expliqué, étudié. Beaucoup a été fait de ce point de vue. Mais il faut garder le cap en renforçant la diffusion et la formation et soutenir la recherche de haut niveau seule susceptible d'apporter des réponses solides aux questions de fond. Puissent des partenariats solides autour des masters et des doctorats être noués entre l'Ohada et des Universités africaines et d'ailleurs ! Tout cela indique les défis encore à relever.

La bataille de demain sera rude. Il faut l'emporter pour gagner le pari de l'Ohada. L'interrogation majeure est de savoir si le droit Ohada permet l'émergence d'un pôle de développement. L'on pressent déjà le pôle de développement, à cause de l'intérêt de plus en plus croissant pour l'Ohada, soit pour des pays voisins à l'espace de l'Ohada comme le Nigeria, le Ghana, soit pour des espaces de diverses traditions juridiques comme l'UE, les États-Unis, la Chine. Les récents rapports de Doing Business et des patronats africains comme le groupement interpatronal du Cameroun (GICAM) renforcent ce pressentiment, mais en même temps indiquent quelques artifices de guerre.

L'émergence d'un pôle de développement suppose une cohésion forte entre l'intégration juridique et l'attractivité économique. Cela invite à être très attentif demain aux fissures relevées. Deux pistes doivent donc être explorées.

La première est d'ordre méthodologique. La méthode a une triple configuration. Elle concerne d'abord le domaine d'harmonisation. L'Ohada ne doit pas devenir le législateur africain. Il faut donc être très circonspect sur les chantiers nouveaux en ayant à l'esprit le risque de conflit avec d'autres organisations régionales et surtout avec les parlements et les juridictions des États-membres. La méthode concerne en deuxième lieu le procédé. L'Ohada a opté pour les seuls actes uniformes. Or dans certains cas, même si la matière peut entrer dans le droit des affaires, le procédé de l'acte uniforme pourrait ne pas convenir, soit à cause du risque d'engloutissement du droit interne (pour exemple, le droit des contrats), soit à cause de la nécessité de laisser des marges de manœuvre aux législateurs nationaux (par exemple, en matière de droit du travail). Dans ce cas, le procédé d'acte uniforme aboutira à une forte insécurité juridique et judiciaire, anéantissant l'attractivité des normes et contrecarrant l'émergence du pôle de développement. L'on ne pourra pas demain s'empêcher d'approfondir la question de modifier le traité de l'Ohada pour prévoir le recours à des procédés plus doux : harmonisation au sens ordinaire, lois-modèles. Ce que ces procédés manquent en énergie, ils le gagnent en cohésion entre l'intégration d'un droit sécurisé et attractif et l'émergence d'un pôle de développement. La méthode concerne enfin les sources du droit Ohada. Il faut cultiver davantage le pluralisme des sources d'inspiration. Il apparaît désormais que la recherche de convergence entre les systèmes juridiques est une nécessité absolue pour réussir à la fois l'intégration juridique et l'émergence d'un pôle de développement. La nécessaire convergence suppose que, pour des raisons d'efficacité, l'Ohada emprunte à d'autres systèmes, notamment la common law, sans perdre son identité propre de

tradition civiliste. Sur cette importante question, deux souhaits peuvent être formulés. Le premier est qu'à l'avenir le droit comparé devienne la source d'inspiration majeure des actes uniformes. Le droit comparé n'est pas seulement une méthode ; il a une fonction critique, aussi bien sur le terrain de l'épistémologie que sur celui de la théorie du droit. Il s'agira alors d'aller encore plus loin dans les investigations afin de dégager à travers les divers systèmes juridiques d'éventuels corps de règles universelles et de règles homogènes fondamentales dans des domaines bien précis. Le second souhait est le rôle que la CCJA, dans sa jurisprudence, pourrait jouer dans la comparaison civil law – common law. L'argument comparatif est au cœur de l'expérience juridique contemporaine et ouvre des espaces de réflexions stimulantes sur la convergence des systèmes juridiques. L'espace Ohada dispose de tous les atouts pour être un laboratoire où différentes traditions juridiques se rencontrent, parfois se confrontent, toujours dialoguent au service du droit et de l'économie.

La seconde piste est d'ordre institutionnel et concerne plus spécifiquement la CCJA en lien avec la question des procédés d'harmonisation. À partir du moment où l'on retient d'autres méthodes d'harmonisation plus souples que les actes uniformes, la compétence de la CCJA devra être limitée au contentieux des actes uniformes, le contentieux des textes issus des actes harmonisés relevant de la compétence exclusive des juridictions nationales même en cassation. Dans le domaine des actes uniformes, il faudra consolider la place de la CCJA comme juridiction commune et juridiction des conflits.

Il faut conclure, même provisoirement car les différents panels et les ateliers qui vont suivre seront des moments d'intenses débats. Le pari de l'Ohada est de permettre l'émergence d'un pôle de développement dans l'espace Ohada. Le droit Ohada est profondément innervé par cette quête. Pour gagner définitivement le pari, l'Ohada doit renforcer la cohérence entre l'intégration juridique et l'attractivité économique de ses normes en circonscrivant plus nettement le domaine d'harmonisation, en recourant aussi, à côté des actes uniformes, aux méthodes d'harmonisation plus souples, en diversifiant les sources d'inspiration dans le souci de rechercher une convergence entre les différents systèmes juridiques en présence.

LES NORMES DANS L'ESPACE OHADA

LE CADRE NORMATIF DE L'OHADA À LA CROISÉE DES CHEMINS

Roger MASAMBA

Professeur à l'université de Kinshasa
Président de la Commission nationale Ohada-RDC

Le droit uniforme offre aux dix-sept États membres de l'Ohada la sécurité juridique tant recherchée et pose progressivement les jalons d'une sécurité judiciaire susceptible de renforcer l'attractivité desdits États et d'accélérer leur croissance économique. Mais, comme toute œuvre humaine, son architecture demeure perfectible et comporte quelques « dispositions mal rédigées ou jugées incomplètes ou insatisfaisantes »¹ qui appellent « clarification » et correction.

« Bien des turbulences jurisprudentielles et des controverses doctrinales se sont manifestées sur de nombreux points que la CCJA n'a pas eu l'occasion de régler toutes : la nullité des actes de procédure ; l'application de l'article 32 AUE sur l'exécution provisoire ; les voies de recours de l'article 300 AUE ; les contestations prévues par l'article 164 AUE sur les saisies attributions... tandis que d'autres dispositions qui auraient pu en provoquer sont passées sous silence : article 2 AUSCGIE sur le caractère d'ordre public des normes de cet acte² ; article 10 AUSCGIE sur la définition des actes offrant des garanties d'authenticité, le superprivilège des créanciers prévu par les articles 148 et 149 AUS et 166 et 167 AUPC »³.

Des imperfections apparaissent effectivement, comme en témoignent notamment, outre les dispositions ci-dessus, les articles 30 alinéas 2 et 4, 101 de l'AUDCG ; 7 et 868 de l'AUSCGIE ; 4 alinéa 1^{er}, 12 alinéa 1^{er}, 30 alinéa 2, 32 alinéa 1^{er} et 49 alinéa 1^{er} de

¹ J. ISSA-SAYEGH, « Le bilan jurisprudentiel du droit uniforme Ohada (incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles) », *Revue de droit uniforme africain* n° 3, 2010, p. 101 et s. L'auteur stigmatise la racine du mal : absence de détection systématique des lacunes ou des maladroites des textes et de propositions pour leur amendement ; défaut de collecte vaste et de traitement des décisions des juridictions du fond.

² Corrigé par l'AUSCGIE révisé, qui introduit cependant une formule peu heureuse en réputant non écrite toute clause statutaire contraire à une disposition dudit acte, lequel compte pourtant moult dispositions supplétives.

³ J. ISSA-SAYEGH, « Le bilan jurisprudentiel du droit uniforme Ohada (incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles) », préc.

l'AUVE. Elles rendent indispensable un effort d'amélioration du système et nécessitent, à bien des égards, des retouches chirurgicales de toute urgence. Dans le même esprit, mais pour différentes raisons, la redéfinition de l'approche de l'harmonisation du droit des affaires devient incontournable.

Après que l'uniformisation a servi de technique d'intégration juridique, la Conférence des chefs d'États et de Gouvernement, lors de sa réunion du 17 octobre 2013, a levé l'option pour un mécanisme complémentaire : le « cadre de référence », autrement dit la loi-modèle. Cette deuxième approche revêt un intérêt particulier pour les matières intéressant l'entreprise et le climat des affaires, mais difficiles à unifier, comme le droit des obligations, par exemple. Il faut toutefois la prendre avec des pincettes, car elle n'énervé pas l'ordre établi par le Traité, mais se range plutôt dans la sphère des mesures collatérales visant l'optimisation de l'objectif de sécurité juridique. Autres évolutions significatives dont il importerait cependant de préciser les contours, la décision de subordonner les révisions des actes uniformes à l'accomplissement d'études de faisabilité et d'analyse de pertinence ainsi que celle de réaliser périodiquement des études sur l'impact économique de l'Ohada, ce qui implique nécessairement le *monitoring* et l'évaluation systématique de l'application des normes communautaires.

Des efforts supplémentaires s'imposent à cet élan. D'une part, la correction d'erreurs flagrantes ou de contradictions empoisonnant certains textes ne peut attendre le formalisme des appels d'offres et des études de faisabilité ou de pertinence. Elle relève absolument de l'urgence et requiert la mise au point de mécanismes rapides d'amendement, par souci de sécurité juridique, pour clarifier l'identification de l'autorité compétente en matière d'édiction des seuils de la passerelle entre le statut de l'entrepreneur et celui de commerçant, ou de fixer le délai de la conciliation prévue à l'article 12 AUVE en matière d'injonction de payer, ou encore de concevoir plus rigoureusement l'énoncé de certaines incriminations pénales, par exemple. De même en est-il de l'impérieuse nécessité d'ajuster la distinction entre la société de fait et la société créée de fait, mais aussi de fixer les esprits quant aux contours logiques de l'immunité d'exécution définie à l'article 30 AUVE et, surtout, aux limites à y imprimer au nom de l'équité de l'équilibre concurrentiel. Comme l'a observé un auteur⁴, « il n'est pas aisé de recenser les lacunes tacites du droit Ohada, car elles ne se révèlent qu'à l'épreuve de la pratique ». Sans cependant cultiver le moindre doute sur la remarquable qualité du droit uniforme, l'énumération du petit lot d'imperfections peut se poursuivre, notamment à l'égard du droit comptable dont une importante source d'inspiration (normes « IAS »⁵) perd de son souffle devant l'universalisation fulgurante des normes « IFRS »⁶, ou encore au sujet de telle ou telle disposition de chaque Acte uniforme.

D'autre part, du fait de multiples renvois, ou de l'usage de termes génériques, ou même de la stricte limitation de la sphère pénale uniforme à la seule définition des

⁴ G. NGOUMTSA ANOU, « Actes uniformes et conflits de lois », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Paris, Lamy, 2011, p. 181 ; V. aussi J. ISSA-SAYEGH et P.-G. POUGOUÉ, « L'Ohada : défis, problèmes et tentatives de solutions », in *Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit Ohada des contrats – Ouagadougou 2007*, *Revue de droit uniforme*, 2008, p. 467.

⁵ *International Accounting Standards*.

⁶ *International Financial Reporting Standards*.

incriminations, le droit communautaire se complète et chemine nécessairement avec les droits nationaux. Sa qualité et son efficacité sont donc sensiblement tributaires de l'aboutissement du processus de mise en conformité que doit entreprendre chaque État-membre entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique communautaire. La timidité notoire des législateurs nationaux à cet égard s'avère contre-productive et constitue à la fois une source de préoccupations et un défi à relever sereinement, mais promptement.

Enfin, outre la crainte de télescopages pouvant miner la cohabitation entre les normes issues de la diversité des organisations d'intégration juridique (Cemac, Cima, Oapi, Ohada, Uemoa) qui se partagent un même espace géographique, le risque de disparités criantes entre les différentes harmonisations nationales peut affecter l'efficacité et le rayonnement de l'édifice communautaire. La longue coexistence de deux référentiels comptables, l'un de l'Uemoa (Syscoa), l'autre de l'Ohada (Syscohada), est symptomatique à cet égard ! La solution pointe heureusement à l'horizon sur ce point précis, il est vrai. Mais, à l'évidence, l'urgence sait se faire attendre ! Aussi importe-t-il, dès à présent, d'apporter la plus grande attention et de trouver réponse aux questionnements que suscitent les conflits de lois et la concurrence intercommunautaire, maintenant que la belle aventure de l'Ohada amorce un nouveau tournant de son histoire.

C'est précisément au niveau du cadre normatif qu'il sied de se focaliser en examinant la dynamique de l'Ohada au regard de l'approche de ses normes, singulièrement la métamorphose qui s'y dessine (I), ainsi qu'à celui de l'ajustement de la procédure législative et des mécanismes d'harmonisation entre les droits nationaux et le droit uniforme autant qu'entre les systèmes communautaires qui se côtoient dans le même espace (II).

I. LA MÉTAMORPHOSE DE L'APPROCHE NORMATIVE DE L'OHADA

Partie d'une approche d'intégration juridique fondée sur l'harmonisation rigide se traduisant par une uniformisation des règles (A), l'Ohada est en train de vivre sa migration vers un système d'intégration juridique à deux variantes, l'une consacrant l'approche rigide et restrictive qui résulte du Traité, l'autre, innovant et introduisant une approche souple et extensive en complément de la précédente, à la suite des orientations tracées par la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement en 2013 (B).

Ainsi, en quête d'amélioration du système, et forte de l'expérience de ses vingt premières années d'existence, l'organisation emprunte un nouveau tournant et peaufine sa méthodologie pour relever les défis de la sécurité juridique.

A. LA CONSÉCRATION DE L'APPROCHE NORMATIVE RIGIDE

La méthode de l'uniformisation⁷, axée sur les actes uniformes, a fait ses preuves et mis en exergue ses multiples avantages, tant en termes de sécurité juridique⁸ qu'en termes de

⁷ J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *Harmonisation du droit des affaires*, Paris, Juriscope, Bruxelles, Bruylant, 2002.

⁸ Modernisation, accessibilité, visibilité et lisibilité des textes.

sécurité judiciaire⁹. Cette méthode n'est cependant pas parfaite, comme l'illustrent les risques de disparités de règles et la délégation aux États membres de la compétence législative en matière de sanctions pénales.

1. Portée de la méthode de l'acte uniforme

La méthode de l'acte uniforme contribue significativement à la promotion d'un meilleur environnement des affaires, même si le *Rapport Doing Business* de la Banque mondiale peine à le constater au premier regard. Elle est source du renforcement notoire de la sécurité juridique et des jalons de la sécurité judiciaire que l'inversion des valeurs tant décriée trouble encore au plan national.

En son article 2, le traité de Port Louis définit les contours du droit des affaires en énumérant les matières à uniformiser, fixant ainsi le domaine du droit uniforme¹⁰. Mais ce texte institue aussi une certaine élasticité du domaine du droit uniforme en s'achevant par la formule « et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure ». Le domaine du droit des affaires, au sens du Traité, est donc flexible et tentaculaire, ou tout au moins dynamisant. Ainsi, par sa décision du 23 janvier 2001 relatif au programme d'harmonisation du droit des affaires, le Conseil des ministres de l'Ohada a pris une décision d'extension du domaine du droit des affaires aux matières suivantes : « droit de la concurrence, droit bancaire, droit de la propriété intellectuelle, droit des sociétés civiles, droit des sociétés coopératives et mutualistes, droit des contrats, droit de la preuve¹¹ ».

Toutes les matières retenues par le Traité font l'objet de l'un ou l'autre des neuf actes uniformes adoptés depuis 1997. Fruit d'une combinaison d'expertises et d'une somme d'expériences, mais aussi de persévérance et d'audace, qui contribuent fortement à la performance spectaculaire de l'Ohada, les actes uniformes constituent le support de l'ordre juridique communautaire dont le maniement permet, chaque jour davantage, de mesurer et de confirmer la qualité, l'effectivité et l'efficacité du droit uniforme. De même en est-il du Traité lui-même et de ses règlements d'application¹², même si, dans la vie pratique, les acteurs du droit uniforme usent beaucoup plus souvent des actes uniformes.

L'épreuve du terrain révèle aussi les limites, les lacunes, voire quelques contradictions et faiblesses, des normes communautaires. Néanmoins, force est de reconnaître que, bon an mal an, la pratique fait montre d'une appropriation et d'une maîtrise croissantes de ce droit communautaire auquel la jurisprudence et la doctrine apportent vitalité, mais qu'elles portent aussi au cœur des débats introspectifs et prospectifs, pour livrer des

⁹ Compétence de la Haute juridiction communautaire pour connaître de tous les pourvois dans les causes concernées par des matières régies par les actes uniformes ou les règlements d'application du Traité.

¹⁰ « 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 (...) ».

¹¹ P.-G. POUYOUÉ et al, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit Ohada*, Paris, Lamy, 2011, p. 26.

¹² Règlement de procédure et règlement d'arbitrage de la CCJA.

préconisations utiles à la crédibilité, à la performance et à l'attractivité du droit uniforme. L'uniformisation du droit des affaires comporte, en effet, de multiples avantages. D'une part, elle renforce l'accessibilité des textes ainsi que leur visibilité et leur lisibilité. La modernité, la qualité et la diffusion systématique des textes tranchent avec le passé des États-membres dont elles renforcent la sécurité juridique, maillon essentiel de la chaîne du climat des affaires et de l'attractivité économique. En outre, la relecture desdits textes permet une actualisation et un perfectionnement constants. D'autre part, l'émulation que suscitent la pratique du droit communautaire des affaires et le dynamisme de la doctrine en alimente les sources de vitalité, de pérennité, d'adaptation aux réalités et de progrès qualitatif.

L'architecture communautaire reconnaît aux juridictions nationales des premier et second degrés la compétence de connaître du contentieux des matières relevant du droit Ohada, mais confie à la Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) le monopole de la connaissance des pourvois formés contre les décisions des cours d'appel et des tribunaux statuant en dernier ressort¹³. La compétence communautaire se limite en principe aux recours des décisions faisant application des actes uniformes et des règlements d'application du Traité¹⁴, mais la CCJA l'étend même aux affaires mixtes donnant lieu à la fois à l'application des actes uniformes et du droit national¹⁵. Cette jurisprudence aidera à infléchir la résistance des juridictions nationales et à sauvegarder l'esprit communautaire en matière judiciaire. Mais elle n'enterre pas encore toute controverse, car il serait difficile, voire contraire au Traité, qu'après constat du non-fondement des moyens invoquant le droit uniforme, la CCJA statue sur les moyens concernant le droit national¹⁶. En effet, la compétence que le Traité lui attribue porte exclusivement sur le droit communautaire. L'étendre à l'application des droits nationaux non uniformisés éloigne la Haute juridiction communautaire de l'orthodoxie juridique.

S'il reste vrai que la sécurité judiciaire peine encore à émerger ou à se consolider à travers l'application du droit uniforme par les juridictions nationales, la création et le fonctionnement de la CCJA modifient l'ordre des choses en ce domaine où l'idée même de progrès semblait généralement relever de l'utopie. La sécurité judiciaire au niveau communautaire est une réalité palpable. Il n'est pas difficile pour un justiciable de se rendre compte qu'en misant sur la loi de la force ou en achetant criminellement la raison devant une juridiction nationale, il risque de retrouver ses torts et de perdre le procès en dernier ressort devant la justice communautaire, par la force du droit.

Ainsi, la méthode de l'acte uniforme est incontournable si l'on entend voir les litiges tranchés par une juridiction communautaire qui puisse garantir l'unité d'interprétation des règles communes. Elle constitue, à ce titre, une clé déterminante de la sécurité judiciaire.

¹³ A. S. ADJITA, « Les problèmes de cohabitation entre la CCJA et les cours nationales de cassation », *Revue de droit uniforme africain*, n° 3, 2010, p. 85 et s.

¹⁴ Mais il ne suffit pas que le pourvoi invoque un acte uniforme ou un règlement d'application, il faut que l'affaire soulève des questions concernant ces normes. V. à ce sujet la jurisprudence de la CCJA citée par F. ONANA ETOUNDI, « Tendances jurisprudentielles de la CCJA par thème juridique abordé », *Revue de droit uniforme africain*, n° 3, 2010, p. 40 et s.

¹⁵ *Ibid.*, p. 42 et s.

¹⁶ *Ibid.*, p. 41.

Mais ses limites en freinent les atouts et conduisent à relativiser ses avantages, tant que l'on omettra d'y adjoindre des mécanismes complémentaires.

2. Limites de la méthode de l'acte uniforme

L'adoption d'un acte uniforme procède d'un parcours du combattant, de la conception du projet jusqu'à la décision du Conseil des ministres. Ce processus est certes coûteux et lent, mais c'est aussi le prix de la qualité des textes et de la sécurité juridique. C'est l'effort qu'appelle également la révision d'un acte uniforme. La démarche paraît toutefois contre-productive lorsque l'urgence commande que l'on corrige une erreur de forme ou de fond, ou encore que l'on comble une lacune grave. En vertu de l'article 8 du Traité, l'adoption des actes uniformes requiert l'unanimité des suffrages des représentants des États présents et votants. Chaque État membre dispose donc d'un droit de veto. La règle se comprend pour des dispositions uniformes, applicables obligatoirement et directement, et assorties d'un effet abrogatoire consacrant leur suprématie par rapport aux droits nationaux. Mais l'unanimité, qui n'est pas toujours aisée à atteindre, dépend souvent de négociations et compromis. La toute récente révision de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE est un cas démonstratif de cette réalité. En effet, il n'est pas toujours facile de fusionner toutes les sensibilités nationales en certaines matières, ni de contourner la concurrence des normes issues de différentes communautés en présence¹⁷.

Ainsi, la rigueur de l'unanimité et l'effort du travail législatif sus-décrit constituent une condition de la crédibilité du processus normatif. Mais la correction de graves erreurs et le comblement de lacunes risquent de traîner et d'alimenter l'insécurité juridique, alors que l'urgence impose plus de réactivité et de rapidité. L'évaluation des actes uniformes et la réclamation de la correction des erreurs ont fait l'objet de plusieurs recommandations, notamment de la part des « Forces vives de l'Ohada » et des partenaires techniques et financiers, sans oublier les cris de la doctrine à cet égard. L'unanimité et le processus sus-décrits apparaissent ainsi comme un obstacle à l'expansion matérielle et géographique. Il faut doser le temps, l'urgence, l'exigence de qualité, bref la rigueur et la flexibilité.

L'uniformisation atteint difficilement la totalité de ses objectifs, car elle doit généralement s'accommoder d'une survie incontournable de quelques dispositions nationales. Cette réalité explique les divers renvois qui émaillent les actes uniformes et l'attente des interventions législatives nationales quant à la fixation des sanctions correspondant aux incriminations définies par les normes communautaires.

En effet, le droit uniforme se complète de droits nationaux auxquels il est systématiquement fait appel par des renvois ou par l'usage de périphrases ou termes génériques, ou encore par la séparation des compétences en matière pénale, la détermination des incriminations étant une prérogative du législateur communautaire et l'édiction des peines, une compétence que le Traité délègue aux législateurs nationaux. Il en résulte un inconvénient majeur : le risque de disparité entre les dispositions nationales susceptibles de relativiser la portée pratique de l'uniformisation.

¹⁷ Comme l'illustrent ce qui ressemble à un avortement du projet d'acte uniforme relatif au droit de la consommation ainsi que les péripéties entourant le projet d'acte uniforme relatif au droit du travail et l'échec de la perspective d'uniformisation du droit des contrats.

Dans cet esprit, on peut se demander à partir de quel dosage entre le droit communautaire et le droit national quitte-t-on le domaine de l'uniformisation que symbolise l'*Acte uniforme* pour entrer dans celui de l'harmonisation souple s'exprimant notamment par la loi-modèle aux allures d'*Acte harmonisé*. Il sera difficile d'y répondre autrement que par une analyse au cas par cas, en identifiant la nature substantielle ou pas des dispositions échappant à l'unicité et introduisant la diversité des règles nationales dans la sphère du droit uniforme. En tout état de cause, la réponse n'est pas mathématique. Si le projet d'Acte uniforme sur le droit du travail se transformait en loi-modèle, en quoi serait-il moins uniforme que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE qui laisse pas mal de latitude à la loi nationale, notamment au sujet du montant minimum du capital social de la société à responsabilité limitée et du recours obligatoire ou facultatif au notaire lors de la création de la société ?

Ainsi, l'absence de coordination communautaire des processus nationaux d'harmonisation crée un risque de disparités et de disharmonie qui peut fragiliser la cohérence du système communautaire au point de précariser l'attractivité et le rayonnement de l'Ohada. À cet égard, la crainte de l'érection de « paradis pénaux » côtoyant, au sein d'une même communauté, des « enfers pénaux » a souvent préoccupée la doctrine. De même, au nombre des solutions recherchées, l'idée de renforcer la compétence communautaire, y compris en matière d'édiction des sanctions pénales, en s'inspirant d'autres communautés rencontre de plus en plus d'échos favorables dans l'espace Ohada.

B. L'ÉMERGENCE DE L'APPROCHE NORMATIVE SOUPLE

La promotion de la qualité du droit des affaires dans l'espace Ohada a justifié la décision d'enrichir l'ordre juridique communautaire d'une approche complémentaire à celle de départ. Malgré ses avantages, la méthode de l'acte uniforme connaît en effet quelques limites qu'il n'est possible d'atténuer que par l'admission d'un mécanisme additionnel plus souple d'intégration juridique. Mais la méthode souple, riche de sa flexibilité et de la liberté reconnue aux États de s'en servir quand et comme ils le souhaiteraient, connaît à son tour des limites qui relativisent quelque peu sa portée. En définitive, seule une approche mixte combinant judicieusement les deux méthodes d'intégration juridique permettrait de donner satisfaction.

1. Apparition d'une forme d'harmonisation complémentaire sous forme d'acte harmonisé ou loi-modèle : le cadre de référence

Dès 2007, les Forces vives de l'Ohada ont recommandé de « retenir dans certains cas de nouvelles méthodes d'harmonisation telles que les directives et les lois-types »¹⁸. Elles y reviendront en préconisant le recours à des « cadres de référence dont pourront s'inspirer les États pour moderniser leur droit interne sur certaines questions, comme le droit des

¹⁸ Douala, 8 et 10 novembre 2007. Dans son propos introductif sur « le passé, le présent et l'avenir » de l'Ohada, le professeur Paul-Gérard Pougoué a relancé cette perspective de cohabitation entre *Acte uniforme* et *Acte harmonisé*.

obligations qui ont un impact majeur sur la vie des affaires »¹⁹ : « utilisé dans les matières qui se prêtent difficilement à l'uniformisation, compte tenu de leur nature et de leur sensibilité en rapport avec la réalité socio-économique de chaque État », « cette technique vise à recourir, à côté de la technique de l'acte uniforme utilisée jusqu'ici, à d'autres modes d'harmonisation plus souples (lois-modèles, lois-types, etc.) »²⁰.

Le recours aux lois-modèles, « toutes les fois que l'application d'un acte uniforme exige l'édiction de mesures nationales »²¹, est aussi fortement recommandé pour prévenir les risques de disparité entre les États-membres. Ainsi en est-il de la loi-modèle sur les sanctions pénales élaborée par le Secrétariat permanent et envoyée aux États membres. En définitive, tout le monde admet aujourd'hui la nécessité « d'une harmonisation à plusieurs niveaux, avec le recours à la technique des directives et des lois-modèles »²², bien qu'il faille absolument se méfier de la « directive » qui, comme l'a démontré le professeur Barthélemy Mercadal durant le colloque organisé à Lyon les 23 et 24 avril 2014, a prouvé tant sa complexité que ses limites et contradictions en Europe.

2. Portée de la méthode des lois-modèles

La méthode souple, qui s'exprime par des lois-modèles (véritables « actes harmonisés ») plutôt que par des actes uniformes, permet d'envisager un mode plus flexible d'adoption des textes, excluant tout droit de veto. De même en sera-t-il de la révision desdits textes et des corrections, en cas d'urgence, par des mécanismes d'amendement adéquats. Le mode d'intégration des normes changera aussi et justifiera nécessairement l'intervention législative nationale au niveau des États concernés. En d'autres termes, les lois-modèles échapperont à l'article 10 du Traité et, par conséquent, seront dépourvues du caractère direct et obligatoire de l'application des actes uniformes et ne produiront aucun effet abrogatoire.

La mise en commun des efforts matériels, techniques et financiers pour la conception de textes utiles à la promotion de l'entreprise et à l'amélioration du climat des affaires est un avantage réel. La doctrine et les Forces vives de l'Ohada ont déjà recommandé cette approche, en complément de celle de l'uniformisation connu pour sa rigidité et son culte de l'unicité. À l'écoute de leurs voix et en concrétisant leurs recommandations, la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement a, lors de sa réunion du 17 octobre 2013, décidé que des lois-modèles coexisteront avec les actes uniformes présents et futurs.

C'est un changement de cap qui donnera à l'Ohada un souffle nouveau. En effet, la souplesse de cette méthode permet d'élargir sensiblement le domaine des matières visées par les réformes qu'appelle le souci de promouvoir la sécurité juridique et judiciaire afin de renforcer l'attractivité des États-membres et d'améliorer l'environnement des affaires. Car des pans entiers du droit des affaires ou de matières juridiques intéressant l'entreprise

¹⁹ *Rapport général de la deuxième réunion des Forces vives de l'Ohada*, Cotonou, 17 et 18 octobre 2012, p. 6.

²⁰ Secrétariat permanent, Note explicative des points inscrits à l'ordre du jour de la XXXIV^e réunion du Conseil des ministres de l'Ohada, 12 septembre 2013, p. 5.

²¹ *Rapport général du colloque organisé à l'occasion de 20^e anniversaire de la création de l'Ohada sur le thème « Ohada, 20 ans déjà : Bilan et perspectives »*, p. 3.

²² *Ibid*, p. 4.

et le climat d'investissement échappent encore à la sphère de l'Ohada parce qu'il n'est pas aisé de les unifier par des règles communes. La méthode souple, qui se caractérise ainsi par une extensibilité rappelant la dimension tentaculaire traditionnelle du droit des affaires, permet de les y attirer : droit des obligations, droit bancaire, droit de la propriété industrielle, droit des investissements, droit de la concurrence, droit de la distribution, droit de la consommation, voire diverses parties du droit fiscal.

Certaines matières font déjà partie du patrimoine de quelques communautés sœurs. Mais, s'il est vrai que des actes uniformes les récupérant ou les transgressant auraient posé problème, il n'en demeure pas moins que, pris comme source d'inspiration de lois-modèles, ce fond législatif africain pourrait aider à améliorer l'environnement juridique des affaires dans les États membres, en particulier ceux qui n'appartiennent pas aux communautés concernées par lesdites matières.

Les actes harmonisés ou lois-modèles favorisent aussi la gymnastique cérébrale tant redoutée quant à la promotion de la synthèse des approches romano-germaniques et celles de la *common law*, en d'autres termes le rapprochement technique des deux obédiences juridiques dominant la matière juridique au sein de notre continent. Car chaque État tiendra en mains des projets de textes dont il tirera le meilleur parti dans son contexte socioculturel. Mais il reste vrai qu'en s'éloignant trop de l'acte uniforme, l'acte harmonisé ou loi-modèle pourrait aussi alimenter les questionnements sur la consistance de la notion de communauté.

Néanmoins, au-delà de l'extension matérielle, c'est aussi à l'extension géographique, certes mesurée, que la méthode souple des lois-modèles offre une opportunité. Compte tenu des sensibilités nationales (sans oublier la question linguistique), mais aussi de la coexistence de deux traditions juridiques dominantes et concurrentes sur le continent africain, la souplesse et la flexibilité qu'offre la méthode des lois-modèles constitue un facteur fédérateur et une clé essentielle du rapprochement des systèmes juridiques, non seulement de traditions juridiques identiques ou d'essence convergente, mais même ceux de systèmes juridiques divergents et compétiteurs en termes d'analyse économique du droit des affaires et de mécanismes juridiques de renforcement de l'attractivité économique et d'assainissement de l'environnement des affaires.

Dans cet élan, l'Ohada pourrait se situer au cœur de la modernisation du droit des affaires au niveau continental (bien que beaucoup craignent un risque d'éloignement contre-productif par rapport aux objectifs du Traité), sans oublier l'attraction possible de pays non africains que la qualité des lois-modèles pourrait tout aussi bien séduire.

3. Limites de la méthode des lois-modèles

Autant elle comporte des avantages liés à sa flexibilité, autant la loi-modèle présente des inconvénients, puisqu'elle échapperait à la compétence de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage et tendrait à instituer un espace qui verrait s'émousser le caractère communautaire et où la disparité des normes ferait faire marche arrière à l'Ohada. Cette méthode de l'acte harmonisé ne saurait donc être utile qu'en demeurant complémentaire à la méthode de l'acte uniforme.

Sur le plan juridique, la méthode des lois-modèles contribue à améliorer la qualité des textes et à moderniser le droit des affaires. Elle a l'avantage de pouvoir « ratisser large » et d'atteindre un domaine nettement plus vaste que celui qu'occupe le droit uniforme,

singulièrement la sphère des matières jugées difficiles à uniformiser. Les lois-modèles ne permettent cependant pas de garantir que les règles régissant la vie des affaires seront identiques dans l'espace Ohada, ce qui ne peut que provoquer un relâchement de l'esprit communautaire. Les États-membres auront des textes de même inspiration, mais aux contenus différents, voire contradictoires.

Sur le plan judiciaire, la méthode d'intégration souple supprime la compétence de la Haute juridiction communautaire pour les textes nationaux issus de l'intégration des lois-modèles dans les ordres juridiques internes. Seules les juridictions nationales seront compétentes. Sont-elles prêtes à faire disparaître les maux qui les rongent et à redorer le blason terni à travers un temps si long ? Rien n'est simple. Dans combien de temps l'environnement de la justice interne des États membres sera-t-il en mesure de conditionner et de motiver suffisamment les acteurs de la justice pour enclencher une véritable révolution de la culture judiciaire ? Plus ce temps sera long, moins la méthode des lois-modèles sera efficace, sauf à la contenir au seul niveau d'une méthode simplement complémentaire à celle de l'acte uniforme.

Il est vrai que, lorsque la loi-modèle poursuit simplement le but d'aider les États membres à mettre leurs droits internes en conformité avec le droit uniforme (édiction de sanctions pénales, indication des substitutifs des périphrases, énonciation des règles répondant aux renvois des actes uniformes), les dispositions nationales ainsi incorporées aux actes uniformes respectifs relèveront de la compétence de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage au même titre que les autres dispositions desdits actes uniformes. À ce titre, la technique de loi-modèle, plus précisément de l'acte harmonisé, enrichit simplement l'ordre juridique communautaire en facilitant sa réception et son insertion dans les États-membres.

Aussi conviendrait-il de distinguer *deux catégories de lois-modèles* : l'*acte harmonisé* qui facilite le processus de mise en conformité (cas de la loi-modèle sur les sanctions pénales initiée par le Secrétariat permanent de l'Ohada en 2013) et la *loi-modèle* ou loi-type portant sur des matières utiles à la vie des affaires, mais se prêtant difficilement à l'uniformisation. Cette dernière catégorie (loi-modèle *stricto sensu*) vise un domaine appelé à échapper à la sphère de compétence de la Haute juridiction communautaire, à la différence de la première catégorie (acte harmonisé). En tout état de cause, il serait suicidaire de se départir des assurances qu'offre la Cour commune de Justice et d'Arbitrage aux justiciables et de l'espoir d'une unification de l'interprétation du droit des affaires dans l'espace Ohada.

Tout est donc question de pertinence et de dosage dans l'incontournable mixité des méthodes d'intégration juridique.

II. LA PERSPECTIVE D'AJUSTEMENT DES TECHNIQUES NORMATIVES DE L'OHADA

L'évaluation des actes uniformes a été préconisée à plusieurs reprises avec, à la lumière de la pratique, l'objectif de les améliorer, mais aussi et surtout de déceler les imperfections qui appellent des corrections rapides. Il sied de tenter cette identification et de préconiser des mécanismes appropriés pour les amendements d'urgence afin d'enrayer les erreurs et contradictions, et de combler les lacunes (A). Ce processus ne remet pas en cause la remarquable qualité des actes uniformes et, en réalité, ne vise qu'une infime

partie des deux mille six cent vingt-et-un articles que compte le fond législatif Ohada en 2014 (non compris le Traité et ses règlements d'application). Il est probable que les règles appelant une intervention immédiate, sans attendre une révision globale, ne représentent que moins d'un pour-cent de l'ensemble des dispositions de ce fond.

Dans cet élan, il importerait également de promouvoir une accélération du processus de mise en conformité des droits nationaux (B). Vingt ans après la naissance de l'Ohada et dix-sept ans après l'adoption des premiers actes uniformes, il n'est pas compréhensible qu'à peine un tiers des États membres se soient livrés, partiellement ou globalement, à l'exercice d'harmonisation de leurs droits internes avec le droit communautaire. Enfin, la question des risques de conflits entre le droit Ohada et les autres droits communautaires doit être analysée et justifiée à la fois des techniques préventives et des procédés curatifs pouvant venir à bout des conflits intercommunautaires (C).

A. L'IDENTIFICATION DES DISPOSITIONS APPELANT D'URGENCE LA CORRECTION DES NORMES EN VIGUEUR

Les Forces vives de l'Ohada ont recommandé d'« évaluer les actes uniformes en vigueur et dégager les dispositions qui nécessitent une modification »²³. L'importance de l'« évaluation des actes uniformes et leur amélioration » pour « veiller à l'application effective du droit harmonisé dans les États parties »²⁴ revient souvent comme un refrain dans les milieux de l'Ohada.

Certes, les dispositions problématiques, que les instances de l'Ohada gagneraient à corriger ou compléter sans attendre, apparaissent en quantité très réduite par rapport à l'ensemble des normes communautaires, tant au niveau du cadre matériel qu'à celui du cadre processuel. Mais, sans être exhaustive, la récapitulation ci-après²⁵ montre l'intérêt de la question et le caractère urgent des mesures à prendre pour la sécurité juridique et judiciaire.

1. Normes problématiques du droit substantiel des affaires

a) Conflits de normes de l'AUDCG et de l'AUSCGIE

– Fixation des seuils relatifs au changement de statut de l'entrepreneur

L'article 30 de l'AUDCG est un exemple éloquent de contradictions dont l'enracinement, au fil des ans, n'est pas admissible. D'une part, il résulte du deuxième alinéa de cet article que « l'entrepreneur conserve son statut si le chiffre d'affaires annuel généré par son activité pendant deux exercices successifs n'excède pas les seuils fixés dans l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises au titre du système minimal de trésorerie ». D'autre part, le quatrième alinéa

²³ Douala, 8 et 10 novembre 2007. V. aussi, sur l'action du Secrétariat permanent au sujet de la production, de l'évaluation et de l'amélioration du droit uniforme, *Compte rendu de la réunion du Comité des experts*, Ouagadougou du 16 au 18 décembre 2013, p. 4.

²⁴ *Compte rendu de la table-ronde des partenaires techniques et financiers de l'Ohada*, N'Djamena 25 septembre 2009, in *Journal Officiel de l'Ohada*, n° 26, p. 15.

du même article se base sur « les limites fixées pour ses activités par l'État partie sur le territoire duquel il les exerce ».

- Détermination de la « juridiction compétente » en matière de résiliation du bail professionnel

L'article 101 alinéa 2 de l'AUDCG détermine « la juridiction compétente » en visant probablement le juge des référés, mais en utilisant des concepts induisant qu'il pense à un tribunal. La CCJA a tranché en faveur du juge des référés, en soulignant que l'expression « jugement » utilisé au cinquième alinéa dudit article constitue un terme générique signifiant « décision » et qu'il peut donc aussi inclure une « ordonnance ». Il faut simplement corriger le texte²⁶ pour en améliorer et en faciliter la compréhension et l'application.

- Imprécision sur les conséquences de la société de fait et la société créée de fait

L'article 115 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE visait la « société créée de fait » dans son premier alinéa et renvoyait par son alinéa 2 à des dispositions abritées sous la rubrique « société de fait » (article 864 et suivants). La correction apportée par l'AUSCGIE révisé a le mérite de sortir de cette inexactitude, mais ne supprime pas toute la confusion entre « société créée de fait »²⁷ et « société de fait », puisqu'elle les soumet toutes deux au régime juridique de la société en nom collectif. Il est vrai que cette assimilation se comprend fort bien à l'égard de la « société créée de fait » qui traduit non pas un acte que l'on pourrait annuler, mais un comportement. Il en va cependant différemment de la « société de fait » qui a été voulue et pour la formation de laquelle des actes ont été posés, mais dont une erreur de constitution bloque toute possibilité de concrétisation du vœu de ses fondateurs. La seule sanction logique en pareille circonstance est la nullité (sans effet rétroactif, comme le veut la théorie générale de la société).

Annuler une société putative (sans effet rétroactif), dite société de fait, se conçoit aisément, puisqu'il s'agit d'une société qui a été voulue par ses fondateurs, mais dont une erreur de constitution bloque toute possibilité de concrétisation du vœu desdits fondateurs. Au contraire, la « société créée de fait » qui traduit non pas un acte, mais un comportement, aura du mal à être « annulée ». La seule sanction possible reste l'assimilation de son régime juridique à celui de la société en nom collectif ou à celui de la société en participation.

- Exclusion paradoxale de la qualité d'associé pour les personnes écartées de l'exercice du commerce, alors que c'est la société qui exerce l'activité commerciale

L'ancien article 7 de l'AUSCGIE énonçait le principe suivant : « toute personne physique ou morale peut être associée dans une société commerciale lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune interdiction, incapacité ou incompatibilité visée notamment par l'Acte

²⁶ F. ONANA ETOUNDI, préc., p. 46.

²⁷ Hypothèse pouvant attirer dans l'orbite du droit des sociétés commerciales les acteurs de l'économie informelle.

uniforme portant sur le droit commercial général ». Ainsi l'avocat et l'expert-comptable ou encore le conseil juridique, visés par l'article 9 de l'AUDCG, pouvaient être privés de la qualité d'associé.

Il en était de même pour le mineur non émancipé qui ne pouvait être associé en vertu de la référence faite à l'AUDCG par l'article 7 de l'AUSCGIE²⁸, alors que le même acte uniforme énonçait que « les mineurs et les incapables ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales au-delà de leurs apports » (AUSCGIE, art. 8), donc, a contrario, peuvent l'être dans une société à risque limité !

La nouvelle rédaction de l'article 7 de l'AUSCGIE révisé corrige une imperfection grave qui, dans son ancienne rédaction, confondait le commerçant, qui exerce son activité commerciale, avec l'associé, qui n'exerce pas l'activité commerciale de la société : « une personne physique ou morale ne peut être associée dans une société commerciale lorsqu'elle fait l'objet d'une interdiction, incapacité ou incompatibilité prévue par une disposition légale ou réglementaire ». Mais la correction ne supprime pas toute critique. En effet, l'AUDCG ayant valeur de loi, les personnes exclues du commerce pour incompatibilité ou incapacité peuvent encore être privées de la qualité d'associé, alors que c'est la société, non pas les associés, qui exerce l'activité sociale. Il faudrait donc, *de lege ferenda*, n'écarter de la sphère des associés que les personnes qui sont expressément privées de cette qualité par l'AUSCGIE.

b) Lacunes et conflits de normes de l'AUOHC

– Décalage par rapport aux mutations globales des règles de la comptabilité

Datant d'une époque où la source essentielle d'inspiration du droit comptable provenait des normes « IAS » (*International Accounting Standards*), l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises doit, par une révision vivement attendue, marquer sa migration vers les normes « IFRS » (*International Financial Reporting Standards*) dont l'universalisation en tant que source d'inspiration de la comptabilité est notoire. Ainsi, quatorze ans après son adoption, cet acte uniforme est affecté par la lacune que constitue ce manque d'actualisation. Fort heureusement, des travaux en cours au niveau de la commission de normalisation comptable de l'Ohada devraient régler assez rapidement ce problème.

– Coexistence de deux référentiels comptables dans l'espace communautaire : le droit comptable de l'Ohada et le droit comptable de l'Uemoa

Comme on le remarquera en examinant les conflits entre normes communautaires (cf. infra), deux référentiels coexistent au sein de l'espace Ohada : le Syscoa et le Syscohada. Bien que toutes les instances de décision de l'Ohada se soient engagées à trouver une solution appropriée, cette anomalie subsiste encore à l'heure actuelle.

²⁸ « Le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce » (AUDCG, art. 7, al. 1).

c) Imperfections et lacunes des normes pénales (AUSCGIE, AUPC, AUOHC)

– Notion de dirigeants sociaux

Les actes uniformes édictant des infractions utilisent l'expression « dirigeants sociaux » ou « dirigeants » (ou encore « présidents », à l'article 886 de l'AUSCGIE) à l'article 111 de l'AUOHC ainsi qu'aux articles 230, 231 et 233 de l'AUPC et aux articles 889, 890, 890-1, 891-1, 891-2, 892, 894, 895, 897, 900, 901 et 905 de l'AUSCGIE. Ce procédé est sans doute le meilleur, pour éviter d'avoir à dresser à tout moment la liste des dirigeants. Encore faudrait-il la généraliser, à l'exception des hypothèses où le contenu d'un article ne vise que quelques catégories de dirigeants, auquel cas la précision vaut son pesant d'or. En tout état de cause, il est indispensable, dans les dispositions générales des règles consacrées aux infractions pénales, d'indiquer la signification exacte de l'expression « dirigeants sociaux », « dirigeants » et « présidents ».

– Lacunes

Certaines dispositions semblent viser tous les dirigeants sociaux en donnant une liste qui pêche par omission. Sont souvent oubliés : le président de la société par actions simplifiées (article 886 de l'AUSCGIE), le directeur général adjoint (article 886, 893, 905 de l'AUSCGIE) et l'administrateur général adjoint (article 886 de l'AUSCGIE). Il en est de même du président du conseil d'administration qui n'apparaît nulle part dans les incriminations définies par l'AUSCGIE, à l'exception de l'article 893.

De même, le style d'énumération des dirigeants sociaux peut être source d'incertitudes quant à l'identification du type de sociétés dirigées, alors que la précision est un paramètre essentiel de la règle pénale. En effet, certaines dispositions de cet acte uniforme comportent une présentation critiquable : « les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint ou le président d'une société par actions, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint ». Omise, la mention « d'une société anonyme » aurait dû se placer après « administrateur général adjoint » et la formule « ou le président d'une société par actions simplifiée » suivrait alors immédiatement après, pour clôturer l'énumération. C'est ce qu'a pertinemment fait le législateur communautaire avec la présentation ordonnée de la liste des dirigeants sociaux par l'article 891 de l'AUSCGIE : « le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président-directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint d'une société anonyme ou le président d'une société par actions simplifiée ».

2. Normes problématiques du droit processuel des affaires

a) Lacunes et conflits de normes de l'AUVE

– Défenses à exécution provisoire

L'article 32 de l'AUVE a fait couler beaucoup d'encre au sujet des défenses à exécuter pouvant empêcher l'exécution provisoire d'une décision judiciaire dont le recours est de la compétence de la Haute juridiction communautaire. Se référant à la tendance jurisprudentielle de la CCJA, Félix Onana Etoundi constate que les défenses à l'exécution provisoire « ne sont plus en vigueur lorsqu'elles tendent à suspendre une exécution forcée déjà engagée ; mais elles conservent toute leur efficacité en droit interne lorsqu'elles

tendent à empêcher que l'exécution forcée d'un titre exécutoire par provision ne soit engagée »²⁹. Ne faudrait-il pas réécrire l'article 32 de l'AUVE pour simplifier les choses ?

- Détermination du destinataire de la demande d'injonction de payer ou de restituer (article 5 de l'AUVE)

Il résulte de l'article 3 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution que « la demande est formée par requête auprès de la juridiction compétente (...) ». En réalité, une requête initiée à l'occasion d'une procédure gracieuse doit être adressée, non pas au tribunal, mais au « président de la juridiction compétente ». Du reste, l'article 5 indique bien que « le président de la juridiction compétente rend une décision portant injonction de payer ». Mais, en vertu de l'article 4 de cet acte uniforme, « la requête doit être déposée ou adressée par le demandeur au greffe de la juridiction compétente ». Cette rédaction n'est pas correcte, et, à tout le moins, pas heureuse. Il sied de la corriger.

- Absence de délai de la procédure de conciliation

L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution institue une procédure rapide, à la différence de celle de droit commun. Cette procédure gracieuse peut donner lieu à opposition de la part du débiteur à qui l'ordonnance d'injonction de payer est signifiée. La procédure deviendra donc contradictoire, son avancement étant toutefois subordonné à la réalisation d'une formalité : « la juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation », précise l'article 12 dudit acte uniforme. Mais sans déterminer dans quel délai !

- Immunité de saisie

L'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dispose que « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution » (alinéa 1). Ce texte comporte cependant un tempérament en son deuxième alinéa : « toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ».

Ainsi, à l'instar des personnes morales de droit public³⁰, les entreprises publiques sont immunisées contre le risque de saisie. Mais quelle définition retenir de l'entreprise publique ? À chaque État de le préciser. Ce qui laisse à chacun la faculté d'y inclure des entreprises publiques du secteur marchand ; il en résulte donc un déséquilibre de la concurrence et même une discrimination injustifiée. Il ne pourrait, à la rigueur, être toléré

²⁹ Article précité, p. 51. V. les décisions de la Haute juridiction communautaire citées par P.-G. POUYOUÉ et S. S. KUATE TAMEGHE, *Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 381 à 388 ; V. aussi F. ONANA ETOUNDI et J.-M. MBOCK BIUMLA, *Cinq ans de jurisprudence commentée de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada (1999-2004)*, Unida, 2006, p. 261 à 276.

³⁰G. KENFACK DOUAJINI, *L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace Ohada*, Ohadata D-02-28.

d'immunité de saisie au profit des entreprises du secteur concurrentiel que temporairement pour la période d'un processus de restructuration organisé par la loi³¹. C'est notamment, en République démocratique du Congo, le cas de la loi du 7 juillet 2008 telle que modifiée et complétée par celle du 31 décembre 2012.

En tout état de cause, aller jusqu'à juger que même si la loi soumet désormais les entreprises publiques au régime du droit privé, l'immunité d'exécution demeure, est fort curieux³². Il importe d'approfondir la réflexion sur ce point et de rectifier le tir.

– Imprécision sur la compétence en matière de contestation de saisie-attribution

L'article 49 de l'AUE est un exemple de texte à problèmes, car il ouvre la voie à deux conceptions différentes consistant pour certains à considérer que le juge des référés est compétent pour régler les contestations relatives à la saisie-attribution des créances, et pour d'autres à réclamer l'institution d'une juridiction chargée de l'exécution. Mais, par son avis n° 001/2003/EP du 4 juin 2003, la CCJA a coupé court en faveur du juge des référés. Il reste un problème à résoudre pour la République démocratique du Congo qui ne connaît pas ce système que s'apprête heureusement à introduire une loi portant modalités d'application du droit Ohada.

– Excès de formalisme de l'AUE au sujet de la caducité et de la nullité des actes

Si l'AUE couvre 70 % du contentieux de l'Ohada alors qu'il ne représente qu'environ 14 % des articles du droit uniforme, il faut en chercher les raisons, au nombre desquelles les dispositions précitées, mais aussi un excès de formalisme. Il faudrait probablement recourir davantage au principe « pas de nullité sans grief » à l'instar de l'article 297 de l'AUE au sujet de certains actes de procédure de la saisie immobilière³³.

b) Lacunes des normes en matière d'arbitrage

– Absence de diversification des modes alternatifs de règlement des différends et d'organisation d'un régime de l'exécution des sentences arbitrales

En matière de modes alternatifs de règlement des différends, l'absence de la médiation dans le système Ohada procède assurément d'une lacune qu'il conviendrait de combler. De même en est-il de la conciliation. Enfin, plus spécifiquement dans le domaine de l'arbitrage, la mise au point d'un régime de l'exécution des sentences arbitrales rendues dans les centres d'arbitrage de l'espace Ohada renforcerait utilement l'édifice communautaire³⁴.

³¹ Ministère du Portefeuille de la RDC, *Rapport sur la protection des droits et biens de l'État et des entreprises publiques*, Kinshasa, 2014.

³² CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 043/2005 du 7 juillet 2005.

³³ M. MAÏDAGI, « Tendances jurisprudentielles de la CCJA par acte uniforme appliqué », *Revue de droit uniforme africain*, n° 3, 2010, p. 37.

³³ Ibid, p. 41.

³⁴ *Rapport général du Colloque organisé à l'occasion de 20^e anniversaire de l'Ohada*, précité, p. 5.

– Problème d'harmonisation de quelques concepts

Entre l'acte uniforme et le règlement d'arbitrage de la CCJA, une harmonisation des concepts s'impose : « litiges contractuels/litiges portant sur des droits dont on a la libre disposition ; recours en annulation/recours en contestation de validité... »³⁵.

B. LA MÉTHODOLOGIE DE LA CORRECTION DES NORMES EN VIGUEUR

La relecture des actes uniformes aboutit progressivement à leur actualisation et à l'amélioration de la qualité des textes par les amendements nécessaires. Ce travail s'effectue avec un professionnalisme remarquable, mais prend du temps et requiert une forte mobilisation de fonds. Il est nécessaire qu'il se poursuive en tenant compte des efforts de perfectionnement des mécanismes actuels de révision des normes. Il importerait également de mettre au point des mécanismes extraordinaires de correction adaptés aux nécessités de l'urgence face notamment aux erreurs, contradictions ou lacunes manifestes.

1. Le perfectionnement des mécanismes ordinaires de révision (méthodologie des révisions périodiques)

La procédure d'adoption et de révision des actes uniformes est définie par le Traité. Elle comprend diverses étapes susceptibles d'en garantir la qualité. Bien que coûteuse et source de lenteurs, cette procédure présente de nombreux avantages. Mais tout le monde reconnaît la nécessité de « délimiter clairement le champ matériel à uniformiser », comme l'ont recommandé les Forces vives de l'Ohada (Douala, 8 et 10 novembre 2007).

Sans remettre en cause la procédure susvisée, le Conseil des ministres, à la suite des recommandations des Forces vives de l'Ohada, a affiné le processus d'adoption ou de révision des actes uniformes. D'une manière générale, la procédure législative communautaire fait l'objet de quelques ajustements en vertu de la décision n° 0011/2011/CM/Ohada du 17 juin 2011 adopté par le Conseil des ministres lors de sa réunion à Bissau, laquelle subordonne toute révision d'un acte uniforme à un état des lieux mettant en exergue les insuffisances du texte à réviser ainsi que l'opportunité et l'étendue de la révision envisagée³⁶.

Le recours aux études de faisabilité est amplement justifié et contribue à garantir la qualité, l'efficacité et la crédibilité du droit uniforme. Mais encore faudrait-il distinguer les cas requérant pareil mécanisme (adoption ou révision d'actes uniformes ou de règlement d'application du Traité) des cas pour lesquels il sied de s'en passer (urgentes corrections d'erreurs, lacunes ou contradictions). En d'autres termes, à côté du mécanisme ordinaire issu du Traité pour l'adoption ou la révision des textes, il importerait d'innover avec des mécanismes extraordinaires.

Dans cet élan, le Secrétariat permanent a commandé une étude sur la pertinence et la faisabilité de l'extension du droit des affaires à certaines matières : crédit-bail, affacturage, sous-traitance, franchise, contrat de partenariats public-privé³⁷. Et, pour en permettre la

³⁵ Ibid, p. 5.

³⁶ Secrétariat permanent, *Note explicative*, précitée, p. 6.

³⁷ Ibid.

révision, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a fait l'objet d'un audit préalable³⁸.

Le colloque organisé à l'occasion du 20^e anniversaire de la création de l'Ohada sur le thème *Ohada, 20 ans déjà : Bilan et perspectives* a précisé que « les textes à adopter doivent non seulement être conformes aux besoins des États avec lesquels les États parties entretiennent des relations d'affaires, mais aussi suffisamment simples pour une mise en œuvre par les États parties » et affirmé que « le droit des sociétés civiles qui relève certainement du droit des affaires, le droit international privé, particulièrement les règles de conflits des lois et de juridictions, méritent aussi une harmonisation »³⁹.

S'agissant plus spécifiquement de la révision des actes uniformes, le colloque a également attiré l'attention sur les précautions qui s'imposent désormais : « il ne faudra y procéder qu'en cas de réelle nécessité ou de grande utilité, pour éviter un perpétuel recommencement qui compromettrait la sécurité juridique et judiciaire recherchée. Cette nécessité peut se traduire par le besoin de corriger des erreurs à l'instar de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE) »⁴⁰.

2. La recherche de mécanismes extraordinaires de révision (méthodologie des corrections urgentes)

La conception de mécanismes extraordinaires est envisageable, si la décision de réviser continue de relever de la compétence du Conseil des ministres et d'être subordonnée à l'unanimité des représentants des États présents et votants. La perspective de mise en œuvre de tels mécanismes implique l'accomplissement d'une première phase, celle de l'évaluation des actes uniformes et des règlements d'application du Traité pour déterminer les cas nécessitant des corrections urgentes (cf. supra). Ensuite, interviendrait la phase d'exécution d'un processus d'amendement adapté à l'impératif de l'urgence.

D'une manière générale, une correction s'impose avec promptitude et rectitude chaque fois qu'une règle commune s'avère manifestement erronée, contradictoire ou lacunaire : « à l'avenir les révisions éventuelles des actes uniformes ne porteront, après un diagnostic circonstancié, que sur les dispositions précises dont l'application présenterait des difficultés et ne donneront donc plus lieu à un bouleversement total des textes en vigueur », propose le Secrétariat permanent qui précise que, dans cet esprit, les révisions se rapporteront « strictement aux ajouts commandés par des besoins nouveaux véritables de législation »⁴¹.

³⁸ *Compte rendu de la réunion du Comité des Experts*, Ouagadougou du 16 au 18 décembre 2013, p. 10.

³⁹ *Rapport général du Colloque sur le 20^e anniversaire de la création de l'Ohada*, précité, p. 4.

⁴⁰ *Ibid*, p. 3 et 4.

⁴¹ Secrétariat permanent, *Définition du programme annuel d'harmonisation*, p. 2.

C. LA PROMOTION DU PROCESSUS D'HARMONISATION ET LA GESTION DES CONFLITS DE NORMES INTERCOMMUNAUTAIRES

Le droit communautaire coexiste avec deux types d'autres normes. D'un côté, les normes nationales complémentaires ; en effet, les normes identiques ou contraires sont abrogées et ne résistent pas à la suprématie des règles communautaires. L'harmonisation entre les dispositions survivantes et le droit uniforme s'impose. D'un autre côté, le droit Ohada côtoie des droits uniformes issus d'autres communautés. Ici également, une harmonisation et des concertations sont indispensables pour prévenir ou supprimer les conflits de textes dont, du reste, aucun n'est supérieur à l'autre.

1. La mise en conformité des droits nationaux avec le droit communautaire

Les Forces vives de l'Ohada ont mis en exergue la nécessité de l'harmonisation des normes et recommandé l'adoption de textes internes complémentaires à l'arsenal législatif de l'Ohada ainsi que l'organisation des processus de mise en conformité entre les droits nationaux et le droit Ohada⁴². Le souci de prévenir le risque de disparité a également amené les participants au colloque du 20^e anniversaire de l'Ohada à proposer que le Secrétaire permanent confectionne et offre aux États membres des lois-modèles, « toutes les fois que l'application d'un acte uniforme requiert l'édiction de mesures nationales »⁴³.

Dans la mesure où quelques pays ont déjà expérimenté la stratégie de la mise en conformité en se servant de la loi-modèle sur les sanctions pénales confectionnée par le Secrétariat permanent, bien qu'il ne s'agisse que d'une mise en conformité très partielle, il conviendrait de généraliser ladite loi-modèle par un texte global sur l'ensemble des normes en attente de mise en cohérence. À cet égard, l'expérience des trois ou quatre pays à avoir franchi le pas peut se révéler d'un précieux concours. Elle aiderait à mettre au point un véritable *guide de la mise en conformité* et une loi-modèle relative aux modalités d'application du droit uniforme, ce qui permettrait de faciliter et accélérer l'accomplissement de cet exercice⁴⁴.

D'une manière générale, le processus de mise en conformité porte tant sur la recherche de substituts aux périphrases et le relevé des incriminations pénales attendant la fixation de peines par le législateur national que sur l'examen et l'identification des dispositions nationales abrogées ainsi que l'indication de celles qui survivent, soit parce qu'un acte uniforme y fait un renvoi, soit parce que la règle nationale n'est ni contraire, ni identique aux dispositions du droit uniforme⁴⁵.

Ainsi, ce prélude à l'adoption d'une loi portant modalités d'application du droit uniforme repose sur la démarche suivante :

⁴² Douala, 8 et 10 novembre 2007 et Cotonou, 17 et 18 octobre 2012.

⁴³ *Rapport général du Colloque organisé à l'occasion de 20^e anniversaire de l'Ohada*, préc., p. 3.

⁴⁴ *Harmonisation du droit congolais avec les Actes uniformes de l'Ohada*, vol. 1 et 2, CNO, Kinshasa, 2012.

⁴⁵ Conformément à l'article 10 du Traité et à l'avis rendu par la CCJA en ce domaine le 30 avril 2001.

- recensement et analyse des textes de droit interne correspondant aux actes uniformes ;
- confrontation des normes nationales avec celles de l'Ohada ;
- établissement d'un tableau des termes génériques utilisés dans les actes uniformes et mention de la formulation retenue dans l'État membre concerné ;
- indication des sanctions pénales correspondant aux incriminations définies dans les actes uniformes ;
- identification des institutions et professions citées par le droit uniforme et mention de leurs correspondantes en droit national ;
- détermination, le cas échéant, du mode de conversion de la monnaie utilisée dans les actes uniformes (CFA) en monnaie nationale.

Ce processus peut aussi susciter quelques mesures collatérales pour optimiser l'application du nouveau droit des affaires : création du référé en matière commerciale dans les pays qui n'en dispose pas, mise au point d'une centrale des bilans, institution du crédit-bail, adoption d'une réglementation sur la microfinance, création d'un ordre des professionnels de la comptabilité lorsqu'il n'en existe pas encore, réforme du notariat, modernisation de la profession de greffier et de celle d'huissier de justice, entre autres.

2. La prévention et le règlement des conflits de normes intercommunautaires

La coexistence de plusieurs organisations communautaires dans un même espace peut être source de conflits⁴⁶. Il est vrai que la spécificité du domaine de compétence de chaque organisation atténue les proportions de ce risque. Il faudrait donc, à titre préventif, lors de la création d'une nouvelle organisation, veiller à enrayer les risques de télescopages et de conflits. Les instances dirigeantes de l'Ohada devraient se montrer vigilantes à cet égard. Ainsi doit-il en être lors de l'élaboration des textes. Comme on l'a observé précédemment, le recours à la technique des lois-modèles peut aussi soutenir la prévention des risques de conflit (cf. supra)⁴⁷.

Il faut donc privilégier les démarches proactives misant sur la concertation et la coopération dans la cohabitation avec les organisations sœurs ; en d'autres termes, il convient d'« institutionnaliser les concertations périodiques préalables des différentes organisations sur leurs activités normatives »⁴⁸.

⁴⁶ F. K. DECKON, « Réflexions sur les conflits de compétence entre la CCJA et les autres juridictions communautaires de l'espace Ohada », *Revue de droit uniforme africain*, n° 3, 2010, p. 65 et s. ; R. FOFANA, « Point de vue », *Revue de droit uniforme africain*, n° 3, 2010, p. 71 et s. ; B. DIARRAH, « Point de vue », *Revue de droit uniforme africain*, n° 3, 2010, p. 77 et s.

⁴⁷ Des règles du droit de la concurrence, du droit de la propriété industrielle, du droit des assurances ou du droit bancaire issues de telle ou telle organisation communautaire ne manquent jamais d'attirer l'attention des États qui n'en sont pas membres lorsqu'elles font défaut dans les organisations auxquelles ils appartiennent ou lorsqu'elles peuvent s'avérer complémentaires. La RDC s'est souvent inspirée de l'Uemoa. Les membres de l'Uemoa ne perdraient rien en regardant de près les actes de la Sadc ou du Comesa.

⁴⁸ *Recommandations de la Première réunion des Forces vives de l'Ohada*, Douala, 8 et 10 novembre 2007, p. 2.

Au niveau de l'Ohada, l'élaboration des normes devrait systématiquement s'effectuer « en s'en tenant à des domaines bien identifiés et spécifiques se rapportant aux acteurs, actes, biens et procédures économiques sans s'immiscer, sauf concertation préalable, dans les domaines d'intervention des organisations communautaires concurrentes de l'Ohada »⁴⁹. Tel est le prix de la prévention des conflits entre communautés. Mais rien n'exclut que, de temps à autre, des problèmes surgissent malgré tout. C'est encore la concertation qui prévaudra comme technique d'apaisement et de règlement des difficultés.

D'une manière générale, les Forces vives de l'Ohada invitent les instances dirigeantes de l'organisation à « approfondir la réflexion sur la supranationalité de l'Ohada, et, en attendant la réalisation de l'étude à mener, poursuivre la concertation entre les organisations sous-régionales et régionales sur d'éventuelles poches de conflits »⁵⁰.

Le colloque organisé à l'occasion des vingt ans de l'Ohada leur a emboîté le pas en stigmatisant la longue et inadmissible concurrence de deux référentiels comptables dans notre espace communautaire : « afin de régler les problèmes que posent les conflits de normes élaborées par les différentes organisations notamment l'Ohada et l'Uemoa, une concertation soutenue doit s'établir entre elles », laquelle s'avère indispensable au moment où la révision du Syscoa menace de caducité le droit comptable de l'Ohada⁵¹. À cet égard, les Forces vives de l'Ohada recommandent aux instances dirigeantes de l'organisation de soumettre au Conseil des ministres la problématique de cette coexistence de deux référentiels comptables concurrents, pour faire cesser cette violation du Traité « qui risque de créer un précédent fâcheux »⁵².

De cet abcès lentement mais sagement crevé par la vigilance des Forces vives, du Conseil des ministres et de la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement de l'Ohada peut émerger une dynamique renforçant la prévention des conflits et systématisant la concertation pour une cohabitation paisible des organisations dont la complémentarité et la conjonction des efforts constitue une importante clé du progrès en Afrique.

⁴⁹ *Recommandations de la Première réunion des Forces vives de l'Ohada*, Douala, 8 et 10 novembre 2007, p. 2.

⁵⁰ *Rapport général de la Deuxième réunion des Forces vives de l'Ohada*, préc., p. 7.

⁵¹ *Rapport général du Colloque organisé à l'occasion du 20^e anniversaire de l'Ohada*, préc., p. 4.

⁵² *Rapport général de la Deuxième réunion des Forces vives de l'Ohada*, préc., p. 7.

EXTENSION ET CONNAISSANCE DU DROIT OHADA

Joseph ISSA-SAYEGH

Agrégé des facultés de droit

Professeur aux universités de Nice et d'Abidjan

Parler du passé de l'Ohada, c'est répondre à la question : pourquoi une organisation chargée de rédiger un droit uniforme des affaires destiné à s'appliquer à tous les États qui ont signé et signeront, à l'avenir, le Traité et les actes uniformes créant un tel système doivent fonctionner sous le contrôle judiciaire d'une Cour commune de justice et d'arbitrage ? Plus de vingt ans après la signature de ce traité, cette question est devenue incongrue : la sécurité juridique et judiciaire s'est installée dans l'espace Ohada pour la plus grande satisfaction des acteurs économiques, qu'ils fassent partie de cet espace ou non⁵³. Et cela, à un moment où ces pays connaissent un renouveau économique.

Parler du présent et de l'avenir de l'Ohada, c'est se poser trois questions essentielles :

- quel est son champ territorial (domaine *ratione loci*) ? Peut-il être étendu au-delà des États signataires de 1995 ?
- quel est son domaine juridique ? Celui-ci peut-il être élargi au-delà du champ matériel (domaine *ratione materiae*) atteint par l'ensemble des actes uniformes existant aujourd'hui ?
- comment se fait la diffusion du droit uniforme Ohada pour le faire connaître par le plus grand nombre de pratiquants et praticiens (les acteurs économiques, les avocats, les magistrats, les étudiants, les enseignants...)?

I. EXTENSION DU CHAMP TERRITORIAL DU DROIT OHADA

À l'origine, les signataires du traité Ohada de 1993 étaient au nombre de treize⁵⁴. Toutefois, l'article 53 du Traité prévoit que : « le présent Traité est, dès son entrée en vigueur, ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'OUA [aujourd'hui Union Africaine] et non signataire du Traité. Il est également ouvert à l'adhésion de tout autre État non-

⁵³ Sur ce point, V. « Droit et activité économique : le cas de l'Ohada » in Actes du colloque du 20 juin 2013, Paris I Sorbonne, Travaux de l'Association pour l'efficacité du droit et de la justice dans l'espace Ohada, éditions IRJS, 2013. V. également : *20^e anniversaire de l'Ohada. Les grands articles de doctrine de l'Ohada parus au recueil Penant de 2000 à 2013*.

⁵⁴ Burkina Faso ; Cameroun ; République Centrafricaine ; Comores ; Congo ; Côte-D'ivoire ; République Gabonaise ; Guinée équatoriale ; Mali ; Niger ; Sénégal ; Tchad ; République Togolaise.

membre de l'OUA invité à y adhérer du commun accord de tous les États parties »⁵⁵. Il faut qu'il y ait adhésion au Traité pour que cette adhésion emporte application des actes uniformes déjà existant sur le territoire de l'État adhérent⁵⁶.

Depuis sa création, l'Ohada a reçu plusieurs manifestations d'intérêt ou de demandes d'adhésion⁵⁷. Cette extension ne manquera pas de provoquer des effets quantitatifs et qualitatifs sérieux qu'il faudra prévenir ou régler.

A. EFFETS QUANTITATIFS

Ces effets se feront sentir essentiellement sur les organes de l'Ohada et sur son financement.

1. Effets quantitatifs sur les organes de l'Ohada

Devant l'accroissement de ses tâches judiciaires, la CCJA devra probablement recruter de nouveaux magistrats, voire plus de personnel administratif. Le Secrétariat permanent verra s'élargir et s'alourdir sa mission de coordination et de transmission entre, d'une part, les organes de l'Ohada et, d'autre part, les États parties. L'Ersuma devra assumer une tâche de formation au droit Ohada plus lourde qu'actuellement. Enfin, le Conseil des ministres se trouvera augmenté des ministres de la Justice et des Finances (et de leurs conseillers) représentant les nouveaux États parties ; l'unanimité sera probablement plus difficile à réunir pour la prise des décisions par cet important organe qui est la clé de voûte de l'édifice Ohada.

2. Effets quantitatifs sur le financement de l'Ohada

Outre le fait que cette augmentation des tâches risque d'en ralentir l'exécution, elle va entraîner des conséquences financières qu'il est difficile d'évaluer à l'avance. Faudra-t-il (le pourra-t-on ?) conserver le système de financement actuel, homogène, cohérent et viable⁵⁸ ou faudra-t-il le reconsidérer ou en imaginer un autre ? Cela n'ira pas sans difficultés majeures, politiques et techniques.

B. EFFETS QUALITATIFS

Les méthodes de travail de l'Ohada seront certainement affectées par l'extension sans retenue de son espace. L'illustration de tels effets sera donnée à travers la langue de travail et le contenu des actes uniformes.

⁵⁵ À ce jour, 17 États (RDC comprise) ont signé et ratifié le Traité : Bénin ; Burkina Faso, Cameroun ; Centrafrique ; Comores ; Congo ; Côte d'Ivoire ; Gabon ; Guinée ; Guinée Bissau ; Guinée Équatoriale ; Mali ; Niger ; RD Congo ; Sénégal ; Tchad ; Togo.

⁵⁶ Cet effet prend date six mois après le dépôt de l'instrument de ratification du Traité par l'État adhérent.

⁵⁷ Djibouti ; Ghana ; Madagascar ; Nigeria ; RD Congo. Ce dernier n'a adhéré qu'après plusieurs années de procédures et de péripéties.

⁵⁸ Ce système repose sur un prélèvement sur les taxes à l'importation destinées à financer le fonctionnement de l'Uemoa et de la Cemap.

Selon l'article 42 du Traité⁵⁹, les *langues de travail* reconnues sont : le français, l'anglais, l'espagnol et le portugais. Cette disposition isolée et succincte n'est pas sans susciter des difficultés, des interrogations et des suggestions de réponse :

- ces quatre langues devront être utilisées non seulement à l'oral mais aussi à l'écrit ;
- elles devront être utilisées quels que soient le moment et la nature du sujet traité par les locuteurs des langues précitées ;
- il n'y a aucune raison de ne pas appliquer cette règle à la traduction de tous les actes uniformes, règlements, voire des arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), les mémoires et actes de procédure dans les litiges opposant des plaideurs locuteurs de langues différentes, faute de quoi ces textes risquent de demeurer ignorés et/ou lettres mortes.

Il en est de même de la *terminologie juridique*, c'est-à-dire des concepts utilisés pour définir ou régir. Il est évident que l'Ohada est appelée (et de plus en plus), à brasser au moins deux systèmes fondamentaux du droit : le droit romano-germanique (partagé par les pays francophones, lusophones et hispanophones) et la *common law* (pays anglophones). Si on s'est peu préoccupé de la conciliation entre ces deux systèmes jusque-là⁶⁰, il est urgent et important de le faire en vue de l'accueil de nouveaux membres pratiquant des systèmes juridiques autres que le système romano-germanique.

II. EXTENSION DU CHAMP MATÉRIEL DU DROIT OHADA

L'article 2 du traité Ohada dispose que « 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 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 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 ci-après ». Il faut déduire de l'article 2 que la liste des matières désignées par le Traité comme appartenant au droit des affaires n'est pas limitée mais indicative puisque le Conseil des ministres est autorisé à décider, à l'unanimité, des matières à y inclure conformément à l'objet du Traité, à savoir l'harmonisation du droit des affaires qui est parfois confondu avec le droit économique⁶¹.

Dans ces conditions, quelle politique tenir afin de ne pas légiférer de façon improvisée ou hasardeuse ? Le fil conducteur de cette réponse pourrait être déduit de la distinction faite par la doctrine entre le droit des affaires et le droit économique. Le droit économique désigne l'ensemble des règles juridiques gouvernant l'organisation et le développement de l'économie industrielle et commerciale relevant de l'État, de l'initiative privée ou du

⁵⁹ Modifié à Québec le 17 octobre 2008.

⁶⁰ Il serait très intéressant de mesurer l'impact ou l'accueil du droit Ohada dans le Cameroun occidental.

⁶¹ E. ALFANDARI, *Droit des affaires*, Litec, 1993, p. 3, n° 1. Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. I, n° 1 à 15, Economica, 8^e édition.

concours de l'un et de l'autre⁶². Il comporte les normes destinées à *régir (ou encadrer) les politiques économiques et le statut de certaines professions* dont nous avons déjà dit qu'elles peuvent être laissées aux organisations d'intégration économique ou monétaire (Uemoa, Cemac) ou sectorielles (Cima). Quant au droit des affaires, il est synonyme de droit commercial et comporte les matières suivantes : statut des commerçants, des actes de commerce, des biens et services commerciaux⁶³. Il inclut des normes destinées à définir et régir les acteurs économiques, les biens économiques, les actes économiques...⁶⁴

On peut déduire de cette distinction entre droit économique et droit des affaires que la réponse à la question de l'extension ne se pose pas de la même manière selon l'objet des matières à traiter. Il en résulte que :

- l'uniformisation des matières appartenant stricto sensu au droit commercial est possible ;
- elle est plus douteuse pour certaines matières faiblement liées au droit des affaires ;
- elle est exclue pour les matières étrangères au droit commercial.

A. EXTENSION POSSIBLE DE L'UNIFORMISATION AUX MATIÈRES COMMERCIALES STRICTO SENSU

On peut dire, d'une manière simplifiée, que le droit des affaires couvre : les acteurs économiques, les biens économiques et les actes économiques du droit commercial.

1. Les acteurs économiques

Les acteurs économiques sont nécessairement des sujets de droit, personnes physiques ou groupements dotés de la personnalité juridique exerçant une activité commerciale. Si, sous réserve de l'enrichir, l'Ohada a déjà réglementé le statut des personnes physiques exerçant une activité économique, il n'en est pas de même des groupements dont seuls les sociétés commerciales, les groupements d'intérêt économique et les sociétés et coopératives ont, jusqu'à présent, retenu l'attention de ce législateur. On omet, semble-t-il, les sociétés civiles et on doit prendre garde, en ce qui concerne les mutuelles, de ne pas empiéter sur le droit Cima des assurances et la loi portant réglementation des établissements bancaires (relevant exclusivement de l'Uemoa et de la Cemac). Quant aux personnes de droit public ayant pour objet des activités industrielles ou commerciales, le doute est permis sur leur uniformisation et il serait sage de laisser ce domaine à la puissance publique.

2. Les biens économiques

a) le fonds de commerce

Le seul bien économique auquel l'Ohada s'est intéressée jusqu'à présent, est le fonds de commerce qui a fait l'objet d'une réglementation dans l'Acte uniforme sur le droit

⁶² *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant.

⁶³ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant.

⁶⁴ Auxquels il convient d'ajouter les sûretés et les voies d'exécution.

commercial général. Mais il en existe d'autres. Ainsi en est-il des biens incorporels rassemblés sous la dénomination de propriété intellectuelle. Certes, la propriété intellectuelle fait déjà l'objet d'une réglementation par l'Oapi⁶⁵. Mais est-il souhaitable et possible de placer le droit issu de cette organisation internationale spécialisée dans le champ de compétence de l'Ohada ?

b) la propriété intellectuelle

À mon avis, il faut distinguer deux panneaux dans la législation Oapi : celui de la réglementation de la définition, acquisition, immatriculation et protection administrative de la propriété intellectuelle et la protection juridique de celle-ci. La protection juridique de la propriété intellectuelle est réalisée par les juridictions nationales des États parties de l'Ohada. Il s'ensuit que, pour l'instant, bien qu'elle existe depuis 1966, nul ne peut savoir et dire comment elle est appliquée de façon convergente ou non par les juridictions nationales du fond des différents États parties de l'Ohada, sauf à interroger les juridictions nationales de tous les États-membres de cette organisation. Sans usurper la compétence de l'Oapi en matière de propriété intellectuelle, on peut parfaitement concevoir qu'un contentieux sur le statut juridique contractuel de la propriété intellectuelle entre deux agents économiques de droit interne ne relèverait de la compétence de la CCJA (et en cassation seulement) que si ce bien incorporel est inclus, à titre accessoire, dans une opération commerciale régie par le droit uniforme Ohada (vente d'un fonds de commerce comprenant une propriété incorporelle ; apport en jouissance ou en nature de la propriété incorporelle à une société commerciale...). Par contre, la compétence de la CCJA devrait être exclue si la vente ou la jouissance d'un tel bien est une opération juridique extérieure à toute opération juridique organisée et régie par le droit Ohada

Pourtant, si on considère que la législation Oapi est inaccessible à l'Ohada en matière de législation, on peut admettre la compétence judiciaire de l'Ohada pour son application, que la propriété intellectuelle soit ou non l'objet d'une opération principale ou accessoire ou connexe à un acte relevant de la compétence juridictionnelle de l'Ohada ; il suffirait de consigner cette règle dans un acte uniforme spécialement dédié à cet effet, quelle que soit sa dimension ou dans un accord international entre l'Oapi et l'Ohada. Ainsi, sans que la compétence législative de l'Oapi soit altérée, le contrôle judiciaire de sa législation sera assuré, de façon uniforme, par la CCJA mais uniquement dans l'espace Ohada.

c. Les biens fonciers

Depuis l'avènement des textes coloniaux sur le droit foncier, on sait que les États parties de l'Ohada (du moins ceux de la zone francophone) ont hérité des mêmes droits réels immobiliers que ceux prévus par le code civil, du moins pour les terres immatriculées. Mais, depuis leur indépendance, ces pays ont légiféré pour organiser l'appropriation, l'occupation et l'exploitation des terres non immatriculées, lesquels droits n'ont pas reçu de définition exacte et définitive selon le mode d'appropriation ou d'affectation et, de ce fait, pas de statut définitif quant aux sûretés (mobilières, immobilières) susceptibles d'être consenties sur eux. Compte tenu de l'importance de cette question pour les investisseurs,

⁶⁵ Organisation africaine de la propriété intellectuelle réunissant quasiment tous les États parties de l'Ohada.

donc pour les pays eux-mêmes, n'est-il pas temps et possible de se pencher sur cette question dans la mesure où l'Ohada réunit ou peut réunir de nombreux experts africains pour y répondre, même si cette matière est encore « culturée » ?⁶⁶ Bien entendu, compte tenu de la variété des coutumes et des politiques de ces pays en matière foncière une étude méticuleuse de l'état actuel des textes et des pratiques sur l'étendue de l'espace Ohada s'impose préalablement.

3. Les actes économiques

Il s'agit, ici, non seulement de définir l'acte économique ou d'en citer la liste, mais de réglementer ce qu'il est de coutume d'appeler les contrats spéciaux (dépôt, prêt, transport...), incluant dans cette catégorie tous les contrats nouveaux et modernes propres à pénétrer massivement et activement dans le commerce, l'industrie et les services (crédit-bail, franchising, factoring, contrats de concession, distribution sélective...). Bien entendu, il ne s'agit pas de légiférer pour légiférer mais de choisir soigneusement les actes économiques qu'il est utile, voire nécessaire, de réglementer pour assurer la sécurité judiciaire de ces transactions.

On peut faire pour le contrat d'assurance (Cima), la même suggestion que celle faite pour la propriété intellectuelle car voilà une législation dont les règles de conclusion et d'exécution du contrat d'assurance, ainsi que de la réparation due aux victimes d'accidents terrestres sont soumises à des juridictions de droit interne sans que la CCJA puisse en contrôler l'application. Bien entendu, la compétence de la CCJA pourrait n'être retenue que si le contrat d'assurance a un lien avec une opération commerciale comme indiqué précédemment à propos de la propriété intellectuelle. Mais pourquoi ne pas étendre cette compétence de contrôle, même en l'absence de toute liaison avec un acte commercial ? Ainsi régnerait une uniformisation judiciaire d'un acte législatif uniforme dans l'espace Ohada.

Enfin, les instruments de paiement que sont les chèques, billets à ordre, lettres de change, définis comme effets de commerce, ne sont-ils pas des actes de commerce (au moins par la forme) susceptibles d'être confiés à l'appréciation des tribunaux de commerce en droit interne et à la CCJA en cassation dans la mesure où de tels instruments de paiement peuvent être absorbés dans toute opération civile ou commerciale principale sans perdre leur caractère commercial par la forme ?

B. HÉSITATION ET RÉTICENCE ENVERS L'UNIFORMISATION DE MATIÈRES JUGÉES ÉTRANGÈRES AU DROIT COMMERCIAL

À cet égard, on peut citer : le droit du travail, le droit du contrat et des obligations et les matières concernant l'organisation du commerce et de l'industrie.

1. Le droit du travail

Bien que ne relevant pas du droit des affaires, le droit du travail est expressément prévu dans la liste des matières que le Traité (art. 4) désigne comme pouvant être uniformisées par l'Ohada. Un projet d'acte uniforme a été préparé et testé par une commission de

⁶⁶ « Marquée par la coutume ».

lecture qui n'a pas encore totalement abouti à un consensus tant la problématique de la confection d'un droit du travail uniforme est complexe⁶⁷.

Bien que le droit du travail fasse partie du droit de l'entreprise, il n'entre pas dans le domaine du droit commercial uniformisable pour les raisons suivantes :

- l'employeur et le travailleur ne concluent pas un contrat de droit commercial ; seul l'employeur pourrait être commerçant et encore pas dans tous les cas, tandis que le travailleur est toujours une personne physique non commerçante ;
- la formation, l'exécution, la résiliation du contrat de travail ne sont pas gouvernées par des règles de droit commercial ;
- le droit du travail est largement réglementé de façon uniforme par le droit international élaboré par l'OIT et le BIT.

Après quelques années de silence à ce sujet, le Conseil des ministres a remis en avant la question de l'acte uniforme du droit du travail en invitant le Secrétaire permanent à relancer les États-membres de la Cemap pour la tenue diligente de la convention régionale sur l'avant-projet. Pourquoi évoquer la seule Cemap et non l'Uemoa dont les États-membres font également partie de l'Ohada ? Cela signifie-t-il que l'uniformisation est abandonnée pour lui préférer l'harmonisation, seule mission confiée à ces deux organisations par leurs traités constitutifs respectifs ?

On peut se demander s'il n'y a pas, dans cette persistance de volonté d'uniformisation de cette matière, un relent du code du travail des Territoires d'Outre-Mer qui a régné de 1952 jusqu'aux premiers codes du travail post-coloniaux des pays concernés par ledit code ?

2. Le droit des obligations et les conflits de lois

Le droit du contrat et des obligations, qui est envisagé ici, n'est rien d'autre que ce qui est communément appelé dans le jargon juridique « théorie générale du contrat et des obligations », telle qu'elle est portée par les articles du code civil français et les solutions jurisprudentielles créées à leur propos pour les enrichir. Ce n'est, ni plus ni moins, que le droit commun du contrat et des obligations. Bien que cette matière ne concerne pas le droit commercial ou le droit civil exclusivement, le monde des affaires s'en sert fréquemment, à tout propos. Or ce droit légué par le droit civil n'a pas été enrichi ou renouvelé de la même façon dans tous les pays de l'espace Ohada, même si certains d'entre eux ont créé leur propre code des obligations (Sénégal, Mali, par exemple). Il serait donc temps de mettre à jour, et de façon uniforme, ce domaine du contrat et des obligations qui ne viole en rien l'esprit de l'article 4 du Traité Ohada dans la mesure où cette matière est incontournable dans le commerce. Il est temps et absolument indispensable de créer l'uniformité de la théorie générale du contrat et des obligations (présomptions, prescriptions, causes de nullité, clauses pénales, anatocisme...).

⁶⁷ V. J. ISSA-SAYEGH, « La problématique de la construction d'un droit du travail régional dans les pays africains de la zone franc », communication au séminaire ORAF/CFDT/UGT-CI (Abidjan mai-juin 1995) sur le thème La dimension sociale de l'intégration régionale des pays africains de la zone franc. L'harmonisation du droit du travail comme facteur de progrès social : Ohadata D-02-26.

Il en est de même du règlement des conflits de lois afin d'éviter une disparité de leurs solutions selon les pays concernés⁶⁸. La rédaction de cet acte est quasiment achevée et il est à espérer qu'il sera adopté dans le courant de l'année 2014 ou, au plus tard, en 2015.

C. IMPOSSIBLE UNIFORMISATION PAR L'OHADA DES MATIÈRES EXCLUSIVEMENT RÉSERVÉES À D'AUTRES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

On entend par matières réservées celles qui sont traitées exclusivement par des organisations telles que, par exemple, l'Oapi, la Cima, l'Uemoa et la Cemap.

1. Organisation de la propriété intellectuelle

L'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (Oapi)⁶⁹ vise deux objectifs :

- l'institution d'une administration unique de la propriété intellectuelle commune à tous les États de l'Oapi ;
- l'institution d'une législation unique de la propriété intellectuelle commune à tous les États de l'Oapi.

En tant qu'administration unique de la propriété intellectuelle, elle a pour missions, notamment :

- de tenir lieu, pour chaque État-membre, de service national et international de la propriété intellectuelle ;
- de centraliser et coordonner les informations de toutes natures relatives à la protection de la propriété intellectuelle ;
- de gérer un centre de documentation et d'information en matière de brevets ;
- de coopérer avec les administrations nationales des pays adhérents ;
- de recevoir et instruire les demandes de brevets.

La législation est divisée en neuf Annexes qui concernent la définition et le régime juridique des brevets d'invention (70 articles), des modèles d'utilité publique (46 articles), des marques de produits ou de services (52 articles), des dessins ou modèles industriels (44 articles), des noms commerciaux et de la protection contre la concurrence déloyale (17 articles), des appellations d'origine (13 articles), du droit d'auteur et du patrimoine culturel (79 articles), de l'organisme central de documentation et d'information en matière de brevets (8 articles), des options de modifications des États-membres (8 articles).

Ces textes sont considérés comme des *droits nationaux* (art. 2) et les décisions judiciaires rendues sur leur fondement dans l'un des États-membres ont autorité de la chose jugée dans tous les autres (art. 5), ce qui signifie, selon moi, qu'elles ne peuvent plus être remises en cause dans les autres pays et qu'elles y sont exécutoires de plein droit.

⁶⁸ V. compte rendu de la 35^e réunion du Conseil des ministres sur les travaux de Ouagadougou des 30 et 31 janvier 2014.

⁶⁹ Issue de l'Accord de Libreville signé le 13 septembre 1962 entre : Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte d'Ivoire, Dahomey (devenu Bénin), Gabon, Haute Volta (devenue Burkina Faso), Madagascar, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Tchad, Togo, lequel a été suivi de l'Accord de Bangui signé à Bangui le 2 mars 1977 signés par les mêmes, Djibouti et la Guinée (Conakry) les ayant rejoints.

Au terme de cette présentation succincte du Traité Oapi, on doit dégager, selon moi et en l'état actuel des choses, deux conclusions :

- l'Ohada n'a pas compétence pour abroger ou modifier les règles concernant l'organisation administrative de la propriété intellectuelle ; non seulement parce que ce domaine de compétence n'est pas prévu par le Traité Ohada mais aussi parce que pour des questions de savoir-vivre international, il lui faudrait en demander l'autorisation à l'Oapi... ; en outre, si elle était autorisée à ce faire, ce ne serait possible que pour les États parties de l'Ohada et elle risquerait de provoquer des distorsions entre sa législation et celle de l'Oapi, ce qui ne serait pas du meilleur effet ;
- la législation unique sur la propriété intellectuelle commune à tous les États-membres est considérée comme une législation nationale dans chaque pays et, de ce fait, soumise au contrôle des juridictions nationales de celui-ci (première instance, appel, cassation) ; toutefois, sur la compétence de la CCJA, il n'est pas impossible de considérer qu'en cas de connexité dans un procès entre le droit Oapi et celui de l'Ohada, la CCJA applique sa jurisprudence du principal et de l'accessoire⁷⁰.

2. La Conférence interafricaine des marchés d'assurance (Cima)

Trois objectifs sont poursuivis par le traité Cima⁷¹ :

- une réglementation unique du marché des assurances impliquant une réglementation unique des entreprises d'assurance directe, des intermédiaires de l'assurance (courtiers, agents généraux d'assurance) et des opérations d'assurance ;
- une réglementation unique (uniforme) des contrats d'assurance et des assurances obligatoires (Code Cima)
- la création d'une Commission régionale de contrôle de la profession d'assurance.

Comme pour ce qui est de l'Oapi, les deux volets ont des natures différentes : le premier est destiné à organiser une discipline des entreprises d'assurance ; le second a pour objet de créer une législation uniforme régissant le contrat d'assurance, sa formation, son exécution et les obligations de réparation des assureurs y compris des barèmes d'indemnisation. Il en résulte que la création de nouveaux textes en matière d'assurance (terrestre) est de la seule compétence de la Cima. Quant au contrôle de leur application et de leur interprétation, cette législation étant insérée en droit positif interne de chaque État partie, il est confié aux juridictions nationales (première instance, appel, cassation) sous réserve, pour la CCJA, d'utiliser sa jurisprudence de la théorie de la connexité.

3. L'Uemoa et la Cematic

En réalité, ces droits communautaires recouvrent la plupart des États parties de l'Ohada et comportent deux parties distinctes :

⁷⁰ V. supra Les biens économiques.

⁷¹ Créée par le Traité Cima le 20 septembre 1990 à Paris : Bénin ; Burkina Faso ; Cameroun ; Centrafrique ; Congo ; Côte d'Ivoire ; Gabon, Mali, Niger, Sénégal ; Tchad ; Togo. Ultérieurement, les Comores.

- la réglementation économique et monétaire du marché visé par les pays membres de cette organisation, tels que la monnaie, la bourse (Uemoa⁷², Cemac⁷³) ;
- la réglementation juridique des contrats relatifs à ces activités professionnelles (banque, bourse...).

Si on en juge par la CCJA et la Cour de Justice de l'Uemoa, les compétences respectives de ces organisations sont solidement cloisonnées (V. Annexe I : CCJA, ordonnance n° 001/2005 du 12 janvier 2005 : Ohadata D-06-05 et Cour de Justice, avis n° 3/2 000 du 27 juin 2000 : Ohadata J-02-32).

III. DIFFUSION DES SOURCES DU DROIT OHADA

Quel qu'il soit, un système juridique doit être diffusé pour être connu, utilisé et maîtrisé. La diffusion du droit, quels qu'en soient la nature et l'objet, consiste à propager celui-ci dans le public par tous les moyens : la presse écrite ou radiophonique, la littérature, l'enseignement... Il faut considérer comme sources du droit Ohada les textes officiels, les décisions judiciaires ainsi que la doctrine puisque celle-ci est considérée comme l'ensemble des travaux ayant pour objet d'exposer et interpréter le droit, voire de présenter les opinions de leurs auteurs et de proposer des solutions législatives ou judiciaires. Dans l'espace Ohada, cette diffusion se fait différemment selon la nature de la source de droit considérée.

A. DIFFUSION DES TEXTES OFFICIELS

1. Publication au JO

L'article 9 du Traité Ohada dispose que les actes uniformes sont publiés au Journal officiel de l'Ohada par le Secrétariat permanent dans les soixante jours suivant leur adoption. Ils sont applicables quatre-vingt-dix jours après cette publication sauf stipulations particulières d'entrée en vigueur prévues par les actes uniformes. Les actes uniformes sont également publiés, dans les États parties, au Journal officiel national ou par tout autre moyen approprié. Cette formalité n'a aucune incidence sur l'entrée en vigueur des actes uniformes.

2. Publication de codes

Les actes uniformes sont également publiés, soit séparément, soit tous ensemble, avec ou sans commentaires par des éditeurs du secteur public ou privé, ce qui assure aux praticiens une large diffusion de ces textes et leur appropriation. Toutefois, les éditions de codes commentés sont préférées aux journaux officiels car, aux textes officiels, peuvent s'ajouter des observations tirées de la jurisprudence et de la doctrine, ce qui permet de mieux comprendre les dispositions de ces textes. Il en est ainsi des « codes verts » édités par Juriscope. Ces codes contiennent tous les actes uniformes publiés au Journal officiel

⁷² Union économique et monétaire ouest africaine, créée à Douala le 17 janvier 1992.

⁷³ Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale, 1958.

de l'Ohada commentés par quinze auteurs dont trois sont des coordinateurs⁷⁴. Le code vert Juriscope en est à sa sixième édition et la septième paraîtra en septembre 2014. À chaque édition, les codes sont enrichis par les apports des révisions des actes uniformes, de la jurisprudence et de la bibliographie produite depuis la précédente édition.

Citons également, le *Code pratique Ohada* (Édition Francis Lefebvre : IDEF) annoté, réalisé sous la direction du Professeur Barthélemy Mercadal par plusieurs auteurs dont Mahutodji Jimmy Vital Kodo (1 597 pages)

B. DIFFUSION DE LA JURISPRUDENCE

L'appréhension et la diffusion de la jurisprudence ne se réalisent pas de la même façon selon le degré des juridictions.

1. Jurisprudence de la CCJA (Bulletin des arrêts de la CCJA)

La CCJA publie un bulletin officiel de ses arrêts, selon une périodicité trimestrielle, pour présenter sa jurisprudence aux praticiens du droit Ohada. Outre une collecte exhaustive des arrêts rendus durant la période couverte par le bulletin, il serait souhaitable que ces arrêts soient assortis d'abstracts et de sommaires rendant leur classement et leur lecture plus accessibles et aisés. Un autre avantage doit être déduit de cette opération : une telle collecte et publication sont faites une seule fois par période trimestrielle et profitent à tous les juristes de l'espace Ohada alors qu'en son absence, un tel travail devrait être fait et répété dans chacun des États de cette zone et selon des présentations et des périodes variables.

2. Jurisprudence des juridictions nationales

La publication des jugements et arrêts des juridictions nationales du fond (première instance et appel) est absolument utile et nécessaire dans la mesure où de nombreuses décisions du fond n'accèdent pas au contrôle de la CCJA. Or, si parmi celles-ci, de nombreuses décisions sont en contrariété avec le droit Ohada applicable, elles échapperaient à toute connaissance de leurs contenus et à tout commentaire de la doctrine qui pourrait y remédier en attirant l'attention des lecteurs sur ces dérives. Il en est de même pour les arrêts des Cours suprêmes nationales dont certaines violent la compétence de la CCJA en acceptant un pourvoi qui ne relève pas de la leur ou qui règlent un pourvoi en faisant une mauvaise application au fond du droit Ohada (V. Répertoires annuels et quinquennaux d'Ohada.com).

La collecte des décisions nationales est un travail long, difficile et coûteux. Elle ne peut se faire qu'après des greffes des juridictions du fond dont l'accès n'est pas aisé pour les collecteurs qui doivent ensuite les chercher eux-mêmes, les trier pour n'en retenir que les plus intéressantes, les saisir sur ordinateur et les revêtir des abstracts et des sommaires qui leur conviennent (travail scientifique délicat) ; tout cela représente un coût fort pour les éditeurs qui emploient ces collecteurs.

⁷⁴ Coordonnateurs : J. Issa-Sayegh, P.-G. Pougoué, F. M. Sawadogo ; Auteurs : F. Anoukaha, N. Diouf, B. Gueye, M. Kamto, P. Meyer, J. Nguebou-Toukam, A. P. Santos, D. C. Sossa ; S. N. Tall, B. J.-C. Bonzi, C. K. Botokro, S. Séré.

C. DIFFUSION DE LA DOCTRINE

La doctrine en droit Ohada est abondante. Elle est alimentée par de très nombreux auteurs de bon niveau qui proposent leurs travaux spontanément aux éditeurs d'ouvrages ou de revues (V. références en bibliographie). Dans la pratique, les éditeurs ont plus de facilité pour recueillir des articles que pour obtenir des manuels ou des traités⁷⁵.

D. INSTRUMENTS DE LA DIFFUSION

Les instruments et modes de diffusion du droit Ohada sont si divers et nombreux qu'ils couvrent constamment, profondément et quasiment en temps réel tous les domaines du droit Ohada. En priorité (à tout seigneur tout honneur), il faut citer le site <http://www.ohada.org>, qui est facile d'accès et riche en informations sur l'Ohada, autour duquel est tissée une guirlande de réseaux et d'instruments de diffusion.

1. Ouvrages

À notre connaissance, la collection de manuels sur papier la plus riche est éditée par Juriscope et Bruylant. Elle comporte neuf titres édités en 2002 pour la plupart⁷⁶ : *Harmonisation du droit des affaires*⁷⁷ ; *Droit des contrats de transport de marchandises par route*⁷⁸ ; *Droit de l'arbitrage*⁷⁹ ; *Droit des entreprises en difficulté*⁸⁰ ; *Droit commercial général*⁸¹ ; *Droit des assurances*⁸² ; *Recouvrement des créances*⁸³ ; *Sûretés*⁸⁴ ; *Sociétés commerciales et Groupement d'intérêt économique*⁸⁵. Compte tenu de leur ancienneté, une nouvelle édition de ces ouvrages s'imposerait.

2. Revues nationales

Ces revues sont peu nombreuses (voir Annexe II), de contenu inégal et de parution irrégulière. Il est dommage qu'elles ne réunissent pas leurs moyens et leurs efforts pour n'en faire qu'une, riche, régulière et durable.

3. Revue régionale Ersuma

Cette revue est de parution récente et en est à son troisième numéro semestriel⁸⁶.

⁷⁵ Collection Droit uniforme africain, 9 volumes, Bruylant-AUF–Unida-Juriscope.

⁷⁶ Une réédition de ces ouvrages serait bienvenue.

⁷⁷ J. Issa-Sayegh et J. Lohoues-Oble.

⁷⁸ V. E. Bokalli.

⁷⁹ P. Meyer.

⁸⁰ F. M. Sawadogo.

⁸¹ A. P. Santos et J. Y. Toe.

⁸² A.-M. H. Assi-Esso, J. Issa-Sayegh et J. Lohoues-Oble.

⁸³ A.-M. H. Assi-Esso, N. Diouf.

⁸⁴ F. Anoukaha, A. Cisse-Niang, M. Foli, J. Issa-Sayegh, I. Y. Ndiaye, M. Samb.

⁸⁵ F. Anoukaha, A. Cisse, N. Diouf, J. Nguebou Toukam ; P.-G. Pougoué, M. Samb.

⁸⁶ École régionale supérieure de la magistrature.

4. Unida

L'association pour l'unification du droit des affaires en Afrique (Unida) a créé un site (<http://www.ohada.com>) publiant sans désenclaver toutes les informations portées à sa connaissance concernant les textes du droit Ohada (la totalité des actes uniformes et des règlements), la jurisprudence (3 467 décisions), les articles de doctrine que leurs auteurs lui adressent spécialement (776 articles), la bibliographie (1 878 références) glanée sur tous les supports écrits, des newsletters (119) pour tenir ses abonnés au courant de tous les événements concernant l'Ohada. Parallèlement, Unida publie des répertoires annuels, puis triennaux, de l'ensemble des décisions et bibliographies recensées et collectées durant la période concernée par ces répertoires.

5. Les Nouvelles éditions numériques africaines (NENA)

En partenariat avec Unida, les Nena viennent d'éditer un cédérom *Droit uniforme des affaires Ohada* (Traité, Règlements, Actes uniformes, jurisprudence, doctrine) à jour au 31 décembre 2013, la 5^e édition (30 766 pages) enrichie des décisions de la CCJA et d'autres juridictions nationales collectées en 2013, ainsi que de nombreux autres textes de doctrine.

Les actes, le Traité et les règlements, tous à jour, incluent les nouveaux actes sur les sociétés commerciales (entrée en vigueur le 5 mai 2014), sur les coopératives, sur le droit commercial et sur les sûretés, avec pour ces deux derniers textes, des liens de concordance entre la nouvelle et l'ancienne version.

6. Encyclopédie Ohada

Cet ouvrage de 2 173 pages est réalisé par soixante-trois auteurs sous la direction du Professeur Paul-Gérard Pougoué, sur la base de quatre-vingt-onze entrées traitées dans un ordre alphabétique. Certaines de ces entrées sont de portée globale et voisinent avec d'autres plus spécifiques. Au début de chaque entrée sont placés une table des matières et un index alphabétique des entrées et des auteurs. Il participe, à la fois, d'un dictionnaire et d'un répertoire très scientifiques et pédagogiques.

LA CRÉATION DU DROIT DE L'OHADA

Barthélemy MERCADAL
Professeur des universités

Le traité relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique dispose en son article 1 : « 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... ». Et son article 5 d'ajouter : « les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent traité sont qualifiés « actes uniformes ». » Le traité a donc pour objet la création d'un droit fait de « règles communes » résultant d'« actes uniformes », dont le sigle « AU » est devenu courant. C'est ce qui a été fait jusque-là par la promulgation de neuf actes uniformes représentant 2 310 articles, hors AU comptabilité, auxquels il convient d'ajouter les 62 articles du règlement de procédure et les 34 articles du règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

Vingt ans après, l'Ohada a atteint son but dans le domaine de ces actes. Ils sont certes inégalement appliqués, certains, comme l'AU sur le recouvrement, l'étant plus que d'autres. Mais ils le sont tous. Si l'on additionne les sources restituant les décisions de justice rendues sur l'application de leurs dispositions, parmi lesquelles il faut distinguer d'une mention spéciale, le site <http://www.Ohada.com> sous la houlette de notre collègue Issa-Sayegh, plus de 3 000 décisions les ont illustrés à ce jour. Décisions portant sur des litiges mettant en cause les dispositions les plus diverses, sur des enjeux plus ou moins importants et impliquant toutes catégories de plaideurs, tant sociétés africaines ou étrangères que personnes physiques. Bien entendu, sauf ceux du secteur informel. Mais il n'en résulte pas un échec de l'appréhension de la vie économique par les AU, car dans toutes les économies existent des relations de fait entre les acteurs des affaires : commerçants de fait, sociétés de fait, relations contractuelles de fait. Le développement économique se charge d'intégrer progressivement dans le droit ces données. Il suffit d'un litige porté devant la justice pour que les AU s'en saisissent. Le non-droit est aussi une soupape de sûreté, comme l'a montré Carbonnier.

Certes, comparés à la masse juridique qui gouverne la vie des affaires dans les économies dites « développées », ce n'est qu'un embryon. Si l'on en juge par le classement, tout au bas du tableau, que les rapports *Doing business* de la Banque mondiale réservent aux pays où ils sont en vigueur, ils apparaissent comme notoirement insuffisants. Mais cette apparence est trompeuse. Ces rapports qui se présentent comme notant les droits jugent en réalité les règlements administratifs. Il n'est pas une législation d'affaires au monde qui ne comportent des dispositions sur le commerce et sur les sûretés,

les sociétés, la « faillite », le recouvrement, le transport routier de marchandises, l'arbitrage. Une seule preuve de l'actualité et de la valeur des AU est dans le fait que leurs dispositions se retrouvent à travers les décisions des États-Unis que la Banque mondiale célèbre comme l'un des tout meilleurs régimes de droit des affaires au monde avec d'autres régimes de *common law*.

Ne serait-ce qu'au vu du contentieux qu'ils ont généré, sans parler de l'attrait qu'ils exercent sur les travaux académiques attesté par les thèses qui fleurissent et les articles des universitaires, les AU se révèlent donc une méthode d'harmonisation dont on ne saurait dire qu'elle n'est pas appropriée. Ce qui importe le plus aujourd'hui, à notre avis, est de conforter leur application par une analyse de la jurisprudence les concernant afin de guider leur interprétation, de dégager leur cohérence et de montrer leur adéquation aux besoins des affaires des pays en cause.

Il n'en résulte pas pour autant que la densification normative de la zone Ohada soit à son optimum. Missionnée par le Traité comme machine à produire le droit, l'Organisation se doit de s'interroger sur d'autres sources susceptibles de créer « les règles communes simples » appelées par le Traité. À considérer les modèles précurseurs d'harmonisation du droit, on trouve naturellement le modèle de l'Union européenne, peut-être le plus élaboré qui soit à ce jour, de surcroît éclairé par près de soixante années de mise en œuvre.

Au premier rang des actes supplétifs des règlements, auxquels correspondent en tout point les AU, ce modèle propose les directives qui donnent aux États des règles à transposer avec une relative liberté d'adaptation. En soi, ce mécanisme pourrait être retenu pour doter la sphère Ohada de normes nouvelles. Mais, dans la réalité, il n'est pas praticable au regard du traité actuel. Pas seulement parce que celui-ci ne le prévoit pas mais surtout parce qu'il ne produirait pas les « règles communes simples » qui sont le but du Traité. En effet, la directive n'est qu'un moyen de rapprocher les législations nationales. Elle laisse donc subsister des différences entre ces législations qui sont incompatibles avec l'instauration de règles communes. La toute récente loi sénégalaise du 15 avril dernier sur le montant du capital minimum de la société à responsabilité limitée⁸⁷, prise en application de l'AUSCGIE réformé dont l'article 311 réserve aux États-membres la faculté de fixer le montant a déjà introduit une différence entre ces États. De surcroît, les directives apparaissent comme un foyer de contentieux et de complexité de la vie juridique. D'une part, les juridictions nationales doutent souvent du sens à donner à leurs dispositions, ce qui provoque de fréquentes questions préjudicielles à la Cour de justice. Ainsi, entre le 1^{er} mars 2014 et le 10 avril 2014, cinq décisions ont été rendues sur questions préjudicielles parmi les arrêts publiés de la Cour de justice de l'Union européenne. Les incertitudes sur la portée de la directive sont aggravées par l'obligation faite aux tribunaux nationaux d'appliquer le droit national en l'interprétant « à la lumière du texte et de la finalité de la directive »⁸⁸. Mais cette interprétation ne saurait avoir pour effet d'écarter l'application d'une disposition nationale contraire à la directive⁸⁹. D'autre part, l'autorité de la directive est fonction de solutions qui peuvent donner lieu à des applications aléatoires. La directive doit prévaloir sur tout autre acte des pouvoirs publics

⁸⁷ V. www.ohada.com, actualités, 19 avril 2014.

⁸⁸ CJCE, 14 juillet 1994 : *RJDA* 1/95 n° 94.

⁸⁹ Cass. soc., 17 décembre 2013, n° 12-13503 : *RJS* 3/14 n° 197.

des États membres, même si elle n'y a pas été transposée ou qu'elle l'a été incorrectement, dès lors que la disposition invoquée est claire, complète, précise et inconditionnelle⁹⁰. Les tribunaux nationaux doivent aussi appliquer le droit national en l'interprétant « à la lumière du texte et de la finalité de la directive »⁹¹. Mais cette interprétation ne saurait avoir pour effet d'écarter l'application d'une disposition nationale contraire à la directive⁹². Enfin, pour le justiciable, le système est peu lisible. Il doit savoir que seuls les particuliers peuvent invoquer cette solution et non les États-membres qui n'ont pas procédé à la transposition de la directive⁹³, mais qu'ils ne peuvent le faire qu'à l'encontre des États et non à l'encontre d'autres particuliers⁹⁴ et qu'en aucun cas la directive ne peut, par elle-même, créer directement des obligations à la charge des particuliers ni déterminer ou aggraver des sanctions pénales⁹⁵.

Il serait de même contraire au Traité de recourir à des lois-types offrant aux États l'option d'y adhérer ou non. Ces actes ne produiraient pas des « règles communes » entre les États. Leur adoption pourrait aussi s'avérer vaine. L'option risquerait de devenir lettre morte, ne serait-ce que par inertie, par indifférence ou par incrédulité. Le remède est encore susceptible de se révéler pire que le mal en accentuant les différences dans des domaines où existe aujourd'hui dans le rayon d'action de l'Ohada un fonds commun, plus ou moins écrit, de droit civil.

Ne vaudrait pas mieux le recours à la conclusion de conventions entre les États-membres, à l'instar de ce qu'a pratiqué la Communauté européenne et qui s'en est détournée pour transformer celles qui avaient été conclues en règlement. Si l'on veut des « règles communes simples », seul l'acte uniforme, comme le règlement de l'Union européenne, de l'Uemoa (Union économique et monétaire ouest africaine) ou de la Cematic (Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale), peut les procurer. Si l'on veut un système juridique unifié et par là même simplifié, seules ces règles peuvent l'engendrer. Sinon, la législation de l'Ohada aurait vite besoin d'un « choc de simplification ».

Alors que faire si seul le recours à la technique de l'acte uniforme est adéquate et qu'une résistance, d'où qu'elle vienne, fait obstacle à l'adoption d'un tel acte ? À notre avis, il y a lieu de cerner d'abord dans quel domaine le processus de normativité doit être, éventuellement, aménagé. C'est essentiellement celui du droit commun. Ce droit sous-tend tout le raisonnement juridique. Il est donc du plus haut intérêt pour une harmonisation réussie qu'il devienne commun à tous les États parties au traité Ohada. Il conditionne l'application de la législation déjà en vigueur qui s'y réfère, tel l'article 105 de l'AUSCGIE selon lequel : « Entre la date de constitution de la société et celle de son

⁹⁰ CJCE, 8 octobre 1987 : *D.* 1988, somm. 170, obs. Cartou ; CE, 6 février 1998 : *RJDA* 5/98 n° 669.

⁹¹ CJCE, 14 juillet 1994 : *RJDA* 1/95 n° 94.

⁹² Cass. soc., 17 décembre 2013, n° 12-13503 : *RJS* 3/14 n° 197.

⁹³ CJCE, 26 septembre 1996, aff. 168/95 : *Rec.* I-4705 ; CE, 23 juin 1995 : *RJDA* 11/95 n° 1252.

⁹⁴ CJCE, 14 juillet 1994 : *RJDA* 1/95 n° 94 ; CJCE, 3 mai 2005, aff. 387/02 et 403/02 : *Rec.* I-3565.

⁹⁵ CJCE, 8 octobre 1987 : *D.* 1988, somm. 170, obs. Cartou ; CJCE, 11 juin 1987 : *GP* 1988, somm. 166 ; CJCE 14 juillet 1994 : *JCP* G 1995, II, 22358, note Level.

immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les règles générales du droit applicable aux contrats et aux obligations ». Mais pour l'heure, à s'en tenir à ce seul cas, où les parties, les avocats et les juges confrontés à ce texte trouveront-ils « les règles générales du droit applicable aux contrats et aux obligations » ? Comme l'avoue ce texte, le droit commun, celui qui est l'auxiliaire indispensable du droit des affaires, est là : c'est le droit de l'obligation. Le doyen Pougoué ne s'est pas trompé sur son importance en Afrique en dédiant les *Mélanges* publiés prochainement en son honneur à « L'obligation ». Notre collègue Aynès vient de lui faire écho en y voyant « l'arrière-plan de tous les rapports économiques et sociaux⁹⁶. Ce droit est tellement commun que depuis les Romains, les *Institutes* de Gaïus en particulier, depuis 2000 ans, il est pratiquement le même dans ses fondements.

C'est à lui que renvoie pratiquement l'article 105 précité. Il est déjà largement présent dans le monde Ohada, les juges se tournant vers lui quand la disposition à appliquer ne se suffit pas à elle-même, comme le révèle la lecture attentive des quelque 3 000 décisions rendues. Il s'agit donc de le faire émerger plutôt que de le créer de toutes pièces. L'avènement pourrait être confié à une commission composée exclusivement de juristes africains qui serait chargée d'élaborer les « Principes du droit africain de l'obligation ». Le texte qui en sortirait ne deviendrait pas un texte imposé mais un texte soumis à l'adoption conventionnelle des parties, libres de lui soumettre ou non leur contrat. Ce serait un corps de règles d'origine privée et d'application consentie, comme nous en offre l'exemple si réussi des « Règles et Usances du crédit documentaire » (les RUU), dont le contentieux publié prouve que pratiquement tous les crédits documentaires à travers le monde en relèvent, ou dans une moindre mesure les Incoterms dont la Chambre de commerce internationale a fait dernièrement une marque. Cette voie insérerait le droit de l'Ohada dans le concert moderne du « droit souple », issu de « petites sources », selon la terminologie de Catherine Thibierge⁹⁷, tout en faisant monter en puissance la normativité dans l'espace de l'Ohada. Les parties feraient leur droit et accepteraient d'elles-mêmes de s'y soumettre, ce qui pourrait séduire des agents de l'informel.

Si une suggestion m'est permise, pour qu'il en soit vraiment ainsi, les « Principes du droit africain de l'obligation » devraient être l'œuvre d'une commission, créée à l'initiative du Secrétariat permanent ou de tout organisme en ayant les moyens tels Unida par exemple, comprenant dix-sept membres, un par pays, répartis en parts égales, ou à peu près égales, entre juges, avocats et professeurs. L'occasion pourrait être saisie d'aller plus loin dans la recherche d'une harmonisation plus profonde :

- en amont, par une investigation, dans les pays où elles seraient jugées significatives, des jurisprudences existantes qui informerait sur l'état du contentieux de l'obligation dans la zone Ohada, ce qui mettrait à jour la réalité africaine ;
- en aval, par une tentative de rapprochement avec le *common law* afin de donner une plus grande sécurité juridique aux échanges interafricains et de ne pas transposer sur le continent la guerre du *civil law* et du *common law* allumée par

⁹⁶ L. AYNÈS, « Édito », *Droit et Patrimoine*, janvier 2014, n° 232.

⁹⁷ C. THIBIERGE, « La densification normative », *D.* 2014, p. 834.

les Doing Business, en intégrant à la commission préconisée des *common lawyers* qui feraient part des adaptations à apporter aux solutions civilistes pour les rendre compatibles avec les solutions de *common law*, rapprochement qui n'est pas hors de portée, car les solutions contractuelles des deux systèmes dès lors qu'on en juge pièces en mains sont moins éloignées qu'on ne le dit.

Le travail de rédaction serait largement facilité par les nombreux projets disponibles sur le régime du contrat et de l'obligation qui ont fait florès ces dernières années. Il suffirait d'y puiser pour conserver, rejeter ou adapter. Des Africains en jugeraient eux-mêmes. Naîtrait ainsi une normativité contractuelle fondée sur une libre adhésion dont les juges nationaux pourraient accroître l'audience en s'inspirant du modèle proposé lorsqu'ils auraient à combler un vide juridique. Elle deviendrait une normativité imposée dès lors que l'utilisation du modèle serait devenue suffisamment ample pour basculer dans un acte uniforme. Le mot de Sartre se vérifierait : « La vérité pragmatique [aurait] remplacé la vérité révélée ». Certes, ce ne serait pas acquis du jour au lendemain. Dix ans seraient probablement nécessaires pour que des résultats probants apparaissent, dont, dans l'optique proposée, le Secrétariat permanent aurait à assurer le suivi. Mais combien d'années se sont-elles écoulées depuis l'échec du projet Unidroit conduit par Marcel Fontaine ? Une telle méthode ne serait pas seule au monde : un groupe d'initiative privée travaille en Asie à l'élaboration de Principes communs de droit des contrats pour les pays d'Asie⁹⁸. Mais il reste à convaincre !

⁹⁸ P. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, N. KANAYAMA, R. WINTGEN, « PACL (Principles of Asian Civil/Commercial law) », *RDC* 2010, p. 995.

**L'EFFICACITÉ DU DROIT
OHADA :
LES ENJEUX DE SA MISE EN ŒUVRE
JURIDICTIONNELLE**

LA MISE EN ŒUVRE JURIDICTIONNELLE DU DROIT OHADA : LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE

Jérémie WAMBO

Avocat

Juriste référendaire à la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada

Le 17 octobre 2013 à Ouagadougou, l'Ohada célébrait ses vingt années d'existence, en marge d'une Conférence des chefs d'États et de Gouvernements. En même temps, l'événement se célébrait un peu partout dans les États parties, autour des thèmes qui pour l'essentiel avaient trait au bilan de vingt années d'application du droit uniforme et aux perspectives de l'Organisation. Le colloque de Lyon s'inscrit dans la continuité des réflexions engagées lors de la célébration ci-dessus. Il ne fait pas de doute que l'Ohada étant un grand chantier il a besoin d'être construit dans la durée, avec l'aide d'architectes et autres techniciens dont l'expertise est avérée.

Les récents développements de l'actualité de l'Organisation montrent bien qu'elle est en marche, en témoignent les révisions⁹⁹ effectuées jusqu'ici des actes uniformes¹⁰⁰ et récemment encore du Règlement de procédure¹⁰¹ de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) pour tenir compte de l'évolution et des insuffisances révélées par la pratique.

Parmi les institutions dont l'Ohada s'est dotée pour atteindre les objectifs qu'elle s'est fixés, figure en bonne place la Cour commune de justice et d'arbitrage qui opère comme gardienne du respect des normes communautaires édictées. La CCJA est dans son essence même la juridiction suprême de l'Organisation et à ce titre, elle assure, aux termes de l'article 14 du Traité, l'interprétation et l'application des actes uniformes et règlements pris en vertu du Traité, le but ultime étant d'uniformiser la jurisprudence communautaire.

Elle est aussi un centre d'arbitrage dont le rôle est de superviser les règlements des conflits par des arbitres, en organisant la procédure et en examinant avant leur prononcé les projets de sentences arbitrales¹⁰². Mais cet aspect des missions de la Cour ne retiendra pas notre attention au cours de cette présentation. Nous nous limiterons à l'aspect purement juridictionnel.

⁹⁹ En commençant par la révision du Traité le 17 octobre 2008 à Québec au Canada.

¹⁰⁰ Droit commercial général et droit des sûretés (15 décembre 2010 à Lomé) et droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (30 janvier 2014 à Ouagadougou).

¹⁰¹ Le Règlement de procédure a été modifié et complété le 30 janvier 2014 à Ouagadougou.

¹⁰² L'article 21 alinéa 2 du Traité dispose que « 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 ».

L'article 13 du Traité indique que « le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des États parties ». Plus loin, l'article 14 alinéa 2 dispose que « 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 ». Le champ concerné n'est autre que celui de l'interprétation et/ou l'application de la norme communautaire. En d'autres termes, les juridictions nationales sont chargées d'appliquer en instance et en appel la réglementation communautaire dans les matières relevant de la législation harmonisée. En cas de difficultés d'interprétation, d'application ou de pourvoi en cassation dans ces matières-là, c'est la CCJA qui doit être saisie.

La mission de la CCJA comme juridiction est donc double, à savoir :

- donner des avis consultatifs ;
- connaître des recours en cassation contre les décisions des juridictions nationales des États parties.

Toutefois, pour que la CCJA puisse utilement jouer son rôle, elle doit être préalablement saisie. Le législateur communautaire a mis en place des modes de saisine qui diffèrent selon que la procédure enclenchée est consultative (I) ou qu'elle est contentieuse (II). Ces deux procédures sont organisées par le Règlement de procédure du 18 avril 1996, lequel a été modifié et complété par celui du 30 janvier 2014, mais singulièrement sous l'angle contentieux.

I. LA PROCÉDURE CONSULTATIVE DEVANT LA CCJA

Le Traité de Port Louis tel que révisé donne compétence à la CCJA pour interpréter toute disposition du Traité lui-même, des actes uniformes ou des règlements pris en application du Traité. Il nous paraît important de cerner tour à tour les contours de l'avis consultatif émis par la Cour (A) et la procédure mise en place par le Règlement de procédure (B).

A. LA DEMANDE D'AVIS CONSULTATIF

L'article 7 alinéa 2 du Traité prévoit que le Secrétariat permanent de l'Ohada communique à la Cour pour avis les projets d'actes uniformes accompagnés des observations des États parties. Plus loin, le Traité précise en son article 14 alinéa 2 que « 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 ci-dessus ». Il en résulte que selon le but poursuivi par l'avis, sa sollicitation peut être obligatoire (1) ou facultative (2).

1. Demande obligatoire

Aux termes de l'article 6 du traité Ohada « les actes uniformes sont préparés par le Secrétariat permanent en concertation avec les gouvernements des États parties. Ils sont délibérés et adoptés en Conseil des ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage ». Cela revient à dire que préalablement à l'adoption des actes uniformes, le

Secrétariat permanent doit obligatoirement recueillir l'avis de la Haute juridiction communautaire.

Il s'agit d'une étape indispensable dont le Conseil des ministres ne peut se passer, d'autant plus que les États parties, à travers le Conseil, ont besoin de savoir la position de la Cour sur l'ensemble de la norme à adopter.

La nécessité de l'avis de la Cour est réitérée à l'article 7 alinéa 3 du Traité qui précise même le délai dans lequel doit intervenir ledit avis. En effet, la Cour doit se prononcer dans un délai de soixante jours¹⁰³ à compter de la date de réception de la demande de consultation.

S'il est vrai qu'on ne peut pas concevoir que la Cour ne donne pas son avis, il n'est tout de même pas superflu de se poser la question de savoir ce qu'il adviendrait si cet avis n'est pas donné dans le délai imparti, d'autant plus que le Traité est muet sur la question, d'une part, la formulation de l'alinéa 4 de l'article 7 indiquant qu'« à l'expiration de ce nouveau délai, le Secrétaire 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 », d'autre part.

Quoi qu'il en soit, l'avis de la Cour doit obligatoirement être sollicité, car, d'une part c'est à cette institution qu'il reviendra d'appliquer et de veiller à la bonne application de la norme ; et d'autre part, la Cour est composée de hauts magistrats, avocats et enseignants d'universités, techniciens rompus à la technique juridique¹⁰⁴ qui appréhendent mieux les contours des textes adoptés et à adopter. C'est d'ailleurs pourquoi certains affirment que par ces avis la Haute juridiction communautaire joue un rôle de « conseiller juridique avant l'adoption des textes »¹⁰⁵.

En application des dispositions ci-dessus, le Secrétariat permanent a eu à solliciter l'avis de la Cour avant l'adoption des neuf actes uniformes en vigueur à ce jour¹⁰⁶. Il en a également été de même pour le Conseil des ministres de l'Ohada qui a eu à solliciter, alors même qu'il n'y était pas astreint, l'avis de la Haute juridiction préalablement à l'adoption du Règlement d'arbitrage de la Cour, et récemment encore, sur le projet de révision du Traité ainsi que le projet de modification du Règlement de procédure de la Cour.

¹⁰³ L'article 7 dans sa version initiale impartissait à la Cour un délai de trente jours pour donner son avis. Ce délai a certainement été jugé insuffisant pour produire un avis éclairé.

¹⁰⁴ L'article 31 du traité Ohada révisé précise que les juges de la Cour doivent être choisis parmi les magistrats, les avocats et les professeurs de droit, totalisant au moins quinze années d'expérience.

¹⁰⁵ « La procédure consultative et le recours en cassation comme substituts du recours préjudiciel devant la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada », communication de Mainassara MAÏDAGI, ancien premier vice-président de la CCJA, au colloque de Cotonou des 24, 25 et 26 janvier 2011 sur le thème : « De la concurrence à la cohabitation des droits communautaires », in *Actes du Colloque sur le droit communautaire en Afrique*, publiés par l'Ersuma, éd. octobre 2011, p. 150.

¹⁰⁶ Droit commercial général, Sociétés commerciales et GIE, Sûretés, Procédures simplifiées de recouvrements et voies d'exécution, Procédures collectives d'apurement du passif, Droit de l'arbitrage, Droit comptable, Contrats de transport, Sociétés coopératives.

2. Demande facultative

La demande d'avis consultatif est facultative lorsque son auteur n'est pas obligé d'y recourir. En effet, lorsque l'article 14 alinéa 2 sus-évoqué indique que « 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 », cela revient à dire que l'avis sollicité par tout État partie ou par le Conseil des ministres n'est qu'une faculté. Autrement dit, tant qu'il n'y a pas difficulté d'application ou d'interprétation, aucune des entités susvisées n'a intérêt à saisir la Cour d'une demande d'avis.

Il en est de même en ce qui concerne les juridictions nationales qui peuvent aussi solliciter la CCJA en vue d'obtenir la ligne de conduite à suivre dans une cause faisant appel à l'application du droit communautaire. Il convient d'indiquer que l'avis rendu ici est doublement facultatif, en ce sens que les juridictions nationales ne sont pas tenues de le solliciter, d'une part ; et qu'une fois l'avis rendu, ces juridictions ne sont pas tenues de s'y conformer, d'autre part.

La possibilité qu'ont les juridictions nationales de solliciter l'avis de la Haute cour est fondée sur l'article 14 alinéa 2 *in fine* qui précise que « la même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus ».

Il ressort de cette disposition que seules les juridictions nationales saisies dans le cadre de l'article 13 du Traité, donc en contentieux de l'application des actes uniformes, peuvent solliciter un avis¹⁰⁷. Il est question dans ce cas précis de solliciter l'éclairage de la Cour sur un aspect précis du droit communautaire, en vue d'avoir une réponse nécessaire à la solution du litige pendant devant la juridiction.

À la demande des juridictions nationales, la Cour a rendu à ce jour trois avis. Elle a été successivement consultée par le tribunal judiciaire de première instance de Libreville¹⁰⁸, la cour d'appel de N'Djamena¹⁰⁹ et le tribunal de commerce de Brazzaville¹¹⁰.

Comme nous l'avons dit plus haut, les avis rendus par la Cour ne s'imposent pas aux juridictions qui les ont sollicités. Elles peuvent donc, sans courir aucun risque, ne pas en tenir compte. Toutefois, il est de leur intérêt de s'y conformer, ainsi que le souligne Monsieur Maïdagi Maïnassara, ancien juge de la CCJA et ancien premier vice-président de ladite Cour : « on peut penser que le demandeur d'avis a intérêt à en tenir compte car si un litige naissait et que l'affaire arrive par la voie de la cassation devant la CCJA, on voit mal cette dernière se déjuger en rendant une décision contraire à son avis »¹¹¹.

¹⁰⁷ V. infra les conditions de recevabilité d'une demande d'avis.

¹⁰⁸ CCJA, avis n° 001/1999/JN du 7 juillet 1999 : *Rec. CCJA* n° spécial, janvier 2003, p. 70.

¹⁰⁹ CCJA, avis n° 001/2004/JN du 28 janvier 2004 : *Rec. CCJA* n° 3, janvier-juin 2004, p. 151.

¹¹⁰ CCJA, avis n° 001/2006/JN du 17 octobre 2006 : *Rec. CCJA* n° 11, janvier-juin 2008, p. 129.

¹¹¹ Actes du colloque sur le droit communautaire en Afrique « *De la concurrence à la cohabitation des droits communautaires* », du 24 au 26 janvier 2011 à Cotonou, publiés par l'Ersuma, 1^{re} éd., octobre 2011.

B. LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE CONSULTATIVE

Le Traité Ohada énumère de manière limitative les personnes habilitées à saisir la Cour d'une demande d'avis (1). La Cour, après instruction du dossier, se prononce par un avis consultatif rendu en audience publique (2).

1. Qui peut saisir la Cour en matière consultative ?

Il ressort des dispositions combinées des deuxièmes alinéas des articles 14 et 7 du Traité que les seuls organes compétents pour saisir la CCJA en matière consultative sont :

- tout État partie au Traité ;
- le Conseil des ministres ;
- le Secrétariat permanent de l'Ohada ;
- toute juridiction nationale saisie en vertu de l'article 13 du Traité, c'est-à-dire toute juridiction nationale appelée à appliquer le droit Ohada dans une cause à elle soumise.

Il résulte de cette énumération qu'aucune personne physique n'est habilitée à saisir la Cour en consultation, pas même les avocats, conseils des parties, ni les experts désignés pour éclairer l'office du juge, encore moins les enseignants d'universités.

On peut en comprendre que le législateur communautaire n'a pas voulu élargir le champ des personnes pouvant saisir la Cour. Cette position permet que la Cour ne puisse être saisie que pour répondre à des préoccupations ponctuelles de façon à donner une solution ou un début de solution utile dans l'immédiat aussi bien pour le sollicitant de l'avis que pour la construction du droit communautaire. S'il est vrai que tout élargissement pourrait ouvrir la porte à des demandes fantaisistes et même parfois très théoriques, sans réel intérêt, il est aussi vrai, à notre sens, que certaines corporations ou corps de métiers auraient pu aussi être concernés, de façon à ce qu'il y ait une certaine diversité de champs, toutes choses qui pourraient enrichir le débat et contribuer à l'amélioration de la réglementation communautaire. D'aucuns ont suggéré, à juste titre, que cette ouverture se fasse en direction « des responsables de différentes organisations professionnelles : bâtonniers des ordres des avocats, présidents de chambres d'huissiers, de notaires, présidents du patronat des États parties »¹¹².

On peut tout de même regretter que les juridictions nationales ne recourent pas très souvent aux demandes d'avis pour obtenir les éclairages de la Haute juridiction. Cela peut s'expliquer par les pesanteurs qui affaiblissent la justice dans les États parties, mais aussi par l'ignorance de cette procédure et l'absence d'engagement de la part des professionnels que sont les avocats, lesquels par leurs écritures et autres pertinentes observations, peuvent amener les juges à saisir la Cour, et exprimer utilement leurs observations sur les questions précises suscitées.

La forme de la demande d'avis est différente selon qu'elle émane d'un organe ou d'une institution ou d'une juridiction nationale. Dans le premier cas, l'article 54 du Règlement de procédure tel que modifié indique que la demande d'avis doit être présentée sous forme

¹¹² F. ONANA ETOUNDI et P. BOUBOU, *La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour commune de justice et d'arbitrage*, Coll. Pratique et Contentieux de Droit Communautaire, Ed. Droit au Service du Développement, février 2008, p. 28.

de requête écrite formulant en termes précis la question pour laquelle l'avis est sollicité. Dans le deuxième cas, c'est la décision¹¹³ de la juridiction nationale saisie du contentieux qui saisit la Cour de la demande d'avis (Règlement de procédure, art. 56).

Aux termes de l'article 55, 1° du Règlement de procédure de la Cour, « le greffier en chef notifie immédiatement toute demande d'avis consultatif émanant d'un État aux autres États parties au Traité ». Ces notifications sont faites en vue de susciter les observations des autres États parties, lesquelles doivent intervenir dans le délai fixé par le président de la Cour.

L'article 55, 3° dispose que « les observations écrites ainsi déposées sont communiquées au demandeur et aux autres auteurs d'observations écrites. Ceux-ci sont admis à discuter les observations ainsi reçues dans les formes, mesures et délais fixés dans chaque cas par le président ».

La même démarche telle qu'il ressort de l'article 56 du Règlement de procédure est observée lorsque la demande d'avis résulte d'une décision d'une juridiction nationale, dans les mêmes conditions de délais.

Nous ne pouvons nous empêcher de relever le caractère contradictoire de cette procédure, semblable à une procédure contentieuse, et dont le mérite est de réduire au maximum les risques d'erreur dans l'interprétation ou l'application de la norme communautaire en cause, toute chose qui donne à l'avis à intervenir une presque garantie de justesse ou une présomption de vérité.

Afin que la demande d'avis puisse être utilement examinée, précisément dans le cas où elle émane d'une juridiction nationale, il faut qu'elle soit consécutive à une cause pendante devant une juridiction, et que la question soit formulée de manière précise. La Haute juridiction a d'ailleurs eu à préciser que tel est le cas lorsque la juridiction saisie estime « nécessaire d'être éclairée par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada avant de rendre sa décision »¹¹⁴. Par ailleurs, si la cause pour la solution de laquelle un éclairage est sollicité a déjà été tranchée et n'est plus pendante devant la juridiction qui sollicite l'avis, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu à avis¹¹⁵.

2. Le prononcé de l'avis par la Cour

Aux termes des procédures ci-dessus décrites, le président de la Cour décide s'il y a lieu à audience. En d'autres termes, il décide de l'opportunité pour la Cour de se réunir pour délivrer son avis en audience publique.

On est en droit de se poser la question de savoir comment la Cour peut se prononcer ou rendre son avis si elle ne se réunit pas. À notre avis, une audience s'impose, sauf dans

¹¹³ Aucune précision n'est donnée sur la nature de la décision. Mais nous pensons qu'il ne pourrait s'agir que d'un avant-dire-droit.

¹¹⁴ CCJA, avis n° 01/2006/JN du 17 octobre 2006 : *Rec. CCJA* n° 11, janvier – juin 2008, p. 129 et s.

¹¹⁵ CCJA, avis n° 01/2006/JN du 17 octobre 2006, précit. : dans cette cause, le président du tribunal de commerce de Brazzaville avait sollicité l'avis de la Cour alors qu'elle s'était déjà prononcée et l'affaire était désormais pendante devant la cour d'appel de Brazzaville. La CCJA a « dit n'y avoir lieu à avis sur l'objet de la demande ».

l'hypothèse où il n'y a pas lieu à avis, encore que même dans cette hypothèse la Cour devrait pouvoir se réunir en audience pour dire qu'il n'y a pas lieu à avis¹¹⁶.

Force est d'ailleurs de constater que tous les avis émis par la Cour depuis son installation jusqu'à nos jours l'ont été en audience publique. Il en résulte que la tenue d'audience est automatique en matière d'avis consultatif de la Cour.

L'article 58 du Règlement de procédure dispose que la Cour rend un avis consultatif qui contient :

- l'indication qu'il est rendu par la Cour ;
- la date du prononcé ;
- les noms des juges qui y ont pris part, ainsi que celui du greffier ;
- l'exposé sommaire des faits ;
- les motifs ;
- la réponse à la question posée à la Cour.

Il convient de relever que depuis son installation en 1997, la Cour n'a pas eu une activité intense en matière consultative. Mais depuis quelque temps, la Cour est de moins en moins saisie de demandes relatives à l'interprétation et l'application des actes uniformes. C'est du reste ce qui explique le nombre réduit d'avis émis jusqu'ici.

Au terme de cette présentation nous pouvons dire que la procédure consultative telle que suivie devant la Haute juridiction communautaire Ohada présente deux caractéristiques essentielles :

Elle est ouverte en ce sens qu'elle prend en compte les observations des États parties, des institutions de l'Organisation et même des parties dans le cadre des avis sollicités par les juridictions ;

Elle donne lieu à des avis qui malheureusement sont facultatifs même pour les entités qui les ont sollicités.

Mais, peut-on soutenir que le fait que les avis consultatifs soient facultatifs les dépourvoit de leur intérêt ou de leur autorité ? Nous ne le pensons pas. En réalité, ces avis, même de manière détournée, s'imposent, dans la mesure où la Haute juridiction, appelée à sanctionner les diverses violations, pourrait être amenée à casser les décisions ayant passé outre les avis pourtant sollicités, et imposer la position initialement indiquée dans lesdits avis, en usant de son pouvoir d'évocation.

En définitive, l'importance de la procédure consultative dans la mise en œuvre et l'application du droit communautaire n'est plus à démontrer. Il nous semble cependant nécessaire de rendre ces avis obligatoires, dès lors que toutes les parties prenantes à l'organisation communautaire y participent par la production de leurs observations.

Mais c'est surtout en matière contentieuse que la Cour est très active et productive, et s'affirme par son abondante activité jurisprudentielle.

¹¹⁶ Cela est d'ailleurs corroboré par l'avis n° 01/2006/JN ci-dessus où la Cour s'est réunie en assemblée plénière pour dire n'y avoir lieu à avis.

II. LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE DEVANT LA CCJA

Nous avons eu l'occasion il y a un peu plus d'une année d'exposer en profondeur le déroulement de la procédure contentieuse devant la Haute juridiction communautaire, au regard de son Règlement de procédure et de la jurisprudence construite par ses soins depuis son installation¹¹⁷. Le Règlement de procédure de la Cour venant d'être modifié et complété, il nous semble important de lui consacrer une présentation (A) avant d'esquisser quelques pistes de réflexion sur l'épineuse question des pourvois mixtes devant la Haute juridiction communautaire (B).

A. APERÇU GÉNÉRAL DU NOUVEAU RÈGLEMENT DE PROCÉDURE

Le 30 janvier 2014, le Conseil des ministres de l'Ohada a adopté le Règlement n° 001/2014/CM modifiant et complétant le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage adopté le 18 avril 1996. Nous livrons ci-dessous la substance de ces modifications qui n'ont pas véritablement révolutionné la procédure contentieuse devant la Cour.

1. Le statut et le ministère de l'avocat devant la CCJA

a. Le statut de l'avocat : l'immunité pour les paroles et les écrits

L'article 23 nouveau du Règlement de procédure réaffirme le principe posé par l'ancien article 23, celui de la constitution obligatoire d'avocat devant la Cour. L'avocat ainsi constitué doit justifier sa qualité par la preuve de son inscription à un barreau de l'espace Ohada, d'une part ; et produire un mandat spécial à lui délivré par la partie qu'il représente, d'autre part.

La nouveauté de cette disposition de l'article 23 est l'article 23 (bis) qui consacre à l'avocat muni du mandat spécial de son client « l'immunité pour les paroles prononcées et les écrits produits relatifs à la cause ou aux parties ». À noter que plusieurs législations nationales consacrent déjà cette immunité de l'avocat, laquelle lui permet d'exercer son ministère en toute indépendance et en toute liberté.

Cependant, pourrait-on envisager une immunité plus large, semblable par hypothèse à celle dont bénéficient les arbitres nommés ou confirmés par la Cour¹¹⁸ dans l'exercice de leurs fonctions ? Il est évident qu'il revient au Traité de régler pareille question, et non au Règlement de procédure.

¹¹⁷ Me Jérémie WAMBO, *La saisine de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada en matière contentieuse : guide pratique à la lumière de la jurisprudence*, 1^{re} éd., octobre 2012, préface Pr Antoine Oliveira.

¹¹⁸ L'article 49 du Traité dispose « dans les conditions déterminées par un règlement, les fonctionnaires et employés de l'Ohada, les juges de la Cour commune de justice et d'arbitrage ainsi que les arbitres nommés ou confirmés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques ».

b. Le ministère de l'avocat

– La possibilité d'exclusion et de réhabilitation de l'avocat

L'avocat dans l'exercice de son ministère doit avoir un comportement digne. L'alinéa 2 de l'article 23 prévoit la possibilité pour le président de la Cour d'exclure de la procédure, par voie d'ordonnance, tout avocat dont le comportement est incompatible avec la dignité¹¹⁹ de la Cour ou qui use des droits qu'il tient de ses fonctions à des fins autres que celles pour lesquelles ces droits lui ont été reconnus.

Quoi qu'il en soit, en l'absence d'une énumération de comportements ou d'attitudes jugés indignes, la Cour devra pouvoir apprécier au cas par cas. On peut déjà penser qu'il pourrait s'agir de comportements contraires au serment de l'avocat, aux usages de la profession, etc.

L'ordonnance ainsi prise peut, et c'est là la nouveauté, être rapportée par le président de la Cour, à la requête de l'avocat concerné. L'immunité pour les paroles et les écrits produits n'est pas incompatible avec l'exigence de dignité et de courtoisie de l'avocat dans l'exercice de son ministère devant la Cour.

– La suppression de l'obligation d'élection de domicile au siège de la Cour à Abidjan

Il y a lieu d'indiquer sur ce chapitre du ministère de l'avocat que l'article 28 (nouveau) en son alinéa 3 supprime l'obligation d'élection de domicile au siège de la Cour. Ce texte dispose en effet qu'« aux fins de la procédure, l'élection de domicile au lieu où la Cour a son siège n'est pas obligatoire. L'élection de domicile indique, le cas échéant, le nom de la personne qui est autorisée et qui a consenti à recevoir toutes significations »¹²⁰.

Désormais, il n'est pas impératif d'élire domicile au siège de la Cour à Abidjan, il suffira de justifier de sa qualité d'avocat telle qu'indiquée plus haut pour introduire un recours devant la juridiction communautaire.

Toutefois, en cas d'élection de domicile¹²¹, il conviendra de le signaler à la Cour par l'indication de l'adresse dudit domicile pour lui permettre d'effectuer utilement les significations.

La suppression de l'obligation d'élection de domicile est salubre pour les avocats et principalement pour les parties qui étaient confrontées aux problèmes de rémunération des services offerts par les domiciles choisis. Il reste que d'autres problèmes surgiront du fait de cette suppression, notamment ceux liés aux significations qui pourraient désormais

¹¹⁹ Les notions de dignité ou d'usage de droits à des fins autres méritent d'être davantage précisées. Point n'est besoin de rappeler cependant que pèsent sur l'avocat les obligations de déférence aux cours et tribunaux ainsi que de courtoisie.

¹²⁰ Il convient de relever que l'obligation d'élection de domicile au siège de la Cour, contrairement à ce que d'aucuns avaient toujours pensé, n'était pas synonyme de constitution d'avocat à Abidjan, la simple indication précise d'une adresse à Abidjan pour recevoir les significations faites par la Cour étant requise en son temps.

¹²¹ Bien que l'élection de domicile soit désormais facultative, elle pourrait s'avérer nécessaire pour l'avocat résidant en dehors du siège de la Cour car il n'est pas aisé d'effectuer les diligences à distance, même si les domiciles élus dans de nombreux cas n'ont pas toujours fait la preuve de leur efficacité.

prendre encore plus de temps que par le passé, malgré la possibilité ouverte de procéder à des significations électroniques¹²².

2. Les nouvelles règles relatives à l'instance

Ils concernent la saisine de la Cour (a) et les diverses notifications effectuées par le greffe (b).

a. La saisine de la Cour

En relevant que les modes de saisine de la Cour n'ont pas évolué, il convient de signaler qu'outre les cas d'ouverture à cassation qui ont été introduits dans le nouveau règlement, les parties ont désormais la possibilité de choisir la langue de procédure.

– Les modes de saisine de la Cour

Les modes de saisine de la Cour tels que prévus par le Règlement de procédure de 1996 n'ont pas changé. La Cour continuera à être saisie soit par recours introduit directement par le requérant, soit sur renvoi¹²³ d'une juridiction suprême nationale de cassation tel que prévu par l'article 15 du traité Ohada¹²⁴. De même, les délais de saisine demeurent inchangés, y compris les délais de distance prévus par l'article 25 qui n'est pas concerné par la modification.

Il est important de préciser que l'introduction du moyen numérique ou électronique ne concerne aucunement la saisine de la Cour *stricto sensu*, les articles 27 (nouveau) alinéa 2 et 28 (nouveau) alinéa 1 continuant à parler de « dépôt au greffe » de l'acte de procédure ou encore de « recours présenté au greffe dans les deux mois de la signification ou de la notification ». En attendant donc que le moyen électronique soit étendu à la saisine de la Cour, il doit pouvoir s'appliquer pour l'instant, de manière optionnelle, aux significations et notifications effectuées par le greffe.

– Les cas d'ouverture à cassation

L'article 28 bis (nouveau) a introduit des cas d'ouverture à cassation sur lesquels pourront désormais être fondés les recours. Ceux-ci pourront ainsi être fondés sur :

- la violation de la loi ;
- l'incompétence et l'excès de pouvoir ;
- la violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ;
- le défaut, l'insuffisance ou la contrariété des motifs ;
- l'omission ou le refus de répondre à des chefs de demande ;
- la dénaturation des faits de la cause ou des pièces de la procédure ;
- le manque de base légale ;
- la perte de fondement juridique ;

¹²² Articles 24 (nouveau) et 28 (nouveau) alinéa 4.

¹²³ Aucune précision n'ayant été donnée sur la nature de l'acte de renvoi, les juridictions nationales de cassation rendent des arrêts soit de dessaisissement, soit d'incompétence, au profit de la CCJA à qui elles transmettent l'entier dossier de procédure.

¹²⁴ Article 15 du Traité : « les pourvois en cassation prévus à l'article 4 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 ».

- le fait de statuer sur une chose non demandée ou d'attribuer une chose au-delà de ce qui a été demandé.

Cette énumération a le mérite d'élargir le champ du pourvoi en cassation, et de recenser des motifs jurisprudentiels de cassation dégagés par la Cour face au silence de l'ancien règlement de procédure. Dès lors, quel est le sort d'un pourvoi dont le moyen de cassation n'est fondé sur aucun de ces cas d'ouverture ?

La réponse à cette question nous est fournie par l'article 28 ter (nouveau) qui dispose qu'« à peine d'irrecevabilité, un moyen de cassation ou un élément de moyen de cassation doit mettre en œuvre au moins un des cas d'ouverture visés à l'article précédent ».

On peut cependant se poser la question de savoir si cette énumération est exhaustive ou si elle n'est qu'indicative, donnant ainsi à la Cour la possibilité de dégager d'autres motifs de cassation.

Par ailleurs, les cas d'ouverture énumérés n'étant pas définis précisément, il reviendra à la jurisprudence d'en donner des contenus. Cela est d'autant plus important que, à titre indicatif, la violation de la loi ne saurait s'entendre de la violation d'une loi nationale, bien que la Haute cour a rendu des décisions de cassation pour violation d'une loi nationale¹²⁵.

- Le choix de la langue de procédure

Les langues de travail de l'Ohada que la Cour adopte¹²⁶ ont été définies par le Traité Ohada de 1993 en son article 42¹²⁷ tel que révisé en 2008. L'article 27 bis (nouveau) alinéa 2 donne au requérant la possibilité de choisir la langue de procédure applicable, cette option étant toutefois inopérante lorsque le défendeur est un État partie, la langue de procédure étant la langue officielle de cet État.

La langue de procédure est celle utilisée par les parties dans tous leurs écrits, dans les pièces produites et dans les décisions rendues par la Cour. Ainsi, toutes pièces produites qui ne sont pas rédigées dans cette langue doivent être accompagnées de traduction dans la langue de procédure.

Si cette évolution louable peut ne pas être d'application aisée pour l'instant, elle le sera sans doute dans les prochaines années à la faveur de la diversité de plus en plus observée dans les politiques de recrutement du personnel, d'une part, et des formations des personnels en fonction, d'autre part.

Le choix de la langue de procédure ne paraît cependant pas être une obligation pour le requérant. C'est certainement la raison pour laquelle ce choix n'est pas assorti de sanction. On peut aisément en déduire qu'en l'absence de choix, la cause sera instruite et jugée dans la langue dans laquelle le recours aura été rédigé, la rédaction dans cette langue valant choix de la langue, à condition que ce soit une des langues de travail ci-dessus spécifiées.

¹²⁵ Dans le cadre des pourvois mixtes.

¹²⁶ Article 27 bis (nouveau).

¹²⁷ Les langues de travail de l'Ohada sont le français, l'anglais, l'espagnol et le portugais.

b. Les nouveaux modes de signification

Contrairement à l'ancien article 24 qui n'envisageait que les significations par envoi postal recommandé avec accusé de réception et par remise de copie contre reçu, l'article 24 nouveau qui a introduit d'autres formes de signification est ainsi libellé « les significations prévues au présent Règlement sont faites soit par envoi postal recommandé avec demande d'avis de réception, messagerie expresse, courrier électronique, télécopieur ou tout autre moyen technique de communication laissant trace, d'une copie de l'acte à signifier, soit par remise de cette copie contre reçu ».

Les significations visées par ce texte sont principalement celles indiquées par l'article 29 non modifié, lequel dispose que « le recours est signifié par la Cour à toutes les parties à la procédure devant la juridiction nationale... ». Concrètement, il s'agit des significations des recours déposés, des mémoires et des pièces enregistrées par la Cour et qui doivent être communiquées aux parties adverses.

La disposition de l'article 24 (nouveau) ci-dessus doit être mise en parallèle avec celle de l'article 28 (nouveau) alinéa 4 qui précise que « la requête peut indiquer que l'avocat, ayant son domicile professionnel dans un État partie au Traité, consent à ce que des significations lui soient adressées par courrier électronique, télécopieur ou tout autre moyen technique de communication laissant trace ».

Il résulte de cette disposition que le choix du mode de signification, qui du reste n'est qu'une option, n'appartient qu'au requérant, au moment de l'introduction de son recours. Ce choix n'étant donc qu'une option, l'absence de choix n'a aucune conséquence pour le requérant.

On peut se demander cependant si le choix opéré par le requérant est applicable à ses envois vis-à-vis de la Cour. En d'autres termes, en optant pour un mode de signification le requérant pourrait-il recourir à ce même mode pour acheminer ses écrits et pièces à la Cour ?

Le Règlement de procédure ne semble pas avoir envisagé cette hypothèse qui, à notre avis, devrait aller de soi. Mais la formulation du texte ne permet pas de le supposer. Toute chose qui risque de dépourvoir la réforme de son intérêt dans la mesure où après avoir reçu par exemple de la Cour signification par voie de courrier électronique, la partie concernée qui ne pourrait pas acheminer son mémoire par le même moyen disposerait alors du délai habituel pour le faire, augmenté du délai de distance qui, du fait cette évolution, devrait, en principe, être exclu¹²⁸.

Par ailleurs, le choix est-il révocable ? Autrement dit, la partie qui a choisi un mode de signification peut-elle y renoncer par la suite ou le changer en cours d'instance ? Le Règlement de procédure ne répond pas non plus à cette préoccupation. Mais nous pensons que bien que l'idéal aurait été de faire du choix opéré un choix irrévocable, il est important, pour l'instant, qu'il puisse être modifiable, à condition que les circonstances l'exigent. Les circonstances pourraient être, en dehors de la force majeure qui opère

¹²⁸ Le délai de distance ayant pour but de permettre à celui qui n'est pas dans le ressort de la Cour de se déplacer ou d'expédier d'une distance relativement lointaine son acte de procédure, il ne saurait être maintenu sans trahir l'esprit de la réforme en cas d'option pour les envois électroniques qui éliminent ou réduisent à zéro les distances.

systematiquement, les crises, les problèmes de connexion internet qui sont récurrents dans certains États parties.

Sur un tout autre registre, bien que le choix envisagé ne concerne que l'avocat qui dépose la « requête », nous pensons que ce terme doit être pris dans le sens de tout acte de procédure, notamment le recours en cassation et le mémoire en réponse. Ainsi, aussi bien le demandeur que le défendeur pourront opter pour une signification au moment du dépôt de l'acte de procédure.

Toutefois, nous pensons que les choix ne revêtiront leur intérêt qu'autant que les parties auront opté pour le même mode, par exemple le courrier électronique. De la sorte, les délais d'acheminements seraient carrément abrégés. Par ailleurs, on pourrait être confronté à des difficultés si les parties avaient chacune choisi un mode différent de signification.

3. L'instruction des dossiers

L'instruction des dossiers est principalement suivie par un juge rapporteur désigné dès la saisine de la Cour par le président conformément à l'article 26 (nouveau) alinéa 1. En effet, l'article 24-2 du Règlement intérieur de la Cour en matière contentieuse précise que « pour chaque dossier, le président désigne un juge rapporteur. Celui-ci fait une analyse du dossier dont il présente les résultats sous forme d'un rapport accompagné d'un projet d'avis ou d'arrêt ».

Le Règlement de procédure, en son article 28 (nouveau) alinéa 6, confère une tâche supplémentaire au juge rapporteur, jadis assurée par le greffier en chef, celle de saisir une partie à l'effet de régulariser son recours non conforme. Le texte indique que « le juge rapporteur fixe au requérant un délai aux fins de régularisation du recours ou de production des pièces mentionnées ci-dessus ». Cette disposition jadis décriée peut non seulement être difficile à mettre en œuvre, mais également créer inutilement un échange¹²⁹ entre le juge rapporteur et une partie, toute chose susceptible de perturber la sérénité dans le traitement du dossier.

Le juge rapporteur est assisté par des juristes référendaires¹³⁰ dont le rôle est, aux termes du *Manuel des procédures* en vigueur au sein de l'institution, d'étudier le dossier, de faire des recherches documentaires, doctrinales et jurisprudentielles et de rédiger des notes juridiques.

Par ailleurs, aux termes de l'article 27 ter (nouveau), à la demande d'un juge ou d'une partie, le greffier en chef prend toutes les dispositions nécessaires pour assurer la traduction de tout ce qui est dit ou écrit dans les langues de travail.

¹²⁹ La correspondance du juge rapporteur tendant à faire régulariser le recours renseignera sur le juge en charge du dossier, ce qui risquerait de favoriser la recherche de raccourcis.

¹³⁰ Autrefois appelé « assistant juriste référendaire », le juriste référendaire qui n'existait que dans le *Manuel des procédures* vient d'être intégré ou consacré par le Règlement de Procédure en son article 26 (nouveau) alinéa 2.

B. LES POURVOIS MIXTES DEVANT LA CCJA

La création de la Cour commune de justice et d'arbitrage comme juridiction suprême de l'Ohada cumulant les pouvoirs de cassation et d'évocation, couplée avec l'harmonisation de plusieurs matières, a considérablement effrité le champ de compétence des juges suprêmes nationaux dans les contentieux relatifs aux normes communautaires. Cette situation, loin de faciliter la tâche à la Haute juridiction communautaire, a plutôt compliqué les rapports entre ces deux ordres de juridiction, engendrant des conflits dont la trame est la revendication par les cours suprêmes nationales de la rétrocession de leur compétence dans les contentieux sus-spécifiés. Ces conflits sont davantage ravivés lorsque la cour communautaire doit statuer dans les affaires mettant en même temps en cause l'application des actes uniformes et des législations nationales. Il est plus aujourd'hui question de poser le problème dans tous ses contours (1) et d'envisager les solutions possibles (2).

1. La position du problème

La CCJA a appréhendé la notion de pourvoi mixte (a) à travers des arrêts qui ont fixé sa jurisprudence, laquelle constitue la solution prépondérante en attendant un éventuel revirement qui pourrait être inspiré entre autres par le débat contemporain qui a cours sur cette épineuse question (b).

a. La notion de pourvoi mixte

Aux termes de l'article 14 alinéas 3 et 4 du Traité Ohada, la CCJA connaît des recours en cassation contre les décisions rendues par les cours d'appel (arrêts) et les tribunaux (jugements rendus en premier et dernier ressort) des États parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au Traité. Cependant, le Traité, les actes uniformes et les règlements dont la cour communautaire doit surveiller et contrôler la bonne et uniforme application n'ayant pas tout réglementé, leur mise en œuvre nécessite forcément le droit interne des États. Dès lors, le droit Ohada ne peut se concevoir sans le droit interne et du coup, le juge communautaire se trouve amené, dans l'exercice de son rôle de contrôle, à rechercher et contrôler l'application de la loi nationale.

Cela dit, le recours en cassation est mixte lorsqu'il porte sur la violation à la fois de normes communautaires et de dispositions de la loi nationale. Concrètement, la disposition de la loi nationale peut être de forme, donc accompagnant la mise en application du droit Ohada. Un exemple palpable est donné par l'article 15 de l'AUVE¹³¹ qui renvoie au droit national s'agissant de la forme¹³² de l'appel en matière d'injonction de payer. Il s'en suit que l'examen d'un pourvoi en cassation qui porte aussi bien sur la forme

¹³¹ Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

¹³² Ainsi, aux termes des articles 189 et 191 du code de procédure civile et commerciale du Cameroun, l'appel est fait par simple requête signée de la partie ou son mandataire et déposée au greffe de la juridiction d'appel. Le code ivoirien de procédure civile, commerciale et administrative précise en son article 164 que l'appel se fait par exploit d'huissier délivré au destinataire...

de l'acte d'appel que sur l'existence de la créance fait appel au droit Ohada et au droit national. Le juge suprême communautaire est dès lors appelé à vérifier si la loi nationale a été respectée. Il arrive aussi que bien que nous soyons en matière d'injonction de payer, donc relevant de la juridiction communautaire, le moyen unique de cassation soit pris de la violation de la forme de l'acte d'appel, en vertu du droit national.

La disposition nationale peut être de fond, non contraire au droit Ohada, mais coexistant avec lui. C'est notamment le cas lorsqu'en vertu d'une disposition du droit communautaire, un texte interne est pris¹³³. Il s'agit d'une situation qui n'a été prévue ni par le Traité, ni par le Règlement de procédure de la Cour. Et pourtant il constitue à l'heure actuelle un réel problème auquel la Haute juridiction a tenté de donner une solution, fondée sur l'exclusivité qui est la sienne de trancher en cassation toutes questions relatives aux actes uniformes et règlements.

En effet, les juridictions suprêmes nationales, dans certains cas, signifient ouvertement leur rébellion, en déniaient à la CCJA sa compétence. C'est ainsi que dans une espèce une Cour suprême n'a pas hésité à indiquer dans un arrêt ultérieurement annulé que « s'il est constant qu'aux termes des dispositions combinées des articles 13 et 14 du Traité Ohada, seule la Cour commune de justice et d'arbitrage est compétente en matière de pourvoi en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions des États parties, dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus par le Traité, cette compétence de la CCJA est contenue dans les limites définies à l'article 2 du Traité qui vise les matières harmonisées ou à harmoniser ; que dans le cas du pourvoi mixte, où le requérant invoque à la fois dans son acte de pourvoi, la violation des dispositions d'un acte uniforme (articles 1 et 2 de l'acte uniforme relatif aux voies d'exécution) et des règles de droit national comme en l'espèce (l'article 597 du code de procédure civile) ; qu'une telle situation non prévue par aucune disposition du Traité, ni d'un acte uniforme ou d'un règlement, les articles 13 et 14 invoqués ne peuvent trouver une application ; que dans ce cas, la Cour de cassation recouvre toute sa plénitude de compétence pour trancher le litige ; qu'ainsi l'exception d'incompétence soulevée est à rejeter »¹³⁴. La Cour a tracé sur la question une ligne jurisprudentielle qu'elle n'a pas encore changée jusqu'ici.

b. Le principe jurisprudentiel posé par la Cour commune de justice et d'arbitrage

La position adoptée par la Haute juridiction communautaire est celle affirmée dans deux arrêts rendus respectivement en 2004¹³⁵ et en 2005¹³⁶, à savoir le principe de sa compétence exclusive en matière de recours en cassation des décisions répondant à la définition ci-dessus. Elle a réaffirmé cette position en répondant à un juge suprême

¹³³ L'article 51 de l'AUE dispose « les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des États parties ». En vertu de cette disposition, la Cour a statué récemment dans une affaire de saisie-attribution de créances dans laquelle elle a cassé l'arrêt déféré pour violation d'une disposition de la loi nationale consacrant l'insaisissabilité des comptes d'une étude de notaire : CCJA, arrêt n° 012/2014 du 27 février 2014 : Ohadata J-15-103.

¹³⁴ Cour de cassation du Burkina Faso, arrêt n° 007/2008 du 10 janvier 2008 : inédit.

¹³⁵ CCJA, arrêt n° 031/2004 du 4 décembre 2004 : *Rec. CCJA* n° 4, p. 48.

¹³⁶ CCJA, arrêt n° 55/2005 du 15 décembre 2005 : *Rec. CCJA* n° 6, p. 100.

national dans le cadre du recours en annulation de l'arrêt n° 007/2008 du 10 janvier 2008, notamment en précisant que « la Cour de céans a déjà tranché à travers sa jurisprudence constante (arrêts n° 031/2004 du 4 novembre 2004 et n° 055/2005 du 15 décembre 2005), qu'elle reste seule compétente en application de l'article 14 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique pour assurer l'interprétation et l'application uniformes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions, et ses décisions en application de l'article 16 dudit Traité s'imposent aussi aux hautes juridictions nationales de l'espace Ohada ».

Cette position de principe de la CCJA qui rappelle sa suprématie par rapport aux juridictions suprêmes nationales est d'autant plus remise en question que la Haute juridiction ne se contente pas de casser les décisions, mais aussi qu'elle évoque et statue au fond¹³⁷. Il est question pour la Cour de se saisir de l'entier litige et de le réexaminer. Ainsi donc, le pouvoir d'évocation dont elle est investie lui confère cette prérogative « d'examiner complètement le dossier d'une affaire, de le réformer, de corriger les erreurs de qualification des juges primitivement saisis, de relever toutes les circonstances légales qui accompagnent les faits »¹³⁸. La Haute juridiction en arrive même à casser en se fondant uniquement sur le moyen tiré de la violation d'une disposition de la loi nationale, avant d'évoquer¹³⁹. Cependant, la Cour peut-elle évoquer et statuer au fond sans rentrer dans les faits de la cause ou examiner l'application de la loi nationale ?

Il n'est en effet pas possible que la Cour évoque et statue au fond sans examiner les faits. Or, en le faisant, il cesse d'être simplement une juridiction de cassation pour devenir un troisième degré de juridiction. D'aucuns ont trouvé qu'il s'agit d'une « immixtion du juge de cassation dans les faits »¹⁴⁰ qui présente des dangers qui amènent à se demander entre autres si elle reste une véritable juridiction communautaire. Il y a en outre « risque de cloisonnement voire d'indifférence vis-à-vis des politiques jurisprudentielles des instances nationales de cassation, pourtant, la contribution au bon fonctionnement de l'État de droit suggère une complémentarité ou appelle à l'harmonisation jurisprudentielle »¹⁴¹.

D'autres pensent qu'« une telle incursion de la CCJA dans le domaine du droit interne risque de façonner ce droit d'une façon différente de celle pratiquée par les juridictions

¹³⁷ Article 15 alinéa 5 du Traité Ohada.

¹³⁸ B. DIALLO, « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la Cour commune de justice et d'arbitrage dans le cadre du Traité de l'Ohada », *Revue trimestrielle de droit et de jurisprudence des affaires* n° 001, p. 57.

¹³⁹ CCJA, arrêt n° 027/2013 du 18 avril 2013 : inédit (dans cette cause, le président de la cour d'appel de Conakry avait statué seul sur l'appel contre une ordonnance de référé, alors qu'en vertu de la loi n° L/95/021/CTRN du 6 juin 1995 portant organisation de la justice en République de Guinée, modifiée par la loi n° L/98/014/AN du 16 juin 1998, la compétence est dévolue à la cour d'appel statuant en formation collégiale. L'arrêt rendu a été cassé pour ce motif).

¹⁴⁰ B. DIALLO, op cit.

¹⁴¹ B. DIALLO, op. cit.

internes »¹⁴², et pourtant cela est « inévitable dès lors que le droit uniforme est en cause dans les moyens du pourvoi ; obliger la CCJA à renoncer à sa compétence en raison de la présence de telles questions préalables sur sa voie serait inconcevable ; en renvoyer l'examen aux juridictions du fond de l'État partie ne serait pas raisonnable en raison des lenteurs que cela entraînerait »¹⁴³. Quoi qu'il en soit, de vives critiques ont remis en question la jurisprudence de la Cour et son pouvoir d'évocation dont il a été souhaité une réforme, tout en proposant un partage de compétences avec les juridictions suprêmes nationales, ou à tout le moins une rétrocession de compétences à ces dernières en matière de contentieux d'application de la loi nationale. Car, « pour remplir intégralement sa mission d'interprète exclusif du droit Ohada, la CCJA doit veiller à ne pas trop s'immiscer dans les faits ou à ne pas empiéter dans le domaine de compétence du juge suprême national sur les questions relevant de son appréciation souveraine »¹⁴⁴.

2. Les solutions envisageables

L'harmonisation du droit des affaires dans plusieurs matières par le législateur Ohada a eu pour conséquence de dépouvoir les juges suprêmes nationaux de l'essentiel de leur contentieux au profit de la CCJA, celle-ci confortée par le pouvoir d'évocation à elle octroyé. L'analyse des critiques qui se sont élevées laisse penser que la question essentielle est moins celle de la résolution des pourvois mixtes que celle de la rétrocession ou de la redistribution des compétences entre les deux ordres de juridictions. Même si d'entrée de jeu on est tenté de dire comme le professeur Issa-Sayegh qu'il s'agit là d'un « problème d'autant plus épineux que l'exclusivité de la compétence de la CCJA est le pivot de la sécurisation judiciaire et qu'aucun compromis n'est concevable sans... compromettre cette finalité »¹⁴⁵, il est indéniable que le débat sur la question est indispensable.

Réunis à Lomé du 6 au 9 juin 2006 dans le cadre d'un colloque sur le thème *Rapports entre les juridictions de cassation nationales et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada*, les membres de l'Association africaine des Hautes juridictions francophones (AA-HJF) avaient, après avoir fait les constats ci-dessus, recommandé un certain nombre de solutions qui pour l'essentiel, avaient trait à la rétrocession de compétences aux juridictions suprêmes nationales en matière de droit communautaire Ohada, avec possibilité de recourir à la CCJA en cas de défaillance de la juridiction nationale. De toutes les propositions faites, celle qui a pu retenir l'attention consistait à ne saisir la CCJA qu'après épuisement des procédures internes, y compris celles de cassation, avec cependant quelques correctifs : les décisions rendues par les cours suprêmes nationales ne seraient exécutoires qu'une fois validées par la CCJA ; en cas de non-validation par la CCJA, celle-ci évoquerait l'affaire ; tout pourvoi en cassation devant une cour suprême nationale non vidé dans le délai de douze mois serait déféré à la CCJA.

¹⁴² J. ISSA-SAYEGH, « Le bilan jurisprudentiel du droit uniforme Ohada (Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles) », communication délivrée au 31^e congrès IDEF, Lomé 2008 : www.institut-idef.org.

¹⁴³ J. ISSA-SAYEGH, op. cit.

¹⁴⁴ B. DIALLO, op. cit.

¹⁴⁵ J. ISSA-SAYEGH, op. cit.

Le professeur Filiga Michel Sawadogo, dans une communication à l'occasion de la journée Ohada du Caire le 8 avril 2006¹⁴⁶, avait fait des propositions consistant entre autres dans la rétrocession aux juridictions suprêmes nationales des recours dans les affaires de moindre importance, faire de la saisine de la CCJA une option pour les parties, que la CCJA ne soit saisie qu'à titre préjudiciel et enfin définir les limites des compétences en cas de pourvoi mixte.

Tout récemment encore, Monsieur Seydou Ba¹⁴⁷, ancien président de la CCJA (1998-2005), suggérait de prendre en compte le critère fondé sur la prédominance. En d'autres termes, voir sur quelle norme est assise la question essentielle posée au juge de cassation pour déterminer la compétence.

S'il est évident que toutes les propositions jusqu'ici faites sont pertinentes, bien que difficiles à mettre en œuvre, il reste qu'une modification de l'article 14 du Traité s'impose pour prendre en compte la dualité de la norme juridique qui s'impose dans certains recours. Toute chose qui ne va pas sans interpellier sur la mise en œuvre du pouvoir d'évocation dont certains pensent qu'il ne devrait pas être un impératif, mais une faculté pour le juge qui pourrait souverainement apprécier l'opportunité d'y recourir ou pas, car lui seul « doit décider si les conditions de l'évocation sont réunies, en particulier, si l'affaire est susceptible de recevoir une décision définitive »¹⁴⁸. De ce fait, elle pourrait évoquer partiellement sur les questions touchant aux matières harmonisées, et renvoyer la cause aux juridictions internes en ce qui concerne le droit interne, d'une part, et refuser d'évoquer dans certains cas, notamment « lorsqu'elle estime que les juges internes seront mieux à même de rendre une décision satisfaisante sur le fond, en raison de la méconnaissance de l'état de la jurisprudence locale sur des questions dont elle n'a pas la totale maîtrise »¹⁴⁹, d'autre part.

Pour notre part, la solution aux pourvois mixtes n'est pas aisée compte tenu de la complémentarité entre la norme communautaire et les législations nationales, même si elles ne sont pas harmonisées dans l'espace Ohada. De la sorte, il nous paraît extrêmement difficile, voire périlleux de sectionner ou compartimenter les contentieux pour donner à chaque ordre de juridiction la compétence qui lui revient dans une même affaire. Les parties feraient certainement face, entre autres, à des surcoûts et à des difficultés d'exécution des décisions en définitive obtenues. Nous pensons dès lors que des solutions pourraient être trouvées ailleurs que dans le sectionnement des contentieux.

Ainsi, comme le proposait déjà le professeur Sawadogo, on pourrait rétrocéder aux juridictions suprêmes nationales les recours concernant les affaires de moindre importance. Concrètement, on pourrait dire qu'en matière de recouvrement de créances, que ce soit par la procédure de recouvrement simplifié ou par celle des voies d'exécution, lorsque le montant de la créance est en dessous d'un certain montant (20 millions de F CFA par exemple), le pourvoi relève de la juridiction nationale de cassation. Une telle

¹⁴⁶ F. M. SAWADOGO, « Présentation de l'Ohada : Organes de l'Ohada et Actes uniformes », cité par F. ONANA ETOUNDI et P. BOUBOU, op. cit.

¹⁴⁷ Intervention à l'occasion des journées Portes ouvertes de la CCJA tenues à Abidjan les 10, 11 et 12 décembre 2013 sur le thème : « la CCJA au service des investissements ».

¹⁴⁸ B. DIALLO, op.cit., p. 76.

¹⁴⁹ B. DIALLO, op. cit., p. 77.

disposition a le mérite de désengorger la Cour¹⁵⁰ et de permettre aux juridictions nationales de retrouver au moins en partie leur compétence en matière de droit communautaire. En effet, de même que dans certaines législations nationales¹⁵¹ de l'espace Ohada le second degré de juridiction est supprimé pour certaines affaires, l'Organisation pourrait supprimer le recours à la CCJA pour ces affaires qu'elle juge inutilement encombrantes.

Dans les affaires aux intérêts plus importants, la Cour statuerait comme elle l'a fait jusqu'ici. Seulement, il conviendrait dès à présent de mettre sur pieds un mécanisme de coopération entre les ordres de juridiction de façon à ce que des concertations périodiques puissent se tenir pour faire l'état de la jurisprudence communautaire. Il est d'ores et déjà impératif de mettre sur pieds au sein de la Cour une banque centrale de données législatives et jurisprudentielles à jour qui fournirait l'état de la législation et de la jurisprudence dans chaque État partie, de sorte que le juge suprême communautaire qui doit vérifier l'application d'une loi nationale ou évoquer puisse être suffisamment renseigné, le cas échéant.

¹⁵⁰ Une bonne partie du contentieux de la CCJA porte sur le recouvrement simplifié des créances et les voies d'exécution, les intérêts en jeu allant de 0 F CFA à X F CFA. Il se trouve que des dossiers de saisie conservatoire ou de saisie attribution portant sur 500 000 FCFA ou 1 000 000 FCFA posent des problèmes complexes de droit qui entraînent une perte de temps énorme.

¹⁵¹ Les articles 5 et 6-2 du code ivoirien de procédure civile, commerciale et administrative disposent que les tribunaux de première instance et leurs sections détachées connaissent en premier et dernier ressort de toutes les demandes dont l'intérêt du litige n'excède pas 500 000 F (il est vrai que cette disposition, contraire à l'AUVE, ne s'applique plus).

LA CIRCULATION DES DÉCISIONS ET DES ACTES PUBLICS DANS L'ESPACE OHADA

Filiga Michel SAWADOGO

Agrégé des facultés de droit, ancien doyen, ancien recteur
Université de Ouaga II

D'emblée, il paraît utile d'apporter quelques précisions relativement aux termes et expressions utilisés dans la formulation du thème.

Pour commencer par l'expression finale, l'espace Ohada est celui constitué par les dix-sept États membres de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Ohada)¹⁵². Son traité constitutif a été adopté à Port-Louis (Maurice) le 17 octobre 1993 et révisé à Québec au Canada le 17 octobre 2008. L'Ohada vise à promouvoir le développement économique et social des États parties à travers la promotion d'un droit régional des affaires, unique, moderne et adapté, à même d'assurer la sécurité juridique et judiciaire favorable aux investissements. L'Ohada a fêté son 20^e anniversaire à Ouagadougou du 10 au 17 octobre 2013, ce qui lui a donné l'occasion de faire son bilan et de dégager des perspectives pour plus d'effectivité et d'efficacité dans ses règles, institutions et actions en faveur du développement¹⁵³.

Concernant la notion de décisions, l'on s'intéressera principalement aux décisions judiciaires (jugements et arrêts des cours et tribunaux) des États tranchant un litige qui traduit une opposition entre des prétentions fondées sur un droit, surtout dans le domaine du droit privé. L'on y comprendra aussi, en raison de l'importance particulière de la matière de l'arbitrage en droit Ohada¹⁵⁴, les sentences arbitrales¹⁵⁵ qui sont des décisions

¹⁵² Les États membres de l'Ohada sont les suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée (Conakry), Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo et, depuis le 13 juillet 2012, la République démocratique du Congo.

¹⁵³ On note à cet égard la tenue du colloque de Ouagadougou les 10 et 11 octobre 2013 sur le thème *Ohada, 20 ans déjà : Bilan et perspectives*. Nous y avons présenté une communication sur « Les activités normatives de l'Ohada : Bilan et perspectives ».

¹⁵⁴ Ce qui frappe dès le premier abord du système juridique Ohada, c'est la place de choix accordée à l'arbitrage. Ainsi, dès son préambule, le Traité du 17 octobre 1993, relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, fait état dans ses considérants du désir des Hautes parties contractantes « de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ».

rendues par une justice privée, qui est censée avoir des qualités que ne possède pas la justice étatique¹⁵⁶.

Relativement aux actes publics, ceux-ci sont divers : actes des autorités administratives, actes des notaires, actes extrajudiciaires, ... Souvent se pose la question de la distinction de l'acte administratif et de la décision. On peut considérer l'acte public comme « l'intervention d'un organe étatique, destinée à produire des effets juridiques de droit privé, mais ne prenant pas la forme d'une décision au sens strict, c'est-à-dire ne comportant pas l'affirmation expresse, pourvue d'une autorité propre, de l'existence d'un état de droit »¹⁵⁷. En général, les codes de procédure et les conventions ne visent, relativement à l'exequatur, que les actes authentiques dont le prototype semble être l'acte notarié.

Au total, les développements s'en tiendront aux décisions judiciaires et aux sentences arbitrales, principalement celles relevant des matières civiles et commerciales, le régime des autres actes publics étant seulement évoqué car retenant moins souvent l'attention de la doctrine.

Quant à la circulation des décisions et des actes publics dans l'espace Ohada, il s'agit de savoir dans quelle mesure et dans quelles conditions les décisions judiciaires mais aussi les sentences arbitrales rendues dans un État donné de l'espace Ohada sont reconnues et peuvent bénéficier de l'exécution forcée, s'il y a lieu, dans un autre État de l'Ohada, ce qui soulève, entre autres, la question de la compétence internationale des juridictions d'un État donné ainsi que celle de la reconnaissance ou de l'exequatur des décisions judiciaires rendues à l'étranger.

En pratique, il n'y a pas de coordination des règles adoptées par les États en la matière, lorsqu'il n'y a pas une convention ou des règles communautaires qui lient les États concernés – celui où la décision a été rendue et celui où elle doit être exécutée. De ce fait, il est à souligner que les règles nationales par lesquelles un État détermine la compétence internationale de ses juridictions n'ont pas pour objet de procéder à une répartition des compétences entre les différents États. De plus, il revient à chaque État de fixer les conditions procédurales et de fond auxquelles il soumet l'efficacité des jugements et arrêts étrangers.

¹⁵⁵ La sentence arbitrale est l'acte de l'arbitre ou du tribunal arbitral qui tranche de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui lui a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un motif de procédure qui le conduit à mettre fin à l'instance. V. dans ce sens P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1352.

¹⁵⁶ L'arbitrage serait plus rapide, de meilleure qualité, moins onéreux... Son véritable avantage est d'aboutir à une justice autre que la justice étatique, une justice plus discrète, rendue en équité dans certains cas et sans observation des règles ordinaires de procédure et permettant, dans une certaine mesure, le maintien des relations d'affaires entre les parties litigantes.

¹⁵⁷ P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 7^e éd., 2001, n° 468. Le *Vocabulaire juridique* Capitant fait état d'actes dont la teneur est nécessairement dévoilée, soit à plusieurs officiers ministériels, soit à l'un d'eux en présence de témoins (comme le testament public) ou, plus vaguement, de l'acte dressé par une autorité publique.

L'intérêt du thème tient en ce qu'il permet de mesurer l'efficacité des décisions rendues dans un État de l'espace Ohada dont l'exécution forcée est sollicitée dans un autre État du même espace. En l'absence de coordination des législations, notamment par voie de convention ou de règles communautaires¹⁵⁸, de nombreux risques se présentent quant à l'efficacité des décisions judiciaires rendues à l'étranger. D'abord, il y a un risque que des juridictions de deux ou plusieurs États différents se reconnaissent compétentes pour trancher le même litige, avec le développement d'instances parallèles devant des juridictions d'ordres juridictionnels différents. Ensuite, même si le cas est rare, il se peut qu'aucune des juridictions saisies ne se reconnaisse compétente pour trancher le litige ; enfin, et c'est le problème le plus fréquent, la décision obtenue à l'étranger peut ne pas être reconnue ou se voir refuser l'exequatur. À cela s'ajoute l'incertitude qui entoure l'ensemble de la question, notamment de l'ordre juridictionnel qui sera appelé à connaître du litige jusqu'à ce que celui-ci soit porté devant la juridiction d'un État, ainsi qu'un risque lié au *forum shopping*. Le *forum shopping* est la possibilité qu'offre à un demandeur la diversité des règles de compétence internationale de saisir les tribunaux du pays appelé à rendre la décision la plus favorable à ses intérêts¹⁵⁹. Il n'a pas nécessairement un caractère frauduleux. En effet, dans les relations internationales, il n'est pas rare que des tribunaux de plusieurs États soient compétents pour connaître du même litige. Le plaideur qui dispose de tribunaux compétents de plusieurs États va opérer son choix « au vu des multiples implications qui s'attachent à la localisation du for choisi »¹⁶⁰.

Tout ceci peut mettre à mal les droits de la personne qui a obtenu un jugement à l'étranger. Celle-ci peut être obligée de reprendre à zéro, dans l'État où l'exequatur est sollicité, la procédure qui avait connu son aboutissement à l'étranger, si du moins les juridictions de cet État sont internationalement compétentes. Ceci est particulièrement choquant quand un processus d'intégration, économique¹⁶¹ ou juridique, comme c'est le cas avec l'Ohada, est engagé¹⁶².

¹⁵⁸ Cette affirmation est à nuancer car il existe des règles de compétence internationale directe dans certaines matières, comme en matière de contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR, art. 27).

¹⁵⁹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique* Capitant, PUF, 2007.

¹⁶⁰ M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 3^e éd. 2011, n° 378. Selon ces auteurs, « pour juguler les effets nuisibles du forum shopping, et moraliser les comportements procéduraux, les meilleurs moyens sont de fixer des règles de compétence judiciaire internationale rigoureuses, de contrôler la recevabilité de certaines formes d'action et de prévoir des techniques particulières de règlement des conflits de procédures ».

¹⁶¹ En matière d'intégration économique, on note l'existence : en Afrique de l'Ouest de l'Union économique et monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA) et de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) ; en Afrique centrale de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), de la Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC) et de la Communauté économique des pays des Grands Lacs (CEPGL).

¹⁶² V. sur l'ensemble de la question, P. MEYER, « La circulation des jugements en Afrique de l'Ouest francophone », *Revue burkinabè de droit*, n° spécial 20^e anniversaire, 2^e semestre 2001. V. également les actes du colloque organisé par le centre d'études européennes et de l'intégration

Il convient d'examiner succinctement la situation du droit positif des États parties au Traité de l'Ohada ainsi que celle du droit unifié Ohada, encore lacunaire sur ce point, qui ne sont pas satisfaisantes, même si des avancées sont à relever. Cela invite à tenter une esquisse des évolutions souhaitables.

I. L'ÉTAT DE LA QUESTION

À l'analyse, la situation est peu satisfaisante de manière générale dans la mesure où aucun traitement de faveur ne découle de l'appartenance des États au même espace juridique que constitue l'Ohada. Celle-ci a cependant partiellement résolu le problème en ce qui concerne la CCJA et même celui des sentences arbitrales d'une manière générale¹⁶³.

A. LA SITUATION PEU SATISFAISANTE AU NIVEAU DES ÉTATS

En raison de l'apparement juridique de la plupart des États parties au Traité de l'Ohada, la manière dont la question se pose et les réponses qu'elle reçoit sont en général similaires ou proches. En la matière, ce sont les règles du droit interne qui reçoivent application, sauf si l'on se trouve en présence d'une convention internationale.

1. En l'absence de convention

La première remarque importante est que de nombreux États ouest africains n'ont aucune législation sur l'efficacité des jugements étrangers. L'absence de législation et de jurisprudence publiée et connue rend incertain et quasiment divinatoire le sort susceptible d'être réservé aux décisions judiciaires étrangères dans ces pays. Une telle insécurité juridique n'est évidemment pas de nature à favoriser la circulation des jugements¹⁶⁴.

La deuxième est que la procédure d'exequatur est exigée pour l'exécution forcée des jugements et arrêts rendus par les cours et tribunaux étrangers, ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Cette exigence est retenue par tous les codes de procédure civile et/ou d'autres textes des États parties au Traité de l'Ohada, lesquels n'opèrent aucune distinction entre les États parties au Traité de l'Ohada et les États tiers.

les 16 et 17 décembre 1999 sur *La libéralisation des échanges dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA*, Ouagadougou, Publications du CCEI, 2000.

¹⁶³ Sur le droit de l'arbitrage dans l'Ohada, V. P. FOUCHARD (dir.), *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Dupuy pour le droit et le développement, Bruylant, 2000 ; G. KENFACK-DOUAIJI et Ch. IMHOOS, « L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du traité », *Rev. camerounaise de l'arbitrage* 1999, n° 5 ; Ph. LE BOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. Arb.* 1999, p. 541 et s. ; P. MEYER, « L'acte uniforme de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *RDAL* 1999, p. 629 et s. ; P. MEYER, « Commentaire de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage et du règlement d'arbitrage de la CCJA », in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2012, p.129 ; F. M. SAWADOGO, « Le droit Ohada de l'arbitrage : principes essentiels et perspectives d'application », *Mélanges Yves Guyon : Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 963.

¹⁶⁴ P. MEYER, op. cit., n° 2.

À titre d'exemple, au Burkina Faso, il ressort des dispositions du code des personnes et de la famille (CPF)¹⁶⁵, adopté en 1989, et du code de procédure civile (CPC)¹⁶⁶, adopté en 1999 qui renvoie au premier, que sous réserve des accords et traités internationaux, les jugements et actes publics étrangers ne peuvent avoir force exécutoire au Burkina Faso sans l'exequatur. Il en est de même dans de nombreux États de l'espace Ohada comme le Bénin et le Sénégal. Le droit Ohada n'a pas écarté l'exigence de l'exequatur, de sorte qu'une décision rendue par une juridiction d'un État partie au Traité de l'Ohada, même appliquant le droit Ohada, doit être revêtue de l'exequatur avant son exécution au Burkina Faso comme dans les autres États parties au Traité de l'Ohada.

Les règles de procédure retenues par les législations des États parties sont celles que l'on retrouve couramment dans d'autres États du monde. À titre d'exemple, au Burkina Faso, l'exequatur, auquel il faut assimiler la reconnaissance sur le plan des conditions exigées, est traité par le code de procédure civile, dont on trouve des équivalents dans les codes des États parties au Traité de l'Ohada¹⁶⁷, dans ses articles 668 à 672 qui doivent être complétés par les articles 993 à 1001 du CPF auxquels ils renvoient¹⁶⁸.

Il résulte de ces codes burkinabè que l'exequatur des décisions contentieuses et gracieuses rendues en toutes matières par les juridictions étrangères est accordé par le tribunal de grande instance du lieu où l'exécution doit être poursuivie¹⁶⁹. Le tribunal est saisi par requête et statue contradictoirement, la partie contre laquelle l'exécution est demandée étant appelée à comparaître par le greffier. La demande est instruite suivant la procédure abrégée. Au cours de l'instance, chacune des parties peut invoquer, à l'appui de sa demande, les moyens, exceptions et fins de non-recevoir postérieurs à la décision. Il est précisé que l'exequatur peut être accordé partiellement pour l'un seulement ou plusieurs des chefs de la décision invoquée et que le jugement d'exequatur, qui n'a d'effet qu'entre les parties à l'instance, ne peut faire l'objet que d'un recours en cassation.

¹⁶⁵ Articles 993 à 1001 regroupés dans une section intitulée : « De la reconnaissance et de l'exécution des décisions judiciaires et des actes publics étrangers ».

¹⁶⁶ Articles 668 à 672.

¹⁶⁷ V. à titre d'exemple : au Bénin, la loi du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille en République du Bénin dont les dispositions relatives à la circulation des décisions et actes publics ont été reprises le code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes (CPCCSAC) qui a fait l'objet de la loi n° 2008-07 du 28 février 2011 ; au Cameroun, plusieurs lois dont la loi n° 75/18 du 8 décembre 1975 relative à la reconnaissance des sentences arbitrales rendues dans le cadre de la convention du 18 mars 1965 ; en Côte d'Ivoire, le code de procédure civile, commerciale et administrative adopté par la loi n° 72-833 du 21 décembre 1972 (art. 224 à 250) ; au Gabon, le code de procédure civile adopté par l'ordonnance n° 1/77/PR du 2 février 1997 (art. 967 à 971) ; au Niger, il n'y a pas encore de code de procédure civile, de sorte que c'est le vieux code Bouvenet qui s'y applique, cependant, un projet de code de procédure civile a été élaboré ; au Sénégal, le code de procédure civile issu du décret n° 64-572 du 30 juillet 1964.

¹⁶⁸ Dans le CPF burkinabè, ces articles forment une section intitulée : « De la reconnaissance et de l'exequatur et de l'exécution des décisions judiciaires et des actes publics étrangers ».

¹⁶⁹ Un avant-projet de loi confie la compétence en matière d'exequatur des sentences arbitrales au tribunal de commerce en lui impartissant de courts délais pour se prononcer.

Les conditions d'octroi de l'exequatur ou de la reconnaissance, prévues par le CPF burkinabè¹⁷⁰ sont les suivantes :

- la décision doit être passée en force de chose jugée et susceptible d'exécution dans l'État d'origine et y réunir toutes les conditions nécessaires à son opposabilité (la signification doit avoir été faite à la personne contre laquelle l'exécution est demandée) ;
- la décision doit avoir été rendue par une juridiction internationalement compétente ; tel est le cas : s'il n'existe pas en la matière de compétence exclusive des juridictions burkinabè ; si le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont le juge a été saisi ; si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux.

La reconnaissance ou l'exequatur doit être refusé dans les cas suivants :

- la décision étrangère est incompatible avec les principes de l'ordre public burkinabè ;
- si les parties n'ont pas été régulièrement citées ou déclarées défaillantes, ou si elles n'ont pas pu être régulièrement représentées ou faire valoir leurs moyens ;
- si un litige entre les mêmes parties et ayant le même objet est pendant devant une juridiction burkinabè antérieurement saisie ou y a déjà été jugé ou a donné lieu à une décision judiciaire dans un autre État pour autant que cette dernière puisse être reconnue au Burkina.

Parmi les conditions ci-dessus, celle tenant à la compétence internationale de la juridiction qui a prononcé la décision en cause appelle des précisions. Pour la quasi-totalité des États, ce sont les règles de compétence territoriale interne qui sont transposées au niveau international. Si en France, c'est la jurisprudence qui a consacré une telle règle, dans certains États parties au Traité de l'Ohada, la règle découle de la loi. Ainsi, selon l'article 988 du CPF burkinabè, « les règles internes de compétence territoriale déterminent, sauf disposition contraire, la compétence internationale des juridictions et des autorités administratives burkinabè ». Une telle manière de procéder fait l'objet de discussions mais celles-ci ne semblent pas présenter d'intérêt. En effet, elle donne dans l'ensemble satisfaction puisqu'il s'agit dans les deux cas de la recherche d'une juridiction accessible aux plaideurs et du souci d'assurer une bonne administration de la justice. Des auteurs relèvent que « l'emprunt fait aux règles de compétence territoriale permet donc de faire d'une pierre deux coups : déterminer la compétence générale des tribunaux français et désigner le tribunal français spécialement compétent »¹⁷¹. Du reste, on peut se demander s'il est possible de faire autrement, même au regard du contenu des conventions internationales.

Toutefois, des aménagements peuvent s'avérer nécessaires, notamment pour éviter le déni de justice¹⁷². Dans la mise en œuvre, on distingue les règles de compétence judiciaire

¹⁷⁰ Le CPF béninois semble reprendre substantiellement les règles du CPF burkinabè adopté plus de 13 ans avant lui.

¹⁷¹ M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, n° 440.

¹⁷² « Il faut faire de la circonstance qu'aucun tribunal étranger n'est pratiquement saisissable une cause autonome de compétence des tribunaux français. Telle est bien semble-t-il la position de la

internationale directe des règles de compétence judiciaire internationale indirecte. Les premières servent à déterminer l'aptitude des tribunaux du for à connaître d'une action directement portée devant eux. Les secondes servent à la reconnaissance ou à l'exequatur d'un jugement prononcé à l'étranger. Certaines règles de compétence directe sont exclusives et/ou impératives.

Les règles ci-dessus évoquées s'appliquent, sauf si l'on se trouve en présence d'une convention.

2. En présence d'une convention

En raison du principe de la supériorité des traités et accords internationaux sur les lois internes, au moins celles non constitutionnelles, les règles ci-dessus citées ne s'appliquent pas en présence de dispositions conventionnelles en la matière. Ce sont ces dernières qui doivent recevoir application. Mais, en général, elles ne dispensent pas de l'exequatur. Elles prévoient seulement une procédure simplifiée d'exequatur qui, à l'analyse, ne diffère pas du droit commun.

Au titre des conventions intervenues en la matière et intéressant les États de l'Ohada, on peut relever :

- la convention générale de coopération en matière de justice signée à Tananarive le 12 septembre 1961 entre les États membres de l'ex OCAM (Organisation commune africaine et malgache) ;
- l'accord de coopération en matière de justice entre la République française et la République de la Haute-Volta, actuel Burkina Faso, signée à Paris le 24 avril 1961 ; l'accord de coopération en matière de justice entre la France et le Dahomey (Bénin) signé le 27 février 1975 ; il est à noter que de semblables conventions lient la France à la plupart des États parties au Traité de l'Ohada, voire à tous¹⁷³ ;
- la convention générale de coopération en matière judiciaire entre la Haute-Volta (actuel Burkina Faso) et la République du Mali, signé à Ouagadougou le 23 novembre 1963 ;
- la convention relative à la coopération en matière judiciaire entre les États membres de l'Accord de non-agression et d'assistance en matière de défense, signé à Nouakchott le 21 avril 1987 ;
- la convention de coopération et d'entraide en matière de justice entre les États membres du Conseil de l'Entente, signée en 1997.

La procédure retenue par ces conventions ne diffère pas sensiblement de celles prévues par les législations internes des États parties au Traité de l'Ohada. Il en est ainsi des conventions liant la plupart des États parties à la France. Lorsque les conditions sont remplies, en général la reconnaissance n'exige pas une décision. L'exequatur, quant à lui, est requis pour l'exécution forcée et est accordé par le tribunal de première instance ou la

jurisprudence. Encore faut-il toutefois que le litige présente certains liens avec la France... » (P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 7^e éd., 2001, n° 288).

¹⁷³ Pour le Cameroun, V. l'accord de coopération en matière de justice entre le gouvernement de la République unie du Cameroun et le gouvernement de la République française signée à Yaoundé le 21 février 1974.

juridiction équivalente. Il est probable que les règles de ces conventions ont dû inspirer les législations internes en la matière. Selon la terminologie habituellement utilisée, il s'agit de traités simples, c'est-à-dire qui organisent seulement la reconnaissance et l'exécution des décisions mais ne règlent pas la compétence internationale directe des juridictions des États parties. La question de l'applicabilité de ces conventions se pose : la convention ANAD parce qu'elle n'a pas été ratifiée par tous les États, condition de son entrée en vigueur ; la convention OCAM parce que l'OCAM n'existe plus depuis belle lurette, si bien que certains États la considèrent comme tombée en désuétude tandis que d'autres l'appliquent. Un auteur note « la sévérité des conditions posées à la reconnaissance par les conventions OCAM et ANAD », ce qui entraîne que « le droit commun de la reconnaissance et de l'exequatur de certaines législations d'États parties se montre plus souple que le droit conventionnel »¹⁷⁴. Dans un tel cas, on se demande s'il ne conviendrait pas d'appliquer le droit commun dans la mesure où les conventions ont pour finalité de faciliter l'obtention de la reconnaissance et de l'exequatur.

Sur un plan d'ensemble, ces conventions contiennent souvent des règles satisfaisantes relatives à la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales, lesquelles ne diffèrent pas sensiblement de celles relatives aux décisions des juridictions étatiques, d'une part ; à l'exequatur des actes notariés, d'autre part.

L'exigence de l'exequatur ne concerne pas les décisions de la CCJA ni les sentences rendues sous son égide.

B. LA SITUATION SATISFAISANTE POUR LES ARRÊTS DE LA CCJA ET LES SENTENCES ARBITRALES

Le Traité de Port-Louis prévoit, dans ses articles 20 et 25 complétés par le règlement de procédure de la Cour ainsi que le règlement d'arbitrage de celle-ci, deux régimes de faveur au profit des décisions rendues par la CCJA et des sentences arbitrales rendues sous son égide, c'est-à-dire en application de son règlement d'arbitrage, étant précisé que le rôle de la Cour en tant que juridiction de cassation ne se confond pas avec son rôle de centre d'arbitrage¹⁷⁵. Est également satisfaisant le régime de droit commun applicable aux sentences arbitrales.

1. Le régime des arrêts et des sentences de la CCJA

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. Le règlement de procédure de la Cour précise que chaque État désigne l'autorité nationale chargée d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la Cour après un contrôle d'authenticité. Ainsi, au Burkina Faso, le décret régissant la question indique que le greffier en chef de la Cour de cassation est chargé d'apposer la formule exécutoire sur les

¹⁷⁴ P. MEYER, « La circulation des jugements en Afrique de l'Ouest francophone », op. cit., n° 10.

¹⁷⁵ La CCJA joue en matière d'arbitrage un rôle comparable à celui de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) de Paris. À ce titre, elle ne tranche pas elle-même le litige ; elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance, examine les projets de sentence et peut proposer des modifications de pure forme.

arrêts et les sentences arbitrales rendus par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada et que la formule exécutoire est apposée sur les arrêts de la Cour sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre¹⁷⁶. Malheureusement, seuls six États ont désigné l'autorité chargée d'apposer la formule exécutoire¹⁷⁷. La pratique montre que l'autorité désignée est le greffier en chef tantôt de la cour d'appel de la capitale, tantôt de la cour suprême ou de la cour de cassation, tantôt du tribunal régional du lieu de l'exécution.

S'agissant des sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage CCJA, organisé par le Traité et par son règlement d'arbitrage du 11 mars 1999, il revient à la Cour de leur accorder l'exequatur. Celle-ci est acquise sauf dans les cas prévus à l'article 25 du Traité, à savoir l'absence ou la nullité de la convention d'arbitrage, le non-respect des missions, la procédure non contradictoire, la sentence contraire à l'ordre public international. Elle accorde l'exequatur aux sentences rendues conformément au traité. La sentence ainsi exequaturée n'a besoin dans les États parties, comme pour les arrêts de la Cour, que de l'apposition de la formule exécutoire par l'autorité nationale compétente. Les États ayant désigné cette autorité en matière d'arbitrage sont encore moins nombreux que ceux l'ayant fait pour les arrêts de la Cour, comme s'il y avait une certaine opposition au mécanisme retenu qui dispense de l'exequatur. C'est un régime différent mais acceptable qui est prévu pour les sentences autres que celles rendues sous l'égide de la CCJA.

2. Le droit commun des sentences arbitrales

Le régime organisé par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, dans ses articles 30 à 34, paraît également satisfaisant. Ceci a pour conséquence de conférer aux sentences rendues dans les États parties ou dans des États tiers un meilleur traitement par rapport aux décisions judiciaires rendues dans les États parties. Ce mécanisme fait appel aux règles d'octroi et des conditions doivent être remplies.

S'agissant des règles applicables pour l'octroi de la reconnaissance et de l'exequatur des sentences arbitrales, l'article 34 invite à opérer la distinction suivante :

- la reconnaissance et l'exequatur des sentences rendues sur le fondement des règles uniformes sont soumis aux conditions posées par l'Acte uniforme, lesquelles sont libérales ;
- la reconnaissance et l'exequatur des sentences rendues sur le fondement de règles différentes : ils ont lieu, dans les États parties au Traité de l'Ohada, dans les conditions prévues par les conventions internationales éventuellement

¹⁷⁶ Décret n° 2003-528 du 10 octobre 2003 portant désignation de l'autorité chargée d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage et sur les sentences arbitrales rendues en application du règlement d'arbitrage de la Cour et de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (J.O.BF. du 23 octobre 2003, p. 1536).

¹⁷⁷ Un point obtenu auprès du Secrétariat permanent de l'Ohada indique que cinq États ont satisfait à l'obligation d'indiquer quelle est l'autorité nationale chargée d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la CCJA : Bénin (loi de 2008), Burkina Faso (décret de 2003), Cameroun (décret de 2002), Sénégal (CPC, art. 787), Tchad (CPC, art. 235). Nos contacts nous ont permis de relever que le Niger a pris à cet effet un arrêté inédit de 2005.

applicables¹⁷⁸ et, à défaut, dans les mêmes conditions que celles prévues par l'Acte uniforme.

Au titre des conditions, la reconnaissance et l'exequatur sont soumis aux mêmes exigences. Il faut d'abord établir l'existence de la sentence. Celle-ci « est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité » (AUA, art. 31, al. 2). L'Acte uniforme ajoute que si ces pièces ne sont pas rédigées en langue française, la partie demanderesse devra en produire une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts établie par les juridictions compétentes (AUA, art. 31, al. 3). Il faut ensuite que la sentence ne soit pas manifestement contraire à une règle d'ordre public international des États parties. On ne peut manquer d'être frappé par l'incongruité de la référence à « l'ordre public international des États parties » dès lors que l'on se trouverait devant une sentence rendue sur la base d'un arbitrage purement interne dont l'exequatur est requis dans l'État où la sentence a été rendue, ce qui devrait être le cas le plus fréquent.

Des voies de recours directs ou indirects sont prévues explicitement en ce qui concerne l'exequatur mais, étant donné l'assimilation observée plus haut avec la reconnaissance, elles peuvent être considérées *mutatis mutandis* comme s'appliquant à celle-ci. Dans ce sens, la décision qui refuse l'exequatur n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la CCJA. Celle qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours mais indirectement le recours en annulation de la sentence permet de contester l'exequatur. Indirectement, ce sont ainsi des conditions de l'exequatur¹⁷⁹. Il faut souligner que cette voie de recours, ouverte dès le prononcé de la sentence, n'expire que dans le délai d'un mois courant à compter de la signification de la sentence munie de l'exequatur. C'est

¹⁷⁸ Il s'agira souvent, pour les conventions ratifiées par la plupart des États parties, de la convention du 18 mars 1965 signée à Washington et relative aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ou de la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958. V. pour un cas d'application de cette dernière convention le jugement commercial contradictoire n° 581 du 13 juin 2001 rendue par le tribunal de grande instance de Ouagadougou sur requête de la société des ciments d'Abidjan. Le tribunal « constate qu'aucun des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence de l'article V de la convention de New York du 10 juin 1958 n'est établi » et, « en conséquence, accorde l'exequatur à la sentence arbitrale rendue le 17 août 1998 par la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris ».

¹⁷⁹ L'article 26 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage traitant de la question est ainsi libellé :

« Le recours en annulation n'est recevable que dans les cas suivants :

- si le Tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- si le Tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- si le Tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ;
- si le principe du contradictoire n'a pas été respecté ;
- si le Tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international des États signataires du Traité.
- si la sentence arbitrale n'est pas motivée ».

pourquoi le rejet du recours en annulation emporte de plein droit la validité de la sentence arbitrale ainsi que de la décision ayant accordé l'exequatur.

Au total, la situation est ambivalente : certains aspects sont satisfaisants tandis que d'autres laissent à désirer. Ce sont ces derniers qui appellent des améliorations dont les contours peuvent être précisés dans les perspectives d'évolution.

II. LES PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION

La situation peut et doit être améliorée, surtout lorsque l'on se trouve en présence d'un processus d'intégration juridique comme celui entrepris par l'Ohada depuis vingt-et-un ans, qui appelle véritablement l'instauration d'une « libre circulation des jugements ». L'action de l'Ohada serait lacunaire si on ne la ressentait pas sur ce terrain qui aurait dû retenir son attention depuis plus longtemps. Si on laisse de côté les techniques législatives à utiliser pour l'adoption des règles propres à améliorer la circulation des décisions dans l'espace Ohada, l'amélioration peut être obtenue au plan des solutions ou règles nouvelles à adopter. Celles-ci concernent essentiellement la compétence juridictionnelle ainsi que les règles régissant la reconnaissance et l'exequatur des décisions rendues à l'étranger, qui sont étroitement liées.

A. CONCERNANT LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE INTERNATIONALE

Pour l'essentiel, il convient de se demander quels fors retenir et, au cas où l'on retiendrait des fors exorbitants, de savoir en faire un traitement adéquat.

1. Le sort des différents fors

Au plan de la compétence juridictionnelle, deux recommandations semblent pouvoir être formulées. D'une part, il faut consacrer les fors considérés comme constituant des règles raisonnables favorisant une bonne administration de la justice, en particulier en évitant les conflits de compétence. Plus chaque État élargit les chefs de compétence de ses juridictions, plus le risque de conflits s'accroît. À titre d'exemple, on pourrait donner compétence aux juridictions de l'État du lieu : de réalisation du fait dommageable ; de situation de l'immeuble ; de conclusion ou d'exécution du contrat si les parties n'ont pas désigné la juridiction compétente ; du domicile ou, à défaut, de la résidence du défendeur en matière d'état des personnes et en matière personnelle ou mobilière... On note dans ce sens les conventions ANAD (art. 39 et 40) et OCAM (art. 38 et 39) dont les solutions semblent acceptables. Certes, ces conventions traitent de la compétence judiciaire internationale indirecte mais l'on sait qu'il y a des liens étroits entre celle-ci et la compétence judiciaire internationale directe. Il est souhaitable qu'il n'y ait pas trop de décalage entre les deux puisque la conséquence risque de multiplier les conflits de compétence et de se faire sentir négativement sur les reconnaissances et les exequatur.

D'autre part, il conviendrait d'abandonner les fors exorbitants, tels ceux fondés sur la nationalité de l'une des parties ou sur l'existence sur le territoire de biens appartenant au défendeur (for du patrimoine) ou encore sur la simple présence du défendeur sur le territoire. La question présente un intérêt pratique dans la mesure où de nombreux États de l'espace Ohada ont conservé dans leurs droits les articles 14 et 15 du code civil français. Ceux-ci donnent compétence aux juridictions françaises pour connaître des

litiges auxquels est partie un Français, en qualité de demandeur (art. 14) ou de défendeur (art. 15). Au Sénégal, l'article 853 du code de la famille dispose que « les tribunaux sénégalais sont également compétents dans les litiges entre étrangers lorsque le défendeur est domicilié au Sénégal ou lorsque l'élément de rattachement auquel se réfèrent les articles 34 à 36 du code de procédure civile pour donner compétence à un tribunal déterminé se trouve situé au Sénégal ». De tels fors ne s'expliquent pas par le souci de désigner les juridictions les mieux placées pour juger les litiges dont il s'agit mais plutôt la méfiance à l'égard des justices étrangères et la volonté de l'État qui a légiféré de permettre à ses ressortissants de se soustraire à la compétence de ces juridictions. Il s'agit également de leur éviter les inconvénients d'un procès à l'étranger comme la contrainte de déplacement et d'hébergement, la difficulté de connaissance de la langue et de l'état du droit étranger..., le tout pouvant être aggravé par les lenteurs judiciaires. Lorsque ce for bénéficie au défendeur, on peut penser qu'il est à protéger car il n'a pas pris l'initiative du procès. Mais une telle protection n'est pas indiquée lorsqu'il s'agit d'un mauvais débiteur qui refuse de respecter ses engagements.

2. Le traitement des éventuels fors exorbitants

Dans le cas où, à titre exceptionnel, de tels fors exorbitants seraient retenus – et de fait, il paraît difficile de les bannir totalement – il faudrait éviter d'exiger leur respect pour l'obtention de la reconnaissance ou de l'exequatur des décisions rendues à l'étranger. Un bon exemple peut être tiré du CPF burkinabè. Ainsi, l'article 990 de ce code prévoit que les juridictions burkinabè peuvent connaître de toute action, en matière de statut personnel, dans laquelle le demandeur ou le défendeur a la nationalité burkinabè. Mais il précise fort opportunément que, « sous la réserve exprimée à l'article 1000, cette compétence ne peut faire obstacle à la reconnaissance et à l'exequatur des jugements étrangers qui satisfont aux conditions de reconnaissance et d'exécution ». Dans le cas de la France, des auteurs relèvent que « l'exclusivisme des articles 14 et 15 est généralement regardé aujourd'hui comme dépassé. Et il est vrai que, si les autres États adoptaient la même attitude, l'inconvénient que l'on cherche à éviter à nos nationaux serait renforcé : ils ne pourraient plus invoquer les jugements obtenus en France, contre les étrangers, dans le pays de la nationalité de ceux-ci, et devraient donc porter leurs litiges devant les tribunaux étrangers »¹⁸⁰.

Les règles relatives à la compétence internationale des juridictions sont liées à celles concernant l'octroi de la reconnaissance ou de l'exequatur dont elles sont partie intégrante. Leur intérêt se manifeste dans ce cadre.

¹⁸⁰ P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., n° 376. Il faut souligner que la jurisprudence française récente consacre le caractère non exclusif des articles 14 et 15 du Code civil français. V. dans ce sens Civ. 1^{re}, 23 mai 2006 : *Bull. civ. I*, n° 254 ; Civ. 1^{re}, 22 mai 2007 : *Bull. civ. I*, n° 195. À titre d'exemple, il résulte de l'arrêt de 2006 que l'article 15 ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux.

B. LES RÈGLES DE LA RECONNAISSANCE ET DE L'EXEQUATUR

La question se pose sous l'angle du maintien de l'exigence de la reconnaissance et de l'exequatur ou d'une grande avancée dispensant de l'exequatur.

1. Le maintien des exigences actuelles

S'agissant de la reconnaissance et de l'exequatur, les dispositions en vigueur dans les États parties semblent acceptables, du moins pour les États qui en sont pourvus. Il est normal que des vérifications s'opèrent comme celle du respect d'un ordre public procédural minimum, qui suppose la citation régulière des parties, leur représentation et la possibilité de faire valoir leurs moyens. Mais l'ordre public ne doit pas servir de prétexte pour refuser de manière systématique la reconnaissance ou l'exequatur, d'autant qu'il est permis de penser qu'il est à peu près le même dans les États parties au Traité de l'Ohada. La vérification de la compétence internationale de l'État d'origine doit avoir pour but de s'assurer de l'existence d'un lien caractérisé entre le litige et l'État d'origine comme cela résulte de l'article 998 du CPF burkinabè qui exige que « le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont le juge a été saisi ». Elle ne doit pas exiger, à l'instar de la législation sénégalaise, une compétence internationale de l'État d'origine appréciée « selon les règles concernant les conflits de compétence admises au Sénégal » (CPC, art. 787 a). Ceci revient à poser, qu'en droit sénégalais, les règles de compétence internationale indirecte résultent d'une bilatéralisation des règles sénégalaises de compétence internationale directe¹⁸¹.

Il faudrait clarifier un certain nombre de situations, notamment la compétence territoriale interne pour connaître de ces questions, toutes les juridictions situées sur le territoire national n'étant pas familiarisées à ce type de questions. De même, des délais relativement courts devraient être imposés aux tribunaux pour rendre leurs décisions.

2. L'éventuelle suppression de l'exigence de l'exequatur

Si l'on prend en compte l'existence d'un processus d'unification du droit des affaires conduite par l'Ohada, on peut soutenir qu'il faudrait que les décisions rendues par les juridictions des États parties bénéficient d'un traitement de faveur, un peu comme celui accordé aux arrêts rendus par la CCJA qui n'ont pas besoin d'exequatur au sein des États parties mais seulement de l'apposition de la formule exécutoire. Tout au moins, il faudrait alléger les éléments de la vérification à faire avant l'octroi de l'exequatur par rapport aux décisions juridictionnelles des États hors de l'espace Ohada.

Mais le constat majeur est celui de la faible confiance faite aux juridictions des États parties. Ceci explique en grande partie la création de la CCJA. Dans ce sens, le professeur Meyer souligne fort pertinemment qu'« il est vain d'entreprendre quelque intégration que ce soit sans avoir, préalablement, consolidé la crédibilité et amélioré la qualité de la justice au plan national »¹⁸². Au regard de cette considération, il semble indiqué de retenir des règles classiques en la matière et de ne pas tenter d'étendre la règle applicable aux arrêts de la CCJA aux décisions des juridictions des États parties, ce qui serait

¹⁸¹ P. MEYER, op. cit., n° 7.

¹⁸² P. MEYER, op. cit., n° 25.

probablement l'objet d'un rejet unanime des États parties. Des efforts sont assurément à faire pour une plus grande crédibilité des décisions rendues par les juridictions des États parties car c'est là une condition de l'atteinte des objectifs de promotion du développement économique et social poursuivis par l'Ohada. La seule érection d'une haute juridiction de cassation qu'est la CCJA est insuffisante pour cela.

D'une manière plus générale, pour ne pas réinventer la roue, la riche expérience européenne pourrait servir de base au législateur Ohada dans son action de législation en ce domaine.

En conclusion, la circulation des décisions judiciaires et des sentences arbitrales dans l'espace Ohada a connu des avancées notables en ce qui concerne les arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage qui sont traités comme des décisions internes et qui, de ce fait, n'ont besoin que de l'apposition de la formule exécutoire dans les États parties, et des sentences rendues en application de son règlement d'arbitrage. Pour ces dernières, c'est la Cour qui leur accorde l'exequatur, de sorte que, au plan des États, il ne reste plus qu'à y apposer la formule exécutoire. Mais, et c'est là une grosse faiblesse, la plupart des États parties au Traité de l'Ohada n'ont pas indiqué l'autorité nationale chargée de l'apposition de la formule exécutoire, ce qui nuit à l'efficacité recherchée par le Traité et les textes pris pour son application.

Les règles régissant la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales, qu'elles soient rendues en application de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, d'une convention ou du droit d'un État hors de l'espace Ohada sont satisfaisantes, le contrôle prévu n'ayant rien d'exorbitant pour des décisions rendues par des personnes privées. C'est là que réside l'une des grandes faiblesses de l'Ohada qui accorde un traitement plus favorable aux sentences arbitrales qu'aux décisions rendues par les juridictions étatiques des États parties.

Concernant ces dernières, ce sont les règles internes de chaque État partie, pas toujours aisées à connaître ni bien claires lorsqu'elles sont de source jurisprudentielle comme c'est encore le cas de la plupart des États parties, ainsi que des conventions multilatérales dont on se demande si elles sont en vigueur, qui s'appliquent. C'est sur ce plan que l'Ohada peut faire des avancées en adoptant, au moins entre les États parties, des règles claires favorisant l'obtention de l'exequatur aussi bien concernant les règles de compétence juridictionnelle internationale que celles régissant les conditions de fond et de procédure pour l'obtention de l'exequatur. Il faudrait, entre autres, bannir les fors exorbitants tenant principalement dans la nationalité ou la résidence du demandeur ou du défendeur. Si certains sont néanmoins maintenus, ils ne devraient pas se voir conférer un caractère exclusif. La législation européenne, en raison de ses qualités et des objectifs poursuivis qui sont les mêmes que ceux de l'Ohada, pourrait servir de source d'inspiration¹⁸³.

¹⁸³ Le droit européen est passé par une phase conventionnelle, à savoir la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qui règle la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des jugements entre les pays de la Communauté européenne et la convention de Lugano du 16 septembre 1988 qui règle les mêmes questions entre les pays de la Communauté européenne et ceux de l'Association européenne de libre-échange (AELE, dans des conditions quasiment identiques à celles qui sont fixées entre pays de la CE par la convention de Bruxelles. Ceci témoigne de ce que la libre circulation des jugements ne suppose pas une intégration économique.

Quant aux formules techniques par lesquelles la nouvelle législation pourra être adoptée, on note que, dans l'espace Ohada, trois techniques ou procédures législatives se présentent :

- la loi ordinaire à élaborer et à adopter par chaque État partie ; si les règles sont pertinentes et bien appliquées, il en résultera une amélioration de la situation actuelle ;
- la loi-type ou loi-modèle à élaborer par l'Ohada et à proposer aux États pour adoption, avec ou sans modification, selon la procédure interne de chaque État partie ; l'harmonisation sera probablement plus étroite que dans la première hypothèse ; mais son adoption étant facultative, on peut craindre que les États observent une certaine léthargie plusieurs décennies plus tard, comme c'est le cas pour l'adoption des sanctions pénales applicables aux incriminations contenues dans les actes uniformes ainsi que l'indication de l'autorité compétente pour apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la CCJA et les sentences rendues en application de son règlement, lesquelles ont un caractère obligatoire ;
- l'adoption d'un acte uniforme dans les conditions prévues par le Traité ; cela aboutira à une heureuse unification des règles applicables en la matière.

Quelle que soit la procédure utilisée, il conviendrait sur la même lancée, pour faire complet, et dans la même loi ou dans le même acte, d'adopter des dispositions cohérentes et aussi complètes que possibles régissant les conflits de lois. Ces règles uniformes devraient dans la mesure du possible, cela semble préférable, concerner l'ensemble du DIP et non les seules questions relevant du droit des affaires. Mais l'acceptation de ces avancées et leur effectivité sont conditionnées par les actions de chaque État partie pour l'accroissement de la crédibilité de ses institutions judiciaires¹⁸⁴, ce qui semble constituer une tâche de longue haleine car, comme le relève un auteur, « les nombreux et graves dysfonctionnements, relevés en 1990 sont – hélas – toujours d'actualité. Plusieurs États africains ont cependant lancé des programmes et des projets de réhabilitation ou de réforme de la justice »¹⁸⁵.

Depuis plus d'une décennie, elle est passée à la phase des règlements. V. sur ce droit, M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, op. cit., notamment n° 18 et s.

¹⁸⁴ V. sur cette importante problématique notre article sur « L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives », op. cit.. Le cas du Burkina Faso a été exposé dans « L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone », in *Travaux du colloque de Maurice, Perspectives francophones*, AUPELF-UREF, 1994, p. 295 et *Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération*, mai-septembre 1995, p. 167.

¹⁸⁵ L'auteur cite le n° 156, numéro spécial que le périodique *Afrique contemporaine* a consacré à la Justice en Afrique en 1990.

LE RECOURS EN CASSATION DANS LES AFFAIRES SOULEVANT DES QUESTIONS RELATIVES À L'APPLICATION DES ACTES UNIFORMES DE L'OHADA¹⁸⁶

Ndiaw DIOUF
Agrégé des facultés de droit
Université de Dakar (UCAD)

La voix d'un seul État aujourd'hui est inaudible¹⁸⁷. Les États africains semblent avoir découvert la justesse de ces propos face à la mondialisation et à la globalisation des échanges avec les menaces qu'elles font peser sur les agents économiques exerçant leur activité dans le cadre des marchés étroits correspondant aux territoires balkanisés hérités de la colonisation. En effet, depuis quelques années, on note la création et le développement, en Afrique, d'organisations ayant pour objet la réalisation des objectifs d'intégration, qu'elle soit économique ou juridique. L'intégration économique se réalise dans le cadre d'organisations telles que l'UEMOA¹⁸⁸ ou la CEMAC qui se donnent pour mission de créer les conditions de réalisation d'un progrès économique de leurs États membres par le renforcement de la productivité et de la compétitivité des entreprises, la mise en place d'un marché commun ouvert et concurrentiel, l'élaboration de politiques communes dans les domaines du transport, des télécommunications, de l'énergie, etc. En ce qui concerne l'intégration juridique ou par les règles, elle se réalise principalement dans le cadre du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, adopté en vue de créer un véritable espace juridique commun constitué par le territoire des États parties. Les rédacteurs de ce Traité¹⁸⁹ ont eu pour ambition d'améliorer l'environnement

¹⁸⁶ L'auteur s'est inspiré pour réaliser la présente étude d'une communication qu'il avait présentée sur le thème « Le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé » lors des Journées organisées par la Cour suprême du Sénégal, la Cour de cassation et le Conseil d'État français.

¹⁸⁷ E. CEREXHE, Préface de l'ouvrage de L. IBRIGA, A. COULIBALY, D. SANOU, *Droit communautaire ouest-africain*, coll. Précis de droit burkinabé, 2008.

¹⁸⁸ L'Union économique et monétaire ouest africaine est instituée par un traité signé à Dakar le 10 janvier 1994 et entré en vigueur le 1^{er} août 1994. Elle regroupait à l'origine le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo. La Guinée-Bissau a adhéré postérieurement. V. L. IBRIGA, « L'UEMOA, une nouvelle approche de l'intégration économique régionale en Afrique de l'Ouest », *Annuaire africain de droit international*, 1998, p. 23 et s.

¹⁸⁹ Ce Traité a été adopté le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Île Maurice) à l'occasion de la Conférence des chefs d'État ayant en commun l'usage du français. Sur l'historique du Traité,

juridique des entreprises en mettant un terme à l'insécurité juridique mais aussi et surtout à l'insécurité judiciaire résultant, dans les pays signataires, de la vétusté et de la disparité des textes applicables. Pour cette raison, le Traité a prévu l'adoption d'actes uniformes directement applicables et obligatoires. À terme, il devrait y avoir une harmonisation, voire une unification des règles applicables aux sociétés commerciales, aux commerçants personnes physiques, aux difficultés des entreprises, à la vente commerciale, à la comptabilité des entreprises, à l'arbitrage, aux relations sociales, au recouvrement des créances et aux garanties des créanciers.

Comme l'a fait observer un auteur, il ne suffit pas d'assurer la sécurité juridique par l'uniformisation du droit des affaires ; il faut aussi, selon lui, « assurer la sécurité judiciaire de leur application »¹⁹⁰. C'est ce qui explique le souci d'assurer l'interprétation uniforme des textes par les juridictions nationales du fond qui appliquent en première instance et en appel les normes dérivées du Traité de l'Ohada. Pour assurer l'unité d'interprétation de ce nouveau droit, les rédacteurs du Traité ont mis en place une juridiction commune dénommée Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) qui se prononce sur les décisions rendues en dernier ressort dans les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et ils ont choisi le recours en cassation comme mode de saisine de cette juridiction.

L'article 14 du Traité et les dispositions du règlement de procédure de la CCJA¹⁹¹ qui fixent respectivement le domaine d'intervention de cette juridiction et les modalités de son fonctionnement comportent des règles dont la mise en œuvre ne devrait, a priori, poser aucun problème. Il est apparu pourtant, au fil de l'application que les problèmes de partage de compétence entre la CCJA et les juridictions nationales statuant en cassation¹⁹² ne sont pas rares, ce qui fait que les plaideurs ont parfois du mal à déterminer la juridiction habilitée à examiner leur pourvoi. Cette difficulté de rattachement du pourvoi (I) provoque un phénomène assez inhabituel : la juridiction saisie du recours en cassation est fréquemment amenée à se prononcer sur sa compétence, ce qui contribue à rendre ambigu le régime du recours en cassation dans les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes (II).

V. M. KIRSCH, « Historique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », *Penant* 1998, n° spéc., p. 129 ; L. BOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.* 1999, doct. p. 541 ; J. LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *RIDC* 1999, p. 543.

¹⁹⁰ J. ISSA-SAYEGH, « Le bilan jurisprudentiel du droit uniforme Ohada (Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles) », Communication au Congrès de l'IDEF, Lomé, 2008, Ohadata D-08-65.

¹⁹¹ Le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage a été adopté le 18 avril 1996 ; il a été publié au Journal officiel de l'Ohada n° 4 du 1^{er} novembre 1997, p. 9. Ce règlement vient d'être révisé (30 janvier 2014) par le Conseil des ministres de l'Ohada (V. *Journal officiel Ohada*, numéro spécial du 4 février 2014, p. 228).

¹⁹² Expression utilisée dans le Traité pour désigner les juridictions de cassation qui portent selon les États soit la dénomination de Cour suprême, soit celle de Cour de cassation.

I. UN RATTACHEMENT PROBLÉMATIQUE

La technique utilisée par le Traité pour assurer l'interprétation uniforme du droit communautaire est le pourvoi en cassation. L'article 14 du Traité qui est le siège de la question donne compétence à la CCJA pour statuer sur les pourvois dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort en application d'un acte uniforme. Ce texte, en apparence clair, semble avoir établi un partage net de compétence entre la CCJA et les juridictions nationales statuant en cassation (A). L'analyse des décisions rendues ces dernières années tant par la Cour commune que par les juridictions nationales statuant en cassation, révèle cependant que les conflits de compétence sont fréquents (B), ce qui montre que la délimitation n'est pas aussi précise qu'on aurait pu le penser.

A. DES PROBLÈMES DE PARTAGE DE COMPÉTENCE

L'article 14 du Traité qui donne compétence à la CCJA pour statuer sur les pourvois dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort en application d'un acte uniforme, réserve expressément le cas des pourvois dirigés contre les décisions appliquant une sanction pénale. Ce texte semble consacrer la compétence exclusive de la CCJA chaque fois que la décision rendue en application d'un acte uniforme est intervenue dans les matières non pénales et sa marginalisation au profit des juridictions nationales statuant en cassation lorsque la décision est intervenue en matière pénale.

1. Le rattachement du pourvoi formé en matière pénale à la juridiction nationale statuant en cassation

À la lecture de l'article 14 alinéa 3 *in fine*, on a l'impression que les pourvois en cassation en matière pénale doivent nécessairement être portés devant les juridictions nationales statuant en cassation et qu'ils ne peuvent, en aucun cas, être portés devant la CCJA, seraient-ils fondés sur un moyen tiré de la violation d'un acte uniforme. Une analyse plus attentive devrait cependant conduire à une position plus nuancée, car la solution n'est pas aussi tranchée qu'on pourrait le penser.

L'article 14 ne visant que les décisions qui appliquent une sanction pénale, que décider si la décision, bien que rendue en matière pénale, ne porte pas de condamnation ? La compétence de la CCJA doit-elle être exclue lorsque le pourvoi est dirigé contre une décision prononçant une relaxe à la suite d'une erreur de qualification ou contre une décision émanant d'une juridiction d'instruction qui n'a pas pour mission d'appliquer une sanction pénale mais de se prononcer sur l'existence ou non de charges justifiant le renvoi devant une juridiction de jugement ? Même à supposer que, dans le vocabulaire des auteurs du Traité, « décision prononçant une sanction pénale » soit synonyme de décision rendue en matière pénale, peut-on dire que la compétence de la CCJA doit nécessairement être écartée ? Il ne le semble pas.

Il est vrai que la juridiction nationale statuant en cassation est seule compétente lorsque le pourvoi tend à faire sanctionner les violations d'une règle de procédure (nullité d'un acte de procédure), la violation d'une règle de compétence ou la violation de l'obligation de motiver. Il est tout aussi vrai que le pourvoi tendant à faire censurer la violation de la norme de sanction ne peut être porté que devant les juridictions nationales statuant en cassation. Tel est le cas du pourvoi fondé sur la violation de la norme de sanction qui est

nécessairement la loi nationale : décision prononçant une peine complémentaire non prévue, décision prononçant une peine inférieure au minimum légal sans constater l'existence de circonstances atténuantes, décision prononçant une peine supérieure au maximum légal sans constater l'existence de circonstances aggravantes.

Mais peut-on écarter la compétence de la Cour commune lorsque le pourvoi est fondé sur la violation de la norme d'incrimination qui se trouve dans l'acte uniforme ? L'obligation d'évoquer et de statuer au fond en cas de cassation semble constituer un obstacle à la compétence de la CCJA même dans ce cas, d'autant plus que la Cour ne comporte pas de ministère public. Mais ne faut-il pas envisager la possibilité pour la CCJA de se prononcer sur l'interprétation de la disposition d'incrimination, quitte à renvoyer en cas de cassation à la juridiction nationale ? La même question se pose lorsque l'affaire pénale nécessite, pour être tranchée, qu'une affaire commerciale relevant normalement de la CCJA soit au préalable réglée¹⁹³.

Le rattachement des pourvois formés dans les matières non pénales à la CCJA suscite autant de difficulté.

2. Le rattachement à la CCJA des pourvois formés dans les matières non pénales

Il résulte de l'article 14 du Traité que le pourvoi est porté devant la Cour commune lorsqu'il est dirigé contre une décision rendue en dernier ressort dans une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes ou des règlements prévus par ledit Traité.

Il y a deux cas dans lesquels la mise en œuvre de cette disposition ne pose pas de problème particulier. Le premier correspond à celui où la juridiction d'appel a rendu la décision uniquement sur le fondement d'un acte uniforme. Le recours formé contre une telle décision doit être porté devant la CCJA lorsque l'applicabilité de cet acte uniforme, compte tenu de la nature du litige, n'est pas contestée. La Cour suprême du Congo a estimé qu'elle est « radicalement incompétente » si la cour d'appel a fait application des actes uniformes de sorte que certains moyens de cassation sont tirés des dispositions desdits actes uniformes¹⁹⁴. Le deuxième cas correspond à celui où le litige a été tranché par la juridiction d'appel exclusivement sur le fondement de la loi nationale parce qu'il ne soulève pas de questions relatives à l'application d'un acte uniforme. Le pourvoi contre une telle décision ne peut, dès lors qu'il n'est fondé sur aucun moyen tiré de la violation ou de l'erreur d'interprétation d'un acte uniforme, être porté devant la Cour commune de justice et d'arbitrage.

Cette juridiction a eu à rappeler, à plusieurs occasions, qu'elle ne pouvait examiner un pourvoi dirigé contre une décision rendue en dernier ressort sans aucune référence à un acte uniforme. On peut en trouver une illustration dans une affaire où le requérant a formé un pourvoi contre une décision rendue par une cour suprême saisie sur requête aux fins de

¹⁹³ J. ISSA-SAYEGH, « La fonction juridictionnelle de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », Ohadata D-02-16.

¹⁹⁴ C. Sup. Congo, arrêt n° 06/GCS 0 du 17 mai 2002, affaires Boulangerie Joseph : Ohadata J-13-119 ; dans le même sens, C. Sup. Congo, ch. com., arrêt n° 07/GCS 2004 du 25 mai 2004, Établissements Dorina c/ Société de transports et de commercialisation des produits agricoles-Bois : Ohadata J-13-120.

sursis à l'exécution d'une décision de cour d'appel, non pas en application d'un acte uniforme, mais de la loi nationale¹⁹⁵. Pour écarter le pourvoi, la Cour, après avoir relevé que la procédure introduite et qui a abouti à l'arrêt attaqué n'avait pas pour objet de suspendre une exécution forcée déjà engagée mais d'empêcher qu'une exécution puisse être entreprise, a jugé que l'arrêt rendu en la matière ne rentre pas dans la catégorie des décisions spécifiées aux alinéas 3 et 4 de l'article 14 et ne peut donc faire l'objet de recours devant elle. Cette solution a été reprise par la CCJA dans une affaire où la contestation dont elle était saisie portait, selon les prétentions des parties et les motivations tant du jugement que de l'arrêt attaqué, sur l'application ou l'interprétation des dispositions de la loi nationale¹⁹⁶.

La rigueur dont fait preuve la Cour commune dans l'appréciation de sa « compétence » ne cède même pas lorsque l'auteur du pourvoi évoque une disposition d'un acte uniforme dès lors que celle-ci n'était pas applicable. Ainsi, dans une affaire où une cour d'appel avait prononcé une condamnation au paiement de dommages-intérêts en application de la loi nationale, la Cour a estimé que le pourvoi ne pouvait pas être porté devant elle malgré la référence à l'article 144 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général se rapportant au mandat de l'intermédiaire de commerce¹⁹⁷. Pour la Cour, s'il est vrai que le requérant évoque ce texte, c'est seulement à titre « de rappel du principe fondamental de la liberté de la preuve, mais... sans exposer un quelconque grief quant à l'application ou l'interprétation dudit article par la cour d'appel ».

Au vu de ce qui précède, il n'est pas possible de soutenir que le pourvoi doit être porté devant la CCJA uniquement parce que la décision est intervenue dans une matière régie par un acte uniforme. La Cour l'a d'ailleurs très clairement relevé dans une espèce où l'instance qui a abouti à l'arrêt de la cour d'appel était relative à une demande de dommages-intérêts introduite aux fins de réparation de prétendus préjudices consécutifs à deux saisies conservatoires¹⁹⁸. Pour rejeter le pourvoi comme ne relevant pas de sa compétence, la Cour a estimé que l'instance n'a pas pu soulever des questions relatives à l'application d'un acte uniforme ou règlement prévu au Traité, aucun grief, ni moyen tiré de la violation ou de l'erreur d'interprétation n'ayant été invoqué. La Cour a pris le soin de préciser, dans cette affaire, que l'évocation par la requérante de l'article 28 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dans l'argumentaire accompagnant l'exposé des moyens ne saurait changer ni le sens, ni la motivation de l'arrêt attaqué.

¹⁹⁵ V. CCJA, arrêt n° 001/2005 du 27 janvier 2005, Chérif Souleymane c/ Société Chronopost International : *Rec. CCJA* n° 5, janv.-juin 2005, p. 30.

¹⁹⁶ V. CCJA, arrêt n° 024/2005 du 31 mars 2005, Société Générale Prestation Service dite GPS c/ Société Cartering International Service dite CIS : *Rec. CCJA* n° 5, janv.-juin 2005, p. 42. V. aussi CCJA, arrêt n° 017/2011 du 29 nov. 2011 : *Rec. CCJA* n° 17, juil.-déc. 2011, p. 5 ; Ohadata J-13-137.

¹⁹⁷ CCJA, arrêt n° 14/2005 du 24 févr. 2005, Brou Kouassi Firmin c/ Koffi Asse, la Société Générale de Banques en Côte d'Ivoire : *Rec. CCJA* n° 5, janv.-juin 2005, p. 37.

¹⁹⁸ CCJA, arrêt n° 047/2005 du 7 juillet 2005, Société Kindi Mali SARL c/ Banque Internationale pour le Mali : *Rec. CCJA* n° 6, juil.-déc. 2005, p. 12.

À côté de ces cas où le partage de compétence entre Cour commune et juridictions nationales statuant en cassation est très net, il en est d'autres où il peut y avoir hésitation dans la détermination de la juridiction habilitée à se prononcer sur le pourvoi.

Il en est ainsi tout d'abord lorsqu'il est fait à la fois application de la loi nationale et d'un acte uniforme. Il peut arriver par exemple que, pour parvenir à la solution du litige, le juge d'appel soit amené à combiner une disposition du code de procédure civile avec un acte uniforme. L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour suprême du Niger le 16 août 2001¹⁹⁹ en est une parfaite illustration. L'assemblée générale d'une société anonyme intervenant dans le domaine des assurances (Snar-Leyma) avait décidé une augmentation de capital par l'émission de 70 000 actions nouvelles en ouvrant le capital à des partenaires. À cette occasion, une autre société (groupe Hima Souleye) avait fait part de son intention de participer à l'opération par la souscription d'actions. Postérieurement à l'opération, cette société qui prétendait avoir libéré ces actions a, face à ce qu'elle considérait comme une inertie du conseil d'administration ou sa mauvaise volonté, saisi le juge des référés d'une demande tendant à la désignation d'un administrateur judiciaire avec pour mission de convoquer une assemblée générale. Le juge des référés ayant fait droit à cette demande, la société Snar-Leyma qui avait décidé de l'augmentation du capital, l'a saisi d'une demande de rétractation. Sa décision de rejet a été confirmée par la cour d'appel de Niamey. Un pourvoi ayant été formé devant la Cour suprême, la société (Hima Souleye) défenderesse au pourvoi a invoqué l'incompétence de cette cour en se fondant sur les dispositions de l'article 14, alinéas 3 et 4 du Traité. L'examen de ce pourvoi impliquait la combinaison des dispositions du code de procédure civile qui fixe la limite des pouvoirs du juge des référés et les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, précisément l'article 516 qui avait été invoqué pour obtenir la désignation du mandataire. Face à une telle situation, quelle solution adopter ? Faut-il prendre en considération le texte dont la violation est alléguée ? Mais il ne faut pas écarter totalement l'éventualité d'un pourvoi fondé à la fois sur la violation de la loi nationale et sur la violation de l'acte uniforme. Que décider dans ce cas ? Faut-il deux pourvois portés l'un devant la juridiction nationale statuant en cassation et l'autre devant la Cour commune ?

La Cour suprême du Niger, dans l'arrêt précité, avait suggéré une solution tenant compte de la part de chacune des normes dans la prise de la décision. Pour elle, si un pourvoi qui n'est pas exclusivement fondé sur un acte uniforme est porté devant la juridiction nationale statuant en cassation, celle-ci n'est tenue de se dessaisir au profit de la CCJA, qu'à la double condition que l'application des actes uniformes ait été prépondérante et que le pourvoi soit fondé sur ces textes. La Cour de cassation du Sénégal²⁰⁰ placée dans la même situation avait, dans un arrêt rendu en chambre civile et commerciale le 14 décembre 2007, fait preuve de plus de prudence. Saisie d'un pourvoi dont les moyens étaient fondés à la fois sur la violation de la loi nationale et la violation d'un acte uniforme, elle s'est déclarée incompétente sur le moyen en ce qu'il invoque la violation des dispositions de l'acte uniforme et a ordonné le sursis à statuer sur les autres

¹⁹⁹ V. C. sup. Niger, arrêt n° 01-158/C du 16 août 2001 : *RIDA*, EDJA n° 50, p. 75

²⁰⁰ La Cour de cassation a été supprimée et remplacée par la Cour suprême le 28 août 2008.

moyens fondés sur la violation de la loi nationale²⁰¹. La Cour suprême du Congo²⁰² s'est montrée tout aussi prudente dans une affaire où le requérant invoquait un moyen de cassation pris tantôt de la violation d'un acte uniforme, tantôt du code de procédure civile, commerciale, administrative et financière ; elle a estimé, dans cette affaire, que le pourvoi échappait à sa compétence dès lors que l'arrêt attaqué avait lui-même fait application des dispositions des actes uniformes dont le contrôle de la bonne application relève de la compétence de la CCJA.

La combinaison d'un acte uniforme avec la loi nationale est la principale source de difficulté, mais n'est pas seule. Il peut arriver aussi, ce qui peut poser des problèmes de rattachement, qu'en raison d'un problème de qualification, il y ait une incertitude sur le texte applicable (loi nationale ou acte uniforme). La Cour de cassation du Sénégal, avant sa disparition, a eu, dans un arrêt rendu le 23 janvier 2003, à connaître d'une affaire dans laquelle le problème se posait, non pas en termes de combinaison de la loi nationale et d'un acte uniforme, mais plutôt de choix. L'affaire qui avait donné lieu à cet arrêt était relativement simple. Un salarié avait obtenu par un jugement du tribunal du travail, la condamnation de son employeur au paiement d'une indemnité d'un montant de 45 000 000 F CFA. Poursuivant l'exécution forcée, il a introduit une procédure de référé sur difficulté devant le président du tribunal du travail qui a ordonné la continuation des poursuites. Pour infirmer l'ordonnance, la cour d'appel a retenu, en se fondant sur les articles L. 257 du code du travail, 247 du CPC et 49 de l'AUVE, que le juge social était incompétent pour statuer en matière de référé sur difficulté. La chambre sociale de la Cour de cassation a cassé cet arrêt aux motifs qu'aucune disposition des textes visés n'était applicable. La motivation était quelque peu laconique ; un acte uniforme étant en cause, la Cour aurait dû, pour écarter son application, se livrer à une analyse approfondie.

La Cour suprême du Sénégal elle-même a eu à se prononcer à deux reprises sur cette délicate question de détermination du texte applicable et donc de la juridiction habilitée à juger le pourvoi. Les deux décisions étaient rendues par la chambre sociale, respectivement le 25 février 2009 et le 28 avril 2010²⁰³. Dans la seconde espèce, une société avait saisi la cour d'appel d'une demande aux fins de défense à exécution provisoire ; celle-ci a ordonné la continuation des poursuites en écartant les dispositions de l'article L. 260 du code du travail au profit de l'article 32 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Pour casser cet arrêt, la Cour relève qu'en statuant ainsi alors qu'il s'agit d'un jugement social dont l'exécution est régie par les dispositions autonomes de l'article L. 260 du code du travail, la cour d'appel a violé par fausse interprétation ledit article. Étant donné que, dans cette affaire, l'arrêt d'appel a été rendu en application de l'article 32 de l'AUVE et que le pourvoi était fondé sur le même texte, ne fallait-il pas laisser à la Cour commune le soin de trancher la question ?

²⁰¹ Cass., civ. et com., 19 déc. 2007, Adnan Attieh c/ La Société Financo SA.

²⁰² C. Sup. Congo, arrêt n° 01/GCS 06 du 23 févr. 2006, Ernst et Young c/ syndic de la liquidation de la Congolaise Société des Assurances et Réassurances Congo : Ohadata J-13-121.

²⁰³ V. C. Sup. Soc. arrêt n° 45 du 25 février 2009, Papa MactarSarr c/ Elton Oil Cie et C.S. Soc. arrêt n° 24 du 28 avril 2010, Gras Savoye Sénégal c/ La CIBA et Pape Ousmane Ndiaye, inédit.

On peut faire la même observation à propos de la première espèce. L'instance qui a abouti à la décision attaquée devant la chambre sociale semblait soulever des questions relatives à l'application d'un acte uniforme. En effet, le directeur général d'une société commerciale qui avait été révoqué, avait saisi le tribunal du travail ; cette juridiction se fondant sur ce que ce dirigeant était lié à la société par un contrat de travail a condamné celle-ci au paiement de diverses sommes pour licenciement abusif. La cour d'appel a infirmé le jugement au motif que le tribunal du travail était incompétent. Un pourvoi ayant été formé devant la Cour suprême, la société défenderesse a soulevé l'exception d'incompétence en soutenant que la cour d'appel s'était prononcée sur la base du droit communautaire, en l'espèce, l'article 426 de l'AUSCGIE. Pour écarter l'exception, la Cour suprême relève que « les juridictions du fond ont été saisies d'une requête d'un directeur général de société se prévalant d'un contrat de travail » et « que l'acte d'un salarié contre une société, fût-il dirigeant de celle-ci, relève de la compétence exclusive des juridictions sociales ». Nous ne reviendrons pas sur la qualification de l'acte qui lie le directeur général et la société. Nous nous bornerons simplement à relever que c'est l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui fixe le statut du directeur général et qui prévoit les modalités de sa révocation. Si la cour d'appel a appliqué les dispositions de cet acte uniforme, le pourvoi qui est formé contre sa décision ne peut être porté que devant la CCJA.

La solution devrait être identique même si, à la suite d'une erreur d'appréciation, la cour d'appel avait appliqué l'acte uniforme. Il s'agit en effet d'une fausse application du texte ; or, si la cassation doit intervenir pour fausse application, c'est sous le visa de ce texte que l'arrêt attaqué a appliqué inexactement. Ce sera donc l'acte uniforme, lequel ne peut être apprécié que par la CCJA.

Il est même possible de soutenir qu'il devrait en être de même si la cour d'appel n'avait pas appliqué l'acte uniforme. L'on sait en effet que la censure d'un arrêt rendu en dernier ressort peut être fondée sur le refus d'application d'un texte. Si ce texte est un acte uniforme, la Cour commune devra être saisie ; elle va alors censurer l'arrêt sous le visa de la disposition de l'acte uniforme qui aurait dû être appliquée et qui ne l'a pas été.

Cette difficulté à délimiter le domaine d'intervention respectif de la Cour commune de justice et d'arbitrage et des juridictions nationales statuant en cassation, est nécessairement source de conflit de compétence.

B. DES PROBLÈMES DE CONFLIT DE COMPÉTENCE

La technique habituellement utilisée pour assurer l'interprétation uniforme du droit communautaire est celle du renvoi préjudiciel qui instaure une relation de complémentarité et de collaboration entre la juridiction communautaire chargée de veiller à la bonne interprétation des règles produites au niveau communautaire et les juridictions nationales. Cela s'explique aisément : « dans le cadre d'un recours préjudiciel, en interprétation, la juridiction qui traite le recours ne dispose pas du pouvoir d'invalidier ou d'annuler les décisions des juridictions nationales, même lorsque l'application du droit communautaire est en cause »²⁰⁴ ; il s'y ajoute que la juridiction qui traite le recours ne

²⁰⁴ P. MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace Ohada », *Penant* n° 855, p. 151 ; Ohadata D. 06-50.

tranche pas le litige dont l'examen relève de la compétence exclusive de la juridiction nationale. Dans le cadre de l'Ohada, cette technique est écartée au profit de la technique du recours en cassation qui est porté devant la Cour commune de justice et d'arbitrage et que l'on peut former contre les décisions rendues en dernier ressort.

Cette option est critiquée en raison des relations potentiellement conflictuelles qu'elle instaure entre la juridiction communautaire et les juridictions nationales statuant en cassation²⁰⁵. Certaines de ces juridictions se sont déjà ouvertement rebellées contre leur marginalisation au profit de la Cour commune ; il suffit, pour s'en convaincre, de se référer à l'arrêt rendu par la Cour suprême du Niger le 16 août 2001 dans l'affaire *Snar Leyna c/ Hima Souleye*²⁰⁶.

Les conflits de compétence (ou d'attributions selon l'expression de certains auteurs)²⁰⁷ qui découlent de l'imprécision de la délimitation des domaines d'intervention peuvent être négatifs ou positifs.

Le conflit est négatif lorsque la juridiction nationale statuant en cassation et la Cour commune de justice et d'arbitrage saisies de pourvoi dirigé contre la même décision, rendent des décisions d'incompétence. Plusieurs cas de conflit négatif ont déjà été notés. Ainsi, dans un arrêt rendu le 24 février 2005²⁰⁸, la Cour, qui avait relevé que le recours porté devant elle ne satisfaisait pas aux conditions prévues par l'article 14 du Traité, avait estimé devoir se déclarer incompétente nonobstant l'arrêt de dessaisissement de la juridiction nationale qui, d'après elle, ne la liait pas. Dans un autre arrêt rendu le 2 juin 2005²⁰⁹, la Cour s'est déclarée incompétente tout en prenant le soin de préciser que le renvoi opéré par la juridiction nationale statuant en cassation ne la liait pas.

Il y a conflit positif lorsqu'à propos d'une même affaire, la juridiction nationale et la Cour commune se déclarent toutes les deux compétentes²¹⁰.

Quelle solution retenir en cas de conflit de compétence ? Selon un auteur²¹¹, il y a un système de règlement des conflits même si le mode de fonctionnement pose problème du fait que c'est l'une des juridictions en conflit, à savoir la CCJA, qui règle le litige. Cette position est fondée sur les articles 16 et 18 du Traité. Le premier texte prévoit la suspension de toute procédure de cassation portée devant la juridiction nationale en cas de saisine de la CCJA. Quant au second, il donne à toute partie la possibilité de soulever l'incompétence de la juridiction nationale et de saisir la Cour commune si elle estime que la juridiction nationale s'est déclarée compétente à tort. La possibilité donnée à la CCJA de rendre une décision qui s'impose à tous montre que c'est elle qui tranche le conflit. En

²⁰⁵ Pour une critique de cette option, V. P. MEYER, art. précit.

²⁰⁶ C. Sup. Niger, 16 août 2001, précit.

²⁰⁷ V. S. P. LEVOA AWONA, *Les compétences juridictionnelles dans l'espace Ohada et dans l'espace CEMAC*, Thèse, Yaoundé 2, Soa 2009, spéc. n° 348 et s., p. 298 et s.

²⁰⁸ CCJA, arrêt n° 014/2005, précit.

²⁰⁹ CCJA, arrêt n° 36/2005 du 2 juin 2005, aff. Soc. Chronopost International c/ Chérif Souleymane.

²¹⁰ Sur cette question, V. S. P. LEVOA AWONA, thèse précit. n° 380 et s., p. 322 et s.

²¹¹ S. P. LEVOA AWONA, thèse précit. n° 429, p. 358.

effet, si elle estime que la juridiction nationale statuant en cassation s'est déclarée compétente à tort, la décision de celle-ci est considérée comme nulle et non avenue²¹².

Ces conflits potentiels de compétence obligent le plus souvent les juridictions saisies de pourvoi à rendre une décision sur la compétence. Cela contribue à brouiller la perception que l'on a toujours eue de cette voie de recours qui est soumise à un régime de plus en plus ambigu.

II. UN RÉGIME AMBIGU

Voie de recours extraordinaire, non suspensive d'exécution, le pourvoi en cassation devrait rester exceptionnel. Mais en raison de ses finalités de plus en plus confuses, le plaideur abuse de son usage, d'autant plus que les règles de procédure qui lui sont applicables sont véritablement imprécises.

A. DES FINALITÉS CONFUSES

Parlant de la Cour de cassation française, un auteur (Faye) disait que son rôle se limite à juger la décision attaquée « dans ses rapports avec la loi ou avec le droit ». Autrement dit, poursuit Jean Foyer, « elle juge le jugement et non le litige, ce qui explique qu'elle doit accepter les faits tels qu'ils sont souverainement constatés par les juges du fond sans contester les appréciations des juridictions inférieures »²¹³. Nos juridictions nationales de cassation, qu'elles portent la dénomination de Cour de cassation ou de Cour suprême, héritières de la Cour de cassation française, jouent exactement le même rôle puisque leur mission se limite à vérifier la régularité formelle des décisions portées devant elles ou leur conformité aux règles de droit. Cela explique pourquoi le pourvoi en cassation qui permet de saisir ces juridictions a une finalité précise : l'annulation de la décision attaquée lorsque les règles n'ont pas été correctement interprétées ou appliquées.

Le pourvoi ne devrait donc être ni une voie de réformation, ni une voie de rétractation. Il se distingue ainsi de l'appel qui est une voie de réformation par laquelle une affaire jugée en premier ressort est portée devant une juridiction hiérarchiquement supérieure avec toutes les questions de fait et de droit qu'elle comporte. Il se distingue également des voies de recours de rétractation qui permettent à un plaideur de faire revenir une affaire devant la juridiction qui l'avait examinée afin de la faire réexaminer. Au regard des textes applicables au pourvoi, les juridictions de cassation ne peuvent évoquer le fond des affaires et substituer leur décision à celle qu'elles censurent.

C'est cette figure procédurale à laquelle nous sommes habitués qui est bouleversée par le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, et, dans une moindre mesure, le règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage. Ces textes communautaires mettent à la charge de la Cour commune l'obligation d'évoquer et de trancher le fond en cas de cassation. Il est vrai que dans sa démarche, la Cour essaie de gérer convenablement le dédoublement fonctionnel qui découle de l'exécution de

²¹² Pour une application, V. CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 013/2012 du 8 mars 2012, Elton oil company/Papa Mactar SARR ; V. aussi CCJA, arrêt n° 029/2011 du 6 déc. 2011 : *Rec. CCJA* n° 17, juil. déc. 2011, p. 157 ; Ohadata J-13-172.

²¹³ V. J. FOYER, La fonction juridictionnelle de la Cour de cassation.

l'obligation d'évocation. Pour apprécier la pertinence du moyen, elle se comporte en véritable juridiction de cassation. En évoquant, elle va, à l'image d'une juridiction du fond, trancher le litige par une décision qui est appelée à se substituer à la décision censurée. Mais il ne fait aucun doute que l'attitude des plaideurs qui se présentent devant la Cour commune sera très différente de celle qui est la leur lorsque leur pourvoi doit être porté devant la juridiction nationale statuant en cassation.

Compte tenu des effets que son exercice produit, le pourvoi porté devant la CCJA s'accommode mal des principes classiques applicables en la matière, ce qui fait qu'en l'absence de dispositions propres, la procédure qui le régit se révèle très imprécise.

B. DES RÈGLES DE PROCÉDURE IMPRÉCISES

Les rédacteurs du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique s'étaient, jusqu'à une période récente²¹⁴, montrés très discrets sur certaines questions intéressant le pourvoi porté devant la Cour commune, notamment sur les cas d'ouverture de cette voie de recours. Ils se gardaient d'énumérer ces cas d'ouverture, ce qui n'était peut-être pas en soi un mauvais choix, puisqu'une énumération qui se veut limitative, présente l'inconvénient, comme le rappelait le Conseil d'État français, de figer le contrôle de la Cour régulatrice et de lui enlever toute souplesse et toute possibilité d'évolution. Les textes communautaires ne faisaient même aucune allusion à ces cas d'ouverture, contrairement à certaines législations²¹⁵ qui prévoient d'abord que le demandeur au pourvoi doit indiquer les moyens de droit invoqués contre la décision, ensuite que le moyen ou l'élément du moyen ne doit, à peine d'irrecevabilité, mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture, enfin que le moyen ou élément de moyen doit préciser, sous la même sanction, le cas d'ouverture invoqué, la partie de la décision critiquée, ce en quoi elle encourt le reproche allégué. C'est à peine si l'article 28 du règlement de procédure de la Cour commune évoquait la question des moyens pouvant être soulevés. Ce texte indiquait simplement que le recours contient les conclusions du requérant et les moyens invoqués à l'appui de ces conclusions et indique les actes uniformes ou les règlements prévus par le Traité dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la Cour.

Cette discrétion du législateur communautaire en ce qui concerne les cas d'ouverture avait suscité un certain nombre de questions : devait-elle être analysée comme un renvoi au droit national des États parties ? Une telle réponse ne paraissait guère satisfaisante, les textes de l'Ohada ne renvoyant pratiquement jamais au droit des États pour régler les questions intéressant le fonctionnement de la Cour commune.

Devait-on alors considérer que, par son silence, le législateur communautaire voulait faire du pourvoi devant la Cour commune une voie de recours comparable à l'appel, donc une voie de recours ouverte, sauf dans les cas expressément prévus par la loi ? Une telle explication paraissait d'autant plus justifiée que la Cour peut être amenée à connaître des questions de fond. Il fallait cependant se garder d'une telle analyse, car la Cour ne peut connaître du fond des affaires qu'après avoir cassé la décision déférée devant elle ; elle

²¹⁴ Précisément le 30 janvier 2014, date à laquelle le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage a été modifié par le Règlement n° 001/CM (V. numéro spécial du JO Ohada du 4 février 2014, p. 228).

²¹⁵ V. art 978 NCPC français ou article 35-1 de la loi organique n° 2008-35.

suit en quelque sorte une démarche qui la conduit à se comporter successivement en juge de cassation puis en juge du fond, et seulement s'il y a cassation.

En définitive, la seule analyse qui semblait acceptable était celle qui tirait de ce silence une volonté de confier à la Cour la mission de fixer elle-même les cas d'ouverture. Celle-ci n'hésitait d'ailleurs pas à le faire et elle exerçait très souvent un contrôle normatif (violation de la loi), un contrôle normatif de motivation (plusieurs décisions étaient censurées pour manque de base légale), voire un contrôle disciplinaire.

Il convient d'observer à ce propos qu'en l'absence de spécialisation des avocats, les moyens du pourvoi étaient très souvent mal présentés ; il y avait une formule qui revenait, comme une clause de style, dans pratiquement tous les moyens : « l'arrêt attaqué a violé la loi ou fait erreur dans son application ou son interprétation »²¹⁶. Du fait de la mauvaise présentation des moyens, il arrivait souvent à la Cour, saisie d'un moyen tiré de la violation de la loi, d'exercer « un contrôle normatif de motivation »²¹⁷ en cassant la décision pour défaut de base légale.

Les erreurs d'appréciation n'étaient d'ailleurs pas toujours imputables aux parties ; parfois la Cour elle-même prenait un cas d'ouverture à cassation pour un autre. Il est arrivé, par exemple, que la Cour considère comme un cas de manque de base légale un cas d'ouverture qui relève plutôt de la violation de la loi. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'arrêt rendu le 15 juillet 2004²¹⁸. Pour casser l'arrêt d'une cour d'appel qui, dans le cadre de saisies multiples, avait estimé « qu'il ne résulte nulle part, après analyse, que [l'article 154 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution] ait fait défense au créancier de procéder à des saisies multiples... », la Cour commune a décidé, en substance, qu'en se bornant à faire une telle affirmation, la cour d'appel ne l'a pas mise en mesure d'exercer son contrôle. Cette réaction de la Cour est étonnante. Il n'est pas question, pour nous, de lui contester le pouvoir d'exercer un type de contrôle différent de celui qui est demandé. En effet, comme on l'a fait remarquer, à propos de la Cour de cassation française, la Haute juridiction « depuis l'origine... s'est reconnue une liberté, celle de s'abstraire du cas d'ouverture formellement invoqué par le moyen, pour aller de la violation de la loi vers le défaut de base légale ou vice et versa. Elle le fait librement, sans contrainte et notamment sans s'assujettir aux formalités... du code de procédure civile prévoyant l'avis aux parties chaque fois qu'un moyen est relevé d'office, fût-ce en défense pour rejeter le pourvoi »²¹⁹. On peut en revanche s'étonner de voir la Cour retenir le grief de manque de base légale dans un cas où manifestement ce que l'on pouvait reprocher à la cour d'appel c'était une

²¹⁶ V. par exemple, CCJA, arrêt n°016/2004 du 29 avril 2004, Scierie d'Aguibilekrou Wahab Nouhab dite SDA c/ Hassan Sahly : *Rec. CCJA* janv.-juin 2004, p. 116.

²¹⁷ L'expression est empruntée au président Jean-François Weber, qui l'a utilisée dans une communication intitulée « Comprendre un arrêt de la cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* 702 du 15 mai 2009.

²¹⁸ CCJA, arrêt n° 027/2004 du 15 juill. 2004, Mobil Oil Côte d'Ivoire c/ Les Centaures Routiers, Compagnie ivoirienne d'électricité, Société d'étude et de développement de la culture bananière dite SCB, Maître Adou Hyacinthe : *Rec. n° 4*, juillet-déc. 2004, p. 26.

²¹⁹ D. FOUSSARD, « Le manque de base légale », communication à l'occasion du cycle « Droit et technique de cassation 2009 » : *BICC* 1^{er} avril 2010.

fausse ou mauvaise interprétation de la disposition qui était en cause en l'espèce, à savoir l'article 154 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Tous les auteurs s'accordent aujourd'hui pour dire que le manque de base légale correspond à une insuffisance des constatations de fait nécessaires pour statuer en droit. Comme le faisait remarquer Jean Foyer, « il s'analyse en une demande de supplément d'information sur les faits adressés par la Cour de cassation à la juridiction de renvoi parce que la décision frappée de pourvoi n'a pas mis la juridiction supérieure en mesure d'exercer sa mission régulatrice »²²⁰. Ainsi conçu, le grief de manque de base légale ne peut être retenu lorsqu'il y a une atteinte à la légalité, mais seulement lorsqu'il y a « une atteinte à la logique du jugement dont la cohérence et la suffisance ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle »²²¹.

Au vu de ce qui précède, la Cour devait, pour reprendre l'expression d'un auteur, « dire le droit à l'adresse des usagers et des juges du fond »²²², accomplissant ainsi un acte d'autorité à l'instar du législateur lorsqu'il édicte une loi et non se contenter d'une démarche pédagogique²²³ consistant à « demander aux juges du fond d'être plus rigoureux dans leur méthode et plus précis dans leur raisonnement »²²⁴.

Avec la modification du règlement de procédure de la CCJA, le régime du pourvoi est précisé, tout au moins en partie, puisque les cas d'ouverture sont désormais indiqués ; le règlement de procédure, dans sa nouvelle rédaction, vise pêle-mêle la violation de la loi, l'incompétence et l'excès de pouvoir, la violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité, le défaut, l'insuffisance ou la contrariété de motifs, l'omission ou le refus de répondre à un chef de demande, la dénaturation des faits de la cause ou des pièces de la procédure, le manque de base légale, la perte de fondement juridique, le fait de statuer sur une chose non demandée ou d'attribuer une chose au-delà de ce qui est demandé.

Cette énumération risque cependant de poser des problèmes nouveaux puisqu'en permettant à la CCJA de sanctionner l'inobservation des formes de procéder telles qu'elles peuvent résulter de la loi nationale, le règlement l'autorise implicitement non seulement à appliquer la loi nationale des États parties, ce qu'elle fait déjà en évoquant, mais aussi à contrôler l'interprétation de la loi nationale des États parties.

L'énumération des cas d'ouverture du recours en cassation ne constitue pas la seule innovation introduite avec la réforme de 2014. Il y a aussi les règles de présentation des moyens ainsi que la sanction de leur violation. Désormais, le moyen de cassation ou l'élément de moyen de cassation doit, à peine d'irrecevabilité, mettre en œuvre au moins un des cas d'ouverture prévus²²⁵. Les dispositions consacrées à la saisine de la Cour sont

²²⁰ « La fonction juridictionnelle de la cour de cassation », art. précit.

²²¹ S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile*, 28^e éd. Dalloz, coll. Précis 2006, n° 1809, p. 1270.

²²² D. FOUSSARD, communication précit.

²²³ Certains auteurs considèrent que la cassation pour manque de base légale a une fonction pédagogique ; V. J.-P. ANCEL, « le manque de base légale », communication à l'occasion du cycle de conférences Droit et technique de cassation 2009 : *BICC* 1^{er} avril 2010 ; V. aussi J.-F. WEBER, communication précit.

²²⁴ D. FOUSSARD, communication précit.

²²⁵ Art. 28 ter nouveau.

judicieusement complétées par celles qui intéressent le déroulement de la procédure et le traitement des incidents. Elles comportent des indications utiles sur la présentation des moyens tirés de l'incompétence ou de l'irrecevabilité du recours²²⁶ ainsi que sur les incidents qui peuvent mettre fin à l'instance tels que le désistement d'instance qui entraîne l'extinction de l'instance et non de l'action²²⁷, la radiation considérée comme « une mesure d'administration judiciaire » sanctionnant « les défauts de diligence des parties » par « le retrait de l'affaire du rôle des affaires en cours »²²⁸ et la péremption d'instance qui se produit lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligence pendant deux ans et qui emporte extinction de l'instance et non de l'action²²⁹.

Le législateur communautaire n'a malheureusement pas mis à profit la réforme pour clarifier les suites de la cassation. On sait seulement qu'après avoir cassé, la Cour ne renvoie pas, mais qu'elle évoque. Il lui est cependant arrivé de dire après avoir cassé qu'il y avait lieu, sans qu'il soit besoin d'évoquer, de restituer au jugement son plein et entier effet²³⁰. C'était dans une affaire où une cour d'appel qui, en méconnaissant une convention d'arbitrage, avait infirmé le jugement par lequel le tribunal s'était déclaré incompétent et avait tranché le litige. Rien n'est prévu en ce qui concerne l'étendue de la cassation (cassation totale ou cassation partielle), ni son influence sur le périmètre de la saisine de la Cour commune lorsque celle-ci, après avoir cassé, décide d'évoquer l'affaire et de trancher le litige au fond. Il ne fait certes pas de doute que lorsque la Cour prononce une cassation totale, rien ne va subsister de l'arrêt attaqué, de telle sorte qu'en évoquant elle va, à l'image d'une juridiction de renvoi saisie après cassation²³¹, être investie de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit. Mais il y a une incertitude totale sur l'étendue de la saisine en cas de cassation n'atteignant que certains chefs de la décision. Dans les hypothèses où il n'y a pas indivisibilité ou dépendance nécessaire entre les chefs de la décision cassée et ceux qui ne sont pas atteints par la cassation, la Cour, en évoquant, va-t-elle se saisir de l'entier litige ? Doit-on au contraire considérer que la Cour ne va pas être saisie des chefs de dispositifs non cassés, lesquels doivent alors être considérés comme ayant acquis l'autorité de la chose jugée ?

On peut déplorer enfin l'absence de dispositions sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi défini dans nos législations comme le pourvoi qui est formé par le ministère public « contre les décisions en premier ou en dernier ressort ayant définitivement acquis l'autorité de la chose jugée en vue de faire censurer... dans un intérêt purement doctrinal et sans porter atteinte aux droits des parties les violations de la loi dont elles sont entachées »²³². En s'abstenant de consacrer cet instrument procédural qui conduit la Cour

²²⁶ Règlement, art. 32 nouveau.

²²⁷ Règlement, art. 44 nouveau

²²⁸ Règlement, art. 44 bis nouveau

²²⁹ Règlement, art 44 ter nouveau.

²³⁰ CCJA, arrêt n° 012/2005

²³¹ V. pour des applications en France, Civ. 2e, 25 nov. 1987 : *Bull.* II, n° 244 ; Ass. Plén. 27 oct. 2006 : *Bull.* n° 13. Il semble que la règle ne cède même pas lorsque la cassation totale est prononcée par erreur : V. J.-F. WEBER, communication précit.

²³² J. et L. BORE, *La cassation en matière civile*, 3e éd. Dalloz, coll. Dalloz-Action, 2003, n° 141 04, p. 458

« à s'évader du cas pour la défense et l'illustration du droit pur »²³³, le législateur communautaire rate l'occasion d'éviter l'insécurité juridique et le trouble social qui pourraient résulter de la violation de la loi par une juridiction du fond dont la décision n'a pas été attaquée à temps par les parties. L'intérêt public est ainsi sacrifié dans l'organisation du pourvoi en cassation.

CONCLUSION

En signant le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, les États parties ont accepté une limitation de compétence non seulement sur le plan législatif, mais aussi sur le plan judiciaire du fait de la création de la CCJA qui joue désormais un rôle non négligeable dans le contrôle de l'interprétation du droit communautaire ce qui est normal, et du droit national, ce qui l'est moins. Il arrive parfois que la Cour se prononce sur un pourvoi qui l'amène à apprécier l'interprétation de la loi nationale par le juge national. Cela peut à terme conduire à « une guerre des juges » pouvant mettre face à face non seulement la CCJA et les juridictions nationales statuant en cassation, mais aussi la Cour commune et les autres juridictions chargées de contrôler l'interprétation du droit communautaire dans leur système (Cour de justice de l'UEMOA, Cour de justice de la CEDEAO). Il convient de parachever, dans les meilleurs délais, les réformes engagées afin de disposer des règles permettant, non seulement de prévenir et, éventuellement, de trancher les conflits de compétence, mais aussi de fixer clairement le régime du pourvoi pour lui restituer sa véritable fonction d'instrument de contrôle de l'interprétation de la loi dans l'intérêt des plaideurs et dans l'intérêt public.

²³³ J. FOYER, art. précit.

L'EXEMPLE DE L'ARBITRAGE CCJA

Joachim BILE-AKA

Avocat

Ancien bâtonnier du Barreau de Côte d'Ivoire

L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires dite Ohada est née d'une volonté politique dynamique et ambitieuse de renforcer le système juridique et judiciaire des États africains en créant un cadre juridique harmonisé, simple et adapté à la conduite des affaires. Le Traité qui institue l'Ohada a été signé à Port Louis (Île Maurice) le 17 octobre 1993 et révisé à Québec, au Canada, le 17 octobre 2008. L'article 1^{er} dudit Traité dispose que « le 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 œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». Ce texte qui fixe les objectifs que l'Ohada s'est assignée, fait apparaître que l'atteinte de ces objectifs, passe notamment par :

- l'élaboration et l'adoption de règles communes et adaptées à la situation des économies des pays membres ;
- la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées ; et
- l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels.

Après plus de deux décennies d'existence de l'organisation supranationale, neuf actes uniformes ont été pris pour l'adoption des règles communes ci-dessus évoquées. Ces actes uniformes, qui sont directement applicables sur le territoire de chacun des États parties, constituent le droit Ohada, lequel, à ce jour, regroupe diverses règles, dont celles 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 des biens, au droit comptable, aux contrats de transport de marchandises par route et au droit de l'arbitrage. L'efficacité de ce corpus de règles dépend sans nul doute des conditions et modalités de leur application aussi bien par les juridictions de l'ordre judiciaire qu'arbitrales. D'où l'intérêt du présent atelier d'échanges dont le thème qui nous a été dévolu porte sur « l'efficacité du droit OHADA : les enjeux de sa mise en œuvre juridictionnelle ».

Comme indiqué ci-dessus, la mise en œuvre juridictionnelle des normes Ohada relève de deux types de juridictions, à savoir :

- les juridictions de l'ordre judiciaire ; et
- les juridictions arbitrales.

Dans la perspective du présent atelier d'échanges, les aspects de la mise en œuvre des normes Ohada par les juridictions arbitrales paraissent devoir retenir notre attention. En effet, quels sont les enjeux du recours aux juridictions arbitrales de l'espace communautaire pour la mise en œuvre des normes Ohada ? Telle est la question à laquelle nous tenterons d'apporter réponse dans le cadre des présents échanges.

Deux instruments principaux ont été adoptés le 11 mars 1999 par l'Ohada dans le cadre de la réglementation de l'arbitrage :

- l'acte uniforme qui régit le droit commun de l'arbitrage a vocation à s'appliquer aux arbitrages *ad hoc* et institutionnels (excepté celui de la CCJA sauf convention contraire des parties) dont le siège se trouve dans l'un des États de l'espace Ohada ;
- le Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) qui fixe les règles relatives au déroulement de la procédure d'arbitrage institutionnel de l'Ohada.

Nous nous proposons de circonscrire notre intervention à la pratique de l'arbitrage par le centre permanent d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'Ohada. Notre intérêt, pour ce qu'il est désormais coutume de qualifier d'arbitrage CCJA²³⁴, réside dans le fait que « l'arbitrage CCJA a des avantages incontestables et considérables sur toute autre formule proposée par les institutions arbitrales. Le fait de n'avoir de contact qu'avec une seule autorité pour la phase arbitrale et pour la phase contentieuse qui peut être éventuellement suivie, d'avoir à sa disposition une autorité de très haut niveau donnant ainsi toutes les garanties d'intégrité et d'indépendance, sont des atouts considérables »²³⁵. Nous apprécierons les enjeux du recours à l'arbitrage CCJA pour la mise en œuvre des normes Ohada au niveau des phases pré-arbitrale et arbitrale (I) ; et au niveau de la phase post-arbitrale (II).

I. LES PHASES PRÉ-ARBITRALE ET ARBITRALE

A. LA PHASE PRÉ-ARBITRALE

1. Les critères de compétence de la CCJA

Ces critères sont au nombre de trois et sont relatifs :

- premièrement, au caractère contractuel du différend. Le litige soumis à la CCJA doit nécessairement résulter de la mise en œuvre d'un contrat entre les parties. Le

²³⁴ L'arbitrage CCJA diffère de l'arbitrage issu de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage, lequel est qualifié d'arbitrage de droit commun. L'arbitrage CCJA trouve son fondement dans les textes suivants : le Traité de Port Louis du 17 octobre 1993 révisé par celui de Québec du 17 octobre 2008, notamment en son titre IV relatif à l'arbitrage ; le Règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999 ; la décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage ; la décision n° 004/99/CM du 12 mars 1999 portant approbation de la décision n° 004/99/CCJA relative aux frais d'arbitrage ; le Règlement intérieur de la CCJA du 2 juin 1999 en matière d'arbitrage ; le Règlement de procédure contentieuse du 18 avril 1996, qui a été révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou.

²³⁵ R. BOURDIN, « Le règlement d'arbitrage de la CCJA », in *rev. camerounaise arb.* 1999, n° 5.

différend pourrait, en effet, concerner la validité de ce contrat, les difficultés liées à son exécution, son interprétation et sa fin (les conséquences y attachées) ;

- deuxièmement, au lien spatial du contrat à l'origine du différend avec un État partie. Ce lien est suffisamment établi par le lieu d'exécution du contrat, même partiellement, par le domicile ou la résidence habituelle de l'un des cocontractants, par le siège social des sociétés commerciales, par la succursale ou toute structure de représentation dans l'un des États de l'espace Ohada.

Les deux critères précités, tenant à la nature contractuelle du différend et au lien spatial du contrat avec l'espace communautaire, sont cumulatifs ; et

- troisièmement, à l'existence d'une convention d'arbitrage donnant compétence à la CCJA comme organisme ou centre d'arbitrage chargé d'encadrer toute procédure d'arbitrage se déroulant sous son égide. Cette convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage²³⁶. Dès lors que les parties ont désigné la CCJA, comme instance d'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de l'institution communautaire trouvera nécessairement à s'appliquer dans la mesure où l'article 10 de l'acte uniforme sur l'arbitrage dispose que « le fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le Règlement d'arbitrage de cet organisme, sauf pour les parties à en écarter expressément certaines dispositions ».

2. La constitution ou la reconstitution du tribunal arbitral

C'est une étape essentielle qui est également dominée par la loi d'autonomie puisqu'une grande liberté est laissée aux parties dans la constitution du tribunal arbitral. Les parties peuvent, en effet, nommer elles-mêmes les arbitres ou laisser le soin à la CCJA d'y procéder.

Du point de vue du nombre, les parties n'ont le choix qu'entre un tribunal arbitral composé d'un arbitre unique ou de trois arbitres. Ainsi, lorsque les parties ont prévu de désigner elles-mêmes les arbitres, elles peuvent décider de recourir à un arbitre unique, auquel cas, elles le désignent d'un commun accord. Faute pour les parties d'avoir procédé à la désignation de l'arbitre unique dans le délai de trente jours à compter de la notification de la demande d'arbitrage, la CCJA procède elle-même à la désignation de l'arbitrage unique. Lorsque les parties ont convenu que le litige sera jugé par trois arbitres, le demandeur à l'instance arbitrale désigne son arbitre dans sa requête d'arbitrage et le défendeur y procède dans sa réponse. Le troisième arbitre qui assumera les fonctions de président du tribunal arbitral est désigné par la CCJA, à moins que les parties n'aient prévu qu'il le soit par les deux arbitres nommés. La désignation de la CCJA en tant

²³⁶ La clause compromissoire est une stipulation insérée dans un contrat plus vaste qui prévoit le recours à l'arbitrage en cas de litige ; elle suppose donc que le litige ne soit pas encore né. À l'opposé, on parlera de compromis d'arbitrage lorsqu'après la naissance du litige, les parties ont convenu de recourir à l'arbitrage. Sur ce point, on remarquera utilement que l'acte uniforme sur l'arbitrage donne la latitude aux parties de recourir à l'arbitrage alors même qu'une instance judiciaire étatique serait en cours. L'alinéa 3 dudit acte uniforme dispose en effet : « Les parties ont toujours la faculté, d'un commun accord, de recourir à une convention d'arbitrage, même lorsqu'une instance a déjà été engagée devant une autre juridiction ».

qu'organe chargé de l'administration de l'arbitrage présente donc un certain avantage dans la phase de la constitution du tribunal arbitral.

Dans tous les cas, lorsque l'arbitre unique ou les arbitres sont désignés par les parties où les arbitres déjà choisis par les parties, la Cour intervient pour confirmer le choix des parties ou les arbitres. Cette mesure, qui est purement administrative, a pour objet de garantir la conformité des choix aux critères légaux ou d'usage de l'exercice d'une telle mission.

B. LA PHASE ARBITRALE

Une fois le tribunal arbitral constitué et régulièrement « accrédité », l'instance arbitrale peut réellement s'ouvrir.

1. Le déroulement de l'instance arbitrale

a. Les étapes de la procédure

Le Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit diverses étapes dans le déroulement de l'instance arbitrale.

L'établissement du procès-verbal constatant l'objet de l'arbitrage et fixant le déroulement de l'instance constitue une étape essentielle qui permet aux parties et aux arbitres d'adapter et d'aménager la bonne conduite de la procédure et d'organiser une meilleure articulation du procès après avoir circonscrit l'objet du litige²³⁷. Le Règlement d'arbitrage prévoit en son article 15.1 qu'elle a lieu dans les soixante jours de la réception du dossier par le tribunal arbitral. Cette étape de la procédure a lieu dans le cadre d'une réunion convoquée à cet effet. Ladite réunion, comme précédemment indiqué, a pour finalité d'organiser le déroulement de la procédure et consiste pour l'essentiel à fixer l'objet du litige ainsi que les moyens des parties tels qu'ils ressortent des mémoires déjà produits, à déterminer la langue de l'arbitrage, à établir un calendrier d'instruction « prévisionnel » déterminant les dates auxquelles les parties pourront produire leur mémoire ainsi que la date de clôture de l'instruction²³⁸. De manière générale cette étape permet au tribunal arbitral et aux parties de fixer les règles particulières de mise en œuvre de la procédure arbitrale. Elle s'est fortement inspirée de « l'acte de mission » qui a été consacré par le système d'arbitrage de la Chambre de commerce international (CCI Paris).

Par la suite, durant la phase de l'instruction, le tribunal arbitral examine les mémoires des parties. Il peut décider d'auditionner les parties, qui peuvent se faire représenter ou assister, ensemble ou séparément. Le tribunal arbitral peut recevoir tout témoignage, et également désigner tout expert ou ordonner toute expertise dont il fixe le cadre et les attentes.

Les audiences tenues dans le cadre du déroulement de l'instance arbitrale ne sont pas publiques contrairement aux audiences ordinaires de la CCJA.

À la clôture de l'instruction, l'affaire est mise en délibéré. Aucune pièce, ni écriture ne pourront être alors déposées et la délibération est secrète.

²³⁷ Dans le cadre d'un arbitrage Ohada, l'acte uniforme sur l'arbitrage n'a pas prévu cette étape.

²³⁸ Le Règlement de procédure prévoit que la clôture de l'instruction ne peut être fixée à un délai supérieur à six mois à compter de la tenue de la réunion.

b. Les règles applicables

Les règles applicables à l'instance arbitrale concernent le droit applicable au fond du litige ainsi qu'un ensemble d'autres règles processuelles destinées à assurer le bon déroulement de l'instance et la solution du litige. Aux termes de l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CCJA :

« Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. À défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce.

Dans tous les cas, l'arbitre tiendra compte des stipulations du contrat et des usages du commerce.

L'arbitre reçoit les pouvoirs d'amiable compositeur si les parties ont donné leur accord sur ce point dans la convention d'arbitrage, ou postérieurement. »²³⁹.

Il apparaît donc que le droit applicable au fond du litige relève de l'office des parties²⁴⁰. Celles-ci peuvent aussi décider que les arbitres trancheront le litige en amiable composition. À défaut, il appartiendra aux arbitres de déterminer quelle est la loi applicable au fond du litige.

2. Le prononcé de la sentence arbitrale

La sentence arbitrale est rendue par le tribunal dans les conditions et formes prévues par les dispositions du Règlement d'arbitrage (a) et produit certains effets (b).

a. Les aspects formels

À défaut d'unanimité, le Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit que la sentence arbitrale est rendue par la majorité des membres composant le tribunal arbitral. À défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul.

La sentence arbitrale, à l'instar d'un jugement, doit être motivée. Toutefois, le Règlement d'arbitrage offre la possibilité aux parties d'opter pour des sentences non motivées. Ainsi l'article 22.1 du Règlement d'arbitrage dispose : « sauf accord contraire des parties, et sous réserve qu'un tel accord soit admissible au regard du droit applicable, toutes les sentences doivent être motivées ». En outre, le défaut de motivation de la sentence arbitrale ne figure pas parmi les motifs d'invalidation de ladite sentence rendue sous l'égide de la CCJA.

La sentence arbitrale est signée par les arbitres qui l'ont rendue et le refus d'un arbitre de signer la sentence n'en affecte nullement la validité. À ce propos, il est intéressant de noter que le Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit la possibilité pour les arbitres d'émettre des opinions dissidentes. L'article 22.4 du Règlement prévoit en effet que : « Tout membre du tribunal peut remettre au président de celui-ci son opinion particulière pour être jointe à la sentence ».

²³⁹ Cette disposition s'inscrit en droite ligne de celles de l'article 15 de l'acte uniforme sur l'arbitrage.

²⁴⁰ Il s'agit là d'une différence notable avec les juridictions étatiques qui en principe n'appliquent que les textes de lois de leurs États, sauf en matière de droit international privé où des dérogations peuvent exister.

Par ailleurs les dispositions de l'acte uniforme sur l'arbitrage recommandent les mentions que doit contenir une sentence arbitrale, même si l'absence d'un de ces éléments n'est pas sanctionnée. Il s'agit : des noms et prénoms des arbitres, de la date à laquelle la sentence a été rendue, des noms, prénoms, dénomination des parties ainsi que leur domicile ou siège social, le cas échéant, des noms et prénoms des avocats ou de toute autre personne ayant représenté ou assisté les parties, de l'exposé des prétentions respectives des parties, de leurs moyens ainsi que des étapes de la procédure.

L'une des particularités de l'arbitrage CCJA réside dans le fait que le Règlement d'arbitrage a prévu un examen préalable de la sentence arbitrale avant sa notification aux parties. En effet, aux termes de l'article 23.1 du Règlement d'arbitrage, « les projets de sentence sur la compétence, de sentences partielles qui mettent un terme à certaines prétentions des parties, et de sentence définitive sont soumis à l'examen de la Cour avant signature ». L'examen préalable est toutefois purement formel, puisque la Cour se contente de faire aux arbitres des propositions de modification de pure forme. Il s'agit d'une mesure non juridictionnelle. La Cour n'est nullement autorisée à intervenir sur le fond ou à suggérer des solutions au tribunal arbitral. L'examen préalable de la sentence arbitrale permet, en outre, à la CCJA de donner aux arbitres les indications nécessaires à la liquidation des frais d'arbitrage et de fixer le montant des honoraires du tribunal arbitral. Dans la pratique, les honoraires sont déterminés au début de la procédure, dans le cadre de la fixation des provisions par la Cour.

La sentence définitive signée des arbitres est transmise au secrétariat général de la CCJA qui a seule compétence pour la notifier aux parties.

b. Les effets de la sentence arbitrale

Le prononcé de la sentence arbitrale entraîne deux conséquences essentielles : le dessaisissement du tribunal arbitral et l'autorité de la chose jugée.

À l'instar d'une juridiction étatique qui aurait rendu sa décision, la notification de la sentence arbitrale aux parties dessaisit le tribunal arbitral. Le dessaisissement signifie en pratique que les arbitres n'ont plus aucun pouvoir de statuer sur les questions qui ont déjà fait l'objet de l'arbitrage²⁴¹. Toutefois, un certain tempérament est apporté à cette règle par les articles 22 de l'acte uniforme sur l'arbitrage et 26 du Règlement de la CCJA, puisque, aux termes de ces deux dispositions, les arbitres demeurent compétents pour examiner des demandes relatives à la rectification ou à l'interprétation de la sentence arbitrale.

L'effet le plus important attaché à la sentence arbitrale réside dans l'autorité de la chose jugée. En effet, aux termes des dispositions de 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 État partie, au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État.

²⁴¹ De ce point de vue, le dessaisissement s'applique aussi bien à une sentence tranchant tous les points du litige qu'à une sentence partielle qui statuerait par exemple sur la compétence des arbitres.

Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de l'un quelconque des États parties ».

Toutefois, il convient de relever que le recours en contestation de validité contre une sentence arbitrale est suspensif d'exécution à moins que le tribunal arbitral n'ait accordé l'exécution provisoire. Dans le cadre du droit commun de l'arbitrage organisé par l'acte uniforme, il est fait allusion au recours en annulation.

II. LA PHASE POST-ARBITRALE

L'analyse des dispositions du traité Ohada relatives à l'arbitrage CCJA et du Règlement d'arbitrage pourrait laisser croire que le législateur Ohada a entendu soustraire les sentences arbitrales, prononcées sous l'égide de l'institution communautaire, à toute voie de recours. Il n'en est rien, le règlement d'arbitrage de la CCJA ayant prévu trois recours, à savoir : le recours en contestation de validité, le recours en révision et la tierce opposition. À la suite des recours dont elle pourrait faire l'objet, l'exécution forcée de la sentence arbitrale ne sera effective qu'après le prononcé par le président de la CCJA d'une décision d'exequatur.

A. LES RECOURS CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE

1. Le recours en contestation de validité

Ce recours est prévu par les dispositions de l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CCJA. Cet article dispose, en effet, en son alinéa 1^{er} que « si une partie entend contester la reconnaissance de la sentence arbitrale et l'autorité définitive de chose jugée qui en découle par application de l'article 27 ci-dessus, qui précède, elle doit saisir la Cour par une requête qu'elle notifie à la partie adverse ». Le recours en contestation de validité de la sentence arbitrale est soumis à des conditions de recevabilité et ne peut être fondé que sur l'un des motifs autorisant le refus de l'exequatur.

S'agissant des conditions de recevabilité, on en dénombre deux, prévues par les alinéas 2 et 3 de l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CCJA. L'alinéa 2 de l'article 29 qui prévoit la première condition de recevabilité dispose que : « la contestation de la validité de la sentence n'est recevable que si, dans la convention d'arbitrage, les parties n'y ont pas renoncé ». Il apparaît de ces dispositions que le législateur communautaire n'a pas entendu conférer au recours en contestation de validité un caractère d'ordre public, les parties à la convention d'arbitrage, s'étant vues reconnaître la faculté de renoncer à l'exercice de ce recours dans leur convention. La seconde condition de recevabilité du recours se rapporte, quant à elle, à des conditions de délai. L'alinéa 3 de l'article 29 suscitée précise en effet que : « la requête peut être déposée dès le prononcé de la sentence. Elle cesse d'être recevable si elle n'a pas été déposée dans les deux mois de la notification de la sentence visée à l'article 25 ci-dessus ».

En ce qui concerne l'appréciation du bien-fondé de la requête en contestation de validité, le juge communautaire assoit sa conviction à l'aune des dispositions de l'article 30 alinéa 6 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, lesquelles dispositions prévoient quatre hypothèses dans lesquelles l'exequatur peut être refusé, à savoir :

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

La matérialité de l'une de ces hypothèses suffira à justifier une décision d'annulation de la sentence arbitrale déférée à la censure du juge communautaire.

En cas d'annulation de la sentence arbitrale, le juge communautaire évoque et statue au fond si les parties en font la demande. Dans ce cas, les parties sortent de la procédure arbitrale pour s'engager dans la voie judiciaire. Le dossier est instruit par la CCJA conformément à son règlement de procédure et un arrêt est rendu. Cette décision est insusceptible de recours. Si les parties n'ont pas sollicité l'évocation, la procédure est reprise à la requête de la partie la plus diligente à partir, le cas échéant, du dernier acte de l'instance arbitrale reconnu valable par la Cour, conformément aux dispositions de l'article 29 alinéa 5 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

2. Le recours en révision

Le recours en révision contre les sentences arbitrales rendues selon la procédure d'arbitrage CCJA est fixé par les dispositions de l'article 32 du règlement d'arbitrage de l'institution communautaire. Ce recours est ouvert dans les cas et sous les conditions prévues par l'article 49 du Règlement de procédure de la CCJA. La révision de la sentence arbitrale ne peut être demandée au juge communautaire qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu de la Cour ou du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision.

La procédure de révision s'ouvre par un arrêt de la Cour qui constate expressément l'existence d'un fait nouveau, remplissant les caractères admis à l'ouverture de la révision, et déclare de ce chef la demande recevable. La Cour peut subordonner l'ouverture de la procédure en révision à l'exécution préalable de la sentence arbitrale. La demande en révision doit être formée dans un délai de trois mois à compter du jour où le demandeur a eu connaissance du fait sur lequel la demande en révision est basée. Aucune demande en révision ne pourra être formée après l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la sentence arbitrale.

Contrairement à ce qui a été indiqué s'agissant du recours en contestation de validité, les parties à la convention d'arbitrage n'ont pas la faculté de renoncer au recours en révision. Il est également important de relever que le recours en révision n'est pas porté devant le tribunal arbitral qui a statué, mais plutôt devant la CCJA²⁴², cour de justice. Celle-ci statue par arrêt sur le fond du litige.

²⁴² Cette solution est totalement différente de celle qui a été retenue dans l'arbitrage de droit commun organisé par l'acte uniforme du 11 mars 1999. L'article 25 dudit acte uniforme dispose en effet que « la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en révision devant le tribunal arbitral ».

3. La tierce opposition

Elle est ouverte à toute personne se sentant lésée par une sentence arbitrale rendue contre ses intérêts sans qu'elle ait été appelée à l'instance arbitrale. Conformément aux dispositions de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CCJA : « la tierce opposition contre les sentences arbitrales et contre les arrêts de la Cour, lorsque celle-ci a statué au fond conformément à l'article 29.5 1^{er} alinéa ci-dessus, est ouverte, dans les cas et sous les conditions prévues par l'article 47 du Règlement de procédure ». Le recours est porté devant la CCJA, cour de justice.

Les dispositions des articles 23 et 27 du Règlement de procédure de l'institution communautaire sont applicables à la demande en tierce opposition. Celle-ci doit en outre :

- spécifier la sentence arbitrale attaquée ;
- indiquer en quoi la sentence arbitrale attaquée préjudicie aux droits du tiers opposant ;
- indiquer les raisons pour lesquelles le tiers opposant n'a pu participer à l'instance arbitrale.

La demande est formée contre toutes les parties à l'instance arbitrale. L'exercice du recours en tierce opposition n'est enfermé dans aucun délai. La CCJA rend un arrêt au terme d'une procédure contradictoire.

B. L'EXEQUATUR DE LA SENTENCE ARBITRALE

Le principe en matière d'arbitrage demeure l'engagement des parties à exécuter spontanément et de bonne foi les sentences prononcées conformément à leur convention d'arbitrage.

En cas de difficultés d'exécution, l'arbitre étant dépourvu de l'imperium, les sentences arbitrales CCJA bien qu'étant revêtues de l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État partie au traité Ohada, ne pourront donner lieu à exécution forcée qu'après le prononcé par l'autorité compétente d'une décision d'exequatur²⁴³, dont l'étendue du champ d'application constitue un réel avantage.

1. L'autorité compétente pour accorder l'exequatur et les voies de recours contre sa décision

a. L'autorité compétente pour accorder l'exequatur

L'article 25 du traité Ohada dispose en ses alinéas 2 et 3 que :

« Les sentences arbitrales rendues conformément (sous l'égide de la CCJA) 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 ».

²⁴³ L'exequatur est demandé par une requête adressée à la Cour. Il est accordé par une ordonnance du président de la Cour ou du juge délégué à cet effet, qui se prononce dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

À notre sens, cette compétence exclusive en matière d'exequatur tout comme on l'a précédemment vu en matière de recours contre les sentences arbitrales, recèle tout l'enjeu du recours au système d'arbitrage CCJA pour la mise en œuvre des normes Ohada. En effet, aussi bien en matière d'exequatur qu'en matière de recours, la CCJA, cour de justice, lorsqu'elle est saisie, a l'opportunité d'assurer le contrôle juridictionnel de l'application uniforme du droit Ohada. Elle tient cette prérogative de l'article 14 du Traité et cela lui permet d'établir une jurisprudence uniformisée en matière d'arbitrage CCJA. Cette jurisprudence uniformisée, sauf dans les hypothèses où les parties à la convention d'arbitrage ont préféré au droit Ohada l'application d'un droit matériel étranger au fond de leur litige, participe assurément de la promotion et de l'efficacité du droit Ohada.

À ce stade de la réflexion et à la suite de tout ce qui précède, il convient, toutefois, de préciser que l'exequatur des sentences arbitrales CCJA n'est pas automatique. En effet, cet exequatur peut être refusé par le président de la CCJA dans les hypothèses suivantes :

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

Par ailleurs, l'exequatur n'est pas accordé et le président de la CCJA ne se prononce pas sur la requête aux fins d'exequatur, si la Cour se trouve déjà saisie, pour la même sentence, d'une requête en contestation de validité. Les deux requêtes sont jointes, dans la mesure où les points de contrôle sont identiques.

b. Les voies de recours contre la décision de l'autorité compétente

En cas de refus d'exequatur, le requérant peut saisir la Cour de sa demande dans la quinzaine du rejet de sa requête, il notifie sa demande à la partie adverse. La procédure devant la Cour est contradictoire et celle-ci rend un arrêt.

Une action en opposition à exequatur peut également être formée dans les quinze jours de la notification, par la partie adverse, de l'ordonnance du président de la Cour ayant accordé l'exequatur. L'action en opposition à exequatur est ouverte dans les mêmes hypothèses que celles du refus de l'exequatur ou de l'action en contestation de validité. Elle est jugée contradictoirement à l'une des audiences juridictionnelles de la Cour, conformément à son règlement de procédure.

2. Le champ d'application de la décision d'exequatur

Une fois rendue, la décision d'exequatur a pour effet de conférer à la sentence arbitrale un caractère exécutoire sur l'ensemble de l'espace Ohada. Certains auteurs en ont déduit qu'il s'agit d'un « exequatur communautaire »²⁴⁴. Le caractère communautaire de cet exequatur constitue un réel avantage, dans la mesure où point n'est besoin de recourir chaque fois au juge compétent de l'État partie où l'on entend procéder à l'exécution de la sentence arbitrale, pour en obtenir préalablement l'exequatur. Toutefois, même si

²⁴⁴ P.-G. POUYOUÉ, « Le système d'arbitrage de la CCJA », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René Jean Dupuy, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 144 et s.

l'exequatur est communautaire, il est important d'indiquer que l'apposition des formules exécutoires reste nationale, conformément aux dispositions de l'article 31.2 du règlement d'arbitrage de la CCJA aux termes desquelles : « au vu de la copie conforme de la sentence revêtue de l'attestation du secrétaire général de la Cour, l'autorité nationale désignée par l'État pour lequel l'exequatur a été demandé, appose la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit État ». Il reste à espérer que cette démarche auprès des autorités nationales compétentes, ne constitue pas un frein à l'atteinte des objectifs de célérité et de confidentialité de la procédure, recherchés au travers du recours à l'arbitrage CCJA pour la mise en œuvre juridictionnelle des normes Ohada.

CONCLUSION

Il convient de relever que l'arbitrage CCJA offre des avantages indéniables en termes d'encadrement de la procédure et d'homogénéisation de la conduite du contentieux devant le tribunal arbitral par l'intervention, en amont, de la CCJA comme administration d'accompagnement et, en aval, comme juridiction d'appui, de sauvegarde et de protection de l'orthodoxie du droit communautaire Ohada.

La Cour, garante de la mise en œuvre des normes Ohada dès l'avènement de l'instance arbitrale, que ce soit au plan administratif ou au plan juridictionnel, exerce un contrôle qualité de la mise en œuvre de la procédure jusqu'au dessaisissement du tribunal arbitral, par la sentence rendue.

**L'EFFICACITÉ DU DROIT
OHADA :
LES ENJEUX D'UNE POLITIQUE DE DIFFUSION**

DE LA NÉCESSITÉ D'UNE POLITIQUE DE DIFFUSION POUR LA RÉCEPTION SOCIALE ET LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT OHADA

Ferdinand AHO

Expert technique international de la Coopération française auprès de l'OHADA

Il conviendrait de commencer par délimiter le champ de ce propos en précisant le sens de deux mots centraux dans l'énoncé de notre problématique : politique et diffusion. Parmi ses diverses significations, le substantif « politique » est considéré comme la « ligne de conduite raisonnée, en particulier d'une entreprise, d'une institution », « la manière concertée de conduire une affaire », « l'ensemble des dispositions prises dans certains domaines par le gouvernement », « l'ensemble des choix d'objectifs et de moyens qui orientent à moyen et long terme les activités d'une organisation, d'un groupe » « dans quelque domaine que s'exerce leur autorité... ». Par analogie, la politique est en d'autres termes la « stratégie », « une façon d'envisager les choses »²⁴⁵. En ce sens, le traité fondateur de l'Ohada²⁴⁶ formule dès l'origine les lignes directrices d'une politique générale d'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Les objectifs politiques et économiques, les moyens techniques, organiques et financiers y sont déterminés en grandes lignes²⁴⁷.

Le terme « diffusion », au sens d'action de divulguer, propager, répandre, distribuer des informations, idées ou connaissances « spécialement à partir d'un point de rassemblement ou d'emménagement »²⁴⁸, embrasse toutes les formes organisées de propagation des idées, informations et connaissances. En tant que tel, le mot diffusion est absent du Traité. Le règlement portant statut révisé de l'Ersuma, adopté le 16 décembre 2009, assigne à cet établissement des modes particuliers de diffusion : l'Ersuma assure la réalisation de ses missions par la formation, la documentation et la recherche, la consultation, la

²⁴⁵ V. *Le nouveau Petit Robert*, éd. 2009 ; Larousse, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/politique/62192?q=POLITIQUE#61492> ; Centre national de ressources textuelles et lexicales, <http://www.cnrtl.fr/definition/POLITIQUE/substantif>.

²⁴⁶ Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port Louis le 17 octobre 1993 et révisé par le traité de Québec, du 17 octobre 2008.

²⁴⁷ Traité, préambule et art. 1 à 4, 27 à 63 principalement.

²⁴⁸ Centre national de ressources textuelles et lexicales, <http://www.cnrtl.fr/definition/diffusion> ; Larousse, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/diffusion/25481>.

coopération et la coordination²⁴⁹. Tout aussi spécifique et limitée est la publication au Journal officiel de l'Ohada (JO Ohada), au Journal officiel des États membres ou « par tout autre moyen approprié » en vertu des articles 9, 19 et 26 : elle est prescrite pour déterminer la date d'entrée en vigueur des actes uniformes et des règlements. Les publicités prescrites par des dispositions uniformes pour la validité d'actes spéciaux, qu'elles s'accomplissent par insertion dans la presse, inscription dans un registre, affichage ou autrement, ne sont, comme dans les systèmes nationaux, destinées qu'à produire des effets juridiques déterminés²⁵⁰.

Face au défi de l'efficacité du droit des affaires, sa diffusion requiert une plus grande envergure que la portée de la formation assurée par l'Ersuma et le spectre des publications légales dans le contexte des États membres. La réception sociale d'un droit a fortiori nouveau nécessite le renfort d'actions de diffusion adaptées, soutenues et intenses. À ce besoin, les acteurs du secteur privé et les partenaires techniques et financiers ont utilement et diversement répondu par des initiatives indépendantes qui ont notablement soutenu le processus d'harmonisation. Partant des utilités de la diffusion dans le contexte spécifique de l'espace Ohada, une évaluation rapide de la pratique (I) suggère le développement de la diffusion dans une optique de service public. Dans cette perspective, l'articulation judicieuse et concertée de choix d'objectifs et de moyens appropriés est recommandable pour bâtir une politique de diffusion répondant à la quête d'une plus grande efficacité du droit Ohada (II).

I. DES UTILITÉS ET DE LA PRATIQUE DE LA DIFFUSION

A. DES UTILITÉS DE LA DIFFUSION DU DROIT

Les opérations de publication n'ont pas une égale vocation à informer le public, suivant qu'elles répondent à une formalité prescrite par la loi ou qu'elles sont librement entreprises dans le but de divulguer des connaissances ou partager une information. Lorsqu'elle ne constitue qu'une formalité de publicité (imposée légalement), la publication d'un acte est essentiellement destinée à achever l'accomplissement d'un acte.

1. L'achèvement du formalisme prescrit par la loi

La finalité première de la publication des actes uniformes au JO Ohada est de déterminer la date de prise d'effet, à partir de laquelle *nul n'est censé ignorer la loi*. Cette publication constitue, comme toutes les publications obligatoires d'actes de portée générale l'ultime formalité à laquelle est subordonnée leur opposabilité à tous.

Pour le reste, le JO Ohada présente une utilité documentaire dans la mesure où il peut être utilisé pour divulguer le texte publié. Mais une telle utilisation n'est soumise à aucun régime contraignant ; elle dépend du bon vouloir des promoteurs de tel texte ou tel autre publié. À cet égard, la publication au JO des États membres en vertu de l'article 9 (al. 2) du Traité partage le même sort, « ayant manifestement un caractère purement informatif

²⁴⁹ Traité, art. 41 ; R. n° 004/2009 du 17 juin 2009, art. 3 et 4.

²⁵⁰ Par exemple, rendre de tels actes opposables, conférer la personnalité juridique (publicité des sociétés par l'immatriculation au RCCM), etc.

concourant à la bonne diffusion du droit Ohada »²⁵¹. La publicité de certains actes spéciaux et ponctuels n'a pas plus d'ambition que de les parfaire en leur conférant un moyen de preuve (cas de l'enregistrement des actes sous seing privé), l'opposabilité aux tiers, un statut ou certains avantages (cas de l'immatriculation au RCCM). Au-delà de cette finalité, l'utilité informative que de telles publications peuvent présenter dépend de l'étendue réelle de lectorat des périodiques qui les reçoivent. Dans le contexte des États de l'Ohada, rares sont les journaux pouvant réunir, pour ensemble garantir une diffusion nationale satisfaisante, les conditions d'habilitation à recevoir des annonces légales, c'est-à-dire notamment : justifier d'une vente effective par abonnement, dépositaires ou vendeurs ; paraître depuis plus de six mois et justifier d'une diffusion à l'échelle nationale. Les opérations de publication conçues dans le dessein spécifique de partager la conscience et la connaissance du droit contribuent plus largement et plus sûrement que la publicité légale au renforcement de l'effectivité du droit.

2. Le renforcement de l'effectivité du droit

Nul n'est censé ignorer la loi. L'on pourrait ajouter « dès lors qu'elle est entrée en vigueur ». Somme toute théorique est la présomption légale, a fortiori en milieu africain où survivent les traditions juridiques et l'illettrisme. La dynamique du droit à travers les comportements exige bien plus que la publication légale des nouvelles règles. Elle requiert une action de diffusion énergique, systématique et soutenue. Le Secrétariat permanent est si conscient de l'importance d'une promotion systématique de l'application du nouveau droit, qu'au lendemain de l'adoption du nouvel acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au GIE, il a engagé en complément à l'action de l'Ersuma une campagne de sensibilisation dans les États sous la forme de séminaires thématiques.

3. La promotion de l'efficacité technique du droit

Les diverses formes de diffusion dispensées par l'Ersuma et d'autres acteurs de l'intérieur comme de l'extérieur de l'Ohada, des États comme de l'étranger, concourent à l'efficacité du droit en facilitant sa réception par la société puis son perfectionnement.

a. Par la facilitation de la réception sociale

L'objectif primordial de la diffusion de la réforme est son assimilation par les justiciables, passage obligé de sa traduction dans leurs comportements. Autant pour les juristes que pour les non-initiés, l'intelligence de la règle de droit applicable et la conscience de son existence déterminent l'une comme l'autre son application.

Alors que les actes uniformes sont directement applicables dans les États²⁵², sans besoin de transposition, la mise en œuvre effective de certaines dispositions est subordonnée à la diligence des autorités nationales lorsque des mesures de droit interne doivent préalablement les compléter. Le cas échéant, une assistance s'impose pour sensibiliser les États aux subtilités des dispositions uniformes et à des modèles de telles mesures

²⁵¹ M. KAMTO, note sous Traité, art. 9, dans *Ohada, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 4^e éd., Juriscope, 2012, p. 35.

²⁵² Traité, art. 10 et CCJA, avis n° 002/2000 : *Rec. CCJA* n° spécial janvier 2003, p. 74 et s. ; *Rec. CCJA* vol. 1, 2003-2005, p. 84 et s.

additionnelles appropriées. C'est en ce sens que l'on peut considérer l'action entreprise par le Secrétariat permanent auprès de la plupart des États retardataires pour compléter le droit pénal des affaires, en leur communiquant à titre de modèle les lois par lesquelles les plus diligents ont déterminé les sanctions correspondant aux incriminations définies par les actes uniformes conformément à l'article 5 alinéa 2 du Traité. Il en est de même des campagnes de sensibilisation engagées avec l'appui de quelques partenaires techniques et financiers pour aider les États à définir les mesures incitatives fiscales et sociales sans lesquelles le statut d'entrepreneur, entré en vigueur depuis le 15 mai 2011 ne peut connaître d'application réelle²⁵³.

La notification des demandes d'avis consultatifs à tous les États membres et la publication, au JO Ohada, des avis émis en réponse par la CCJA, participent aussi de la diffusion en ce qu'elles concourent au renforcement de l'intelligence du droit.

Si les éclairages aussi diversement apportés à force de diffusion favorisent l'appropriation du nouveau droit par les justiciables et sa traduction dans les comportements, il reste que le résultat dépend encore de sa perfection technique.

b. Par la facilitation du perfectionnement technique

Quelle que soit la qualité technique intrinsèque de la règle de droit à son origine, la pratique la soumet à une évaluation permanente. Les insuffisances révélées, qu'elles aient été ou non sanctionnées par la justice, appellent une correction qui est apportée par l'ingénierie des praticiens et des auteurs ou par une intervention du législateur. Par le souci d'adaptation aux évolutions de la situation de leurs économies, clairement énoncé à l'article premier du Traité, les États parties ont implicitement prescrit le perfectionnement technique du droit Ohada.

Pour les besoins du perfectionnement continu du droit des affaires, le Conseil des ministres a formellement prescrit que, désormais, toute réforme d'acte uniforme doit se limiter aux dispositions problématiques recensées au moyen d'une évaluation systématique et préalable de la performance pratique dudit acte uniforme. Seule une excellente connaissance des règles, favorisée par une diffusion soutenue tant des textes que des réflexions ayant accompagné leur pratique, peut garantir la qualité d'une telle évaluation et des améliorations.

En outre, la mission de l'Ohada implique une action d'évaluation (nécessairement soutenue par une bonne diffusion préalable), dans la mesure où le Conseil des ministres est habilité à étendre le domaine d'harmonisation à de nouvelles matières²⁵⁴.

²⁵³ Dans le même sens, V. A. P. SANTOS, obs. sous Acte uniforme relatif au droit commercial général, dans *Ohada, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 4^e ed., Juriscope, 2012, p. 238 : diverses invitations sont faites implicitement au juge ou aux autorités nationales à préciser le contenu de concepts et mécanismes nouveaux, tels les « motifs légitimes et sérieux », la « gravité du comportement » prévus respectivement aux alinéas 2 des articles 120 et 281 de l'AUDCG, la « juridiction compétente statuant à bref délai ». Il en est de même lorsque la CCJA précise ou crée le droit pour combler les silences du législateur : J. GATSI, « La jurisprudence, source du droit Ohada », *RIDC* 2/2012, p. 477.

²⁵⁴ Traité, art. 2.

B. DE LA PRATIQUE DE LA DIFFUSION DU DROIT

Les progrès accomplis par l'Ohada sont reconnus et salués de toutes parts. La performance inédite de l'action de diffusion y a sans aucun doute contribué. Des faiblesses existent cependant et s'expliquent.

1. La performance inédite de la diffusion

Dès le départ, la promotion du nouveau droit a effectivement bénéficié, au-delà de la publication légale, d'un renfort de sa diffusion par des concours variés, publics, privés, de l'intérieur de l'espace Ohada comme de l'étranger. Tous les métiers du livre et de la presse se sont mobilisés, des éditeurs aux libraires en passant par les auteurs de toutes les origines professionnelles, les imprimeurs, etc. La créativité des uns et des autres a fleuri comme on n'avait jamais vu auparavant. Le foisonnement de « clubs Ohada », groupements associatifs de juristes motivés et bénévoles, a singulièrement rehaussé la puissance du mouvement de faveurs soulevé par le projet d'harmonisation du droit des affaires. Les séminaires de l'Ersuma et d'autres acteurs, le code vert, les manuels universitaires, l'adaptation des programmes de formation, les revues, les recueils et autres mémentos pratiques, les sites de documentation et d'information, le dictionnaire encyclopédique, le répertoire de jurisprudence, le formulaire pratique, le DVD d'autoformation illustrent la grande diversité des actions, ouvrages, concepts et moyens développés à foison au profit du droit Ohada. Cette mobilisation massive et fructueuse a pourtant pâti de contraintes diverses.

2. Les contraintes avérées de la diffusion

a. Les failles des systèmes de publication légale

Le système juridique de l'Ohada est caractérisé par la prééminence de « la loi » comme source du droit²⁵⁵, plus exactement la primauté des actes uniformes dans la création du droit substantiel. La publication au JO Ohada est à la fois impérieuse pour parfaire le processus normatif en déterminant la prise d'effet des actes uniformes. Quant au besoin de diffusion du droit, le résultat de la publication au JO Ohada et au JO des États, ou par tout autre moyen approprié demeure en deçà des besoins. La diffusion du JO Ohada est nettement insuffisante pour diverses raisons :

- son tirage réduit, l'absence de réseau de diffusion, la lenteur d'acheminement vers les États²⁵⁶ ;
- le déficit de coopération de certaines administrations nationales qui ne distribuent pas ou que mal les quantités mises à disposition par le Secrétariat permanent ;

²⁵⁵ Tel dans les systèmes de droit civil. Si la jurisprudence (de la CCJA) opère elle aussi comme source (J. Gatsi, « La jurisprudence, source du droit Ohada », précit.), c'est à titre secondaire.

²⁵⁶ Le JO Ohada est tiré à 2 000 exemplaires en moyenne pour l'ensemble des États membres. Sa distribution n'est pas assurée par un réseau de relais nationaux (publics ou privés). L'acheminement des lots offerts aux États n'est pas soumis à un mécanisme reposant sur des délais et un dispositif opératoire garantissant une efficacité optimale. C'est ainsi, par exemple, que le JO Ohada du 15 février 2014 publiant l'AUSCGIE entrant en vigueur le 5 n'est pas expédié aux États à la date du 21 avril 2014. Il ne leur est donc accessible que sur internet.

- l'absence d'édition électronique dans le sens d'une rubrique comprenant l'intégralité du JO avec la possibilité d'une consultation sur la base d'un index et la possibilité d'un téléchargement par articles ou thèmes sélectionnés ;
- l'accès aux copies mises en ligne sur différents sites qui demeure instable dans certaines localités, en dépit des avancées rapides de la couverture télématique, du fait du faible débit de la connexion Internet, de l'instabilité du courant électrique ou des capacités des équipements informatiques ;
- la double publication (par l'Ohada et par les États), qui subordonne les organes nationaux : ils doivent attendre la parution du JO Ohada pour entrer en possession et publier les textes à leur tour. Pendant ce temps, les délais d'entrée en vigueur courent et le JO Ohada n'est pas à même de couvrir pleinement le besoin d'information ;
- la cadence erratique du JO Ohada, qui paraît généralement lorsqu'une publication est obligatoire ; il peut en outre omettre ou retarder l'insertion de certains actes non soumis à publicité ;
- le coût de la publication des actes, qui est renchéri par la multiplicité des organes, JO Ohada et dix-sept JO nationaux, les uns et les autres ne partageant aucune charge afin de réaliser des économies d'échelle, financières et autres.
- l'atonie des ressorts administratifs qui produit l'effet d'un poids mort dans nombre de pays. Dans d'autres, les opérations de distribution bien menées à partir de l'étranger échouent tout simplement sur des obstructions érigées au nom de la routine administrative²⁵⁷.

Les opérateurs du marché intérieur ne peuvent être que d'un secours limité, ce marché présente lui-même des handicaps importants.

b. Les handicaps du marché intérieur

- L'immensité du besoin d'information et le déficit de demande solvable

L'immensité du besoin d'information se mesure à quelques chiffres : le champ de diffusion primordiale des textes de l'Ohada s'étend sur les dix-sept États d'Afrique de l'Ouest, du centre et de l'océan indien totalisant plus de neuf millions de km², plus de deux cent trente-six millions d'habitants²⁵⁸ avec toutes leurs universités, leurs écoles de formation professionnelle, leurs juridictions et professions juridiques et leurs entreprises. Le besoin d'information et de connaissance est à ce point considérable. Paradoxalement il ne se traduit pas en une demande conséquente sur le marché de la presse, du livre et de la formation juridiques. L'explication réside principalement dans la faiblesse du pouvoir

²⁵⁷ En 2010, le Secrétariat permanent avait acheté 2 000 exemplaires du recueil de la CCJA et avait demandé aux États la communication de l'adresse des juridictions nationales, dans le but de distribuer directement cette documentation. Les experts des États s'étaient concertés et avaient paralysé l'initiative en s'abstenant d'œuvrer à la communication des adresses demandées. Motif : une expédition directe à l'adresse des juridictions ne respecterait pas le principe de la voie hiérarchique.

²⁵⁸ Plus exactement 9 122 283 km² et 236 256 596 habitants, somme des données nationales estimées au mois de juillet 2013 par www.populationsdumonde.com.

d'achat²⁵⁹. De manière générale, le peu de solvabilité de la demande intérieure est à l'origine du Programme plus, un système de bonification mis en place par la France pour alléger le prix public des manuels de référence exportés en Afrique.

L'édition juridique et singulièrement le processus de réforme entrepris par l'Ohada pâtit du marasme ambiant.

– Le marasme de la presse et de l'édition juridique

Les difficultés du service du Journal officiel dans la plupart des États de l'Ohada sont chroniques et bien connues. Elles se traduisent principalement par la parution irrégulière et la distribution aléatoire du périodique. Les chercheurs et les auteurs de toutes origines professionnelles peinent à publier leurs travaux, du fait de la déficience de l'offre d'édition et des revues sur le marché national et régional, d'une part ; des difficultés d'accès aux éditions étrangères, d'autre part. En particulier, les universitaires et les praticiens ne peuvent pas, dans des délais utiles, disposer d'ouvrages de référence à jour des innovations apportées par l'Ohada, ni s'informer eux-mêmes et contribuer à l'application et à la diffusion du nouveau droit.

Le renfort de diffusion dû à la coopération d'acteurs étrangers a opportunément favorisé l'accessibilité immédiate des nouvelles règles, leur appropriation initiale par les spécialistes appelés à promouvoir leur propagation. Concrètement, le fruit de la coopération avec la communauté internationale a consisté dans la fourniture, dans un délai relativement court, de produits et services répondant au besoin de diffusion de première nécessité : production et distribution du premier code Ohada et de sept manuels universitaires rédigés par des enseignants en exercice dans les États membres, formation de formateurs, etc. Ces actions se prolongent et les résultats et les fruits se diversifient.

L'efficacité des efforts de diffusion en coopération a été saluée lors de la célébration du dixième anniversaire du Traité, par le Conseil des ministres qui a décerné des diplômes d'honneur à quelques-uns des responsables. Pour autant, les formules de coopération mises en œuvre n'ont pas entraîné une réorganisation des secteurs d'activité concourant à la diffusion, n'étant pas destinées à une telle fin. Entre autres écueils, les coûts de distribution des ouvrages et de la connaissance juridiques demeurent prohibitifs.

– Les coûts prohibitifs de la distribution

S'agissant d'un processus au long cours dans le contexte de libéralisme économique qui est le nôtre et face à la léthargie des administrations, la diffusion de la documentation ne peut être envisagée sans le partenariat du secteur privé, c'est-à-dire sans la participation des éditeurs, des imprimeurs et des libraires voire des transporteurs. À cet égard les coûts très élevés liés à la distribution ont notablement limité le succès de diverses formules expérimentées dans le but d'assurer la large diffusion de différents ouvrages de référence.

La plupart des ouvrages de référence fabriqués en Europe ou en Afrique pouvaient, dans la mesure où leur production avait été subventionnée par des partenaires techniques et

²⁵⁹ Pour un salaire mensuel moyen bas de 40,80 \$ en Afrique centrale et 30,8 en Afrique de l'Ouest.

financiers de l'Ohada, être distribués gracieusement ou mis en marché à des prix défiant toute concurrence²⁶⁰. Cependant leur diffusion était lourdement obérée par :

- le coût élevé du frêt aérien à l'intérieur du continent africain ;
- les charges liées au conditionnement des lots et à la manutention ;
- les frais divers imposés au cordon douanier (droits de douanes, magasinage, commission du transitaire).

Il est arrivé que pour un ouvrage, le cumul de ces charges dépasse la valeur de sa production. En conséquence, les libraires ne se bousculent pas pour assurer la diffusion et les quelques-uns qui se sont engagés pratiquent des prix exorbitants²⁶¹.

Au total la diffusion se présente comme un besoin d'intérêt général qui ne peut, en l'état actuel des choses, être pleinement satisfait par les seuls organes de l'Ohada et ceux des États. En dépit des entraves diverses affectant le marché de la diffusion, le concours du secteur privé demeure une solution décisive à terme dans le contexte de libéralisme économique. Dans ces conditions, il semble judicieux d'affirmer la diffusion dans une optique de service public²⁶² et d'élaborer en conséquence, pour le développement de cette activité, une politique propre à canaliser au mieux l'engagement des différents acteurs, tant les institutions de l'Ohada et les organes nationaux que les opérateurs privés et les partenaires au développement.

²⁶⁰ Excepté le code vert qui n'a jamais été subventionné. La commercialisation des neuf manuels de la collection droit uniforme africain, co-édités par Juriscope, l'AUF et Bruylant, est exemplaire à cet égard. À charge pour le diffuseur sélectionné sur appel d'offres d'approvisionner les libraires d'Afrique à partir de Dakar selon les mécanismes d'usage ordinaire dans le secteur, ce dernier avait bénéficié d'un paquet de faveurs :

- offre de cession des ouvrages à un prix CAF (Coût, assurance et fret compris) d'une double réduction du prix pratiqué en France et dans les autres pays du Nord. Ce prix CAF résulte d'une réduction de 58 % du prix proposé pour l'Afrique, qui lui-même équivaut en moyenne à seulement un tiers du prix pratiqué dans les librairies des pays du Nord pour les mêmes ouvrages ;
- garantie de l'exclusivité du stock (7 titres tirés à 78 000 exemplaires en tout) ;
- campagne de promotion assurée par Juriscope auprès des ministres de la Justice et d'une sélection de libraires des États membres et de l'Ohada. De même, plus de 13 000 exemplaires d'un manuel pratique de droit de l'entreprise et du premier volume des collections du JO Ohada et du Recueil CCJA, entièrement réalisés sur financement français, devaient être diffusés gracieusement à partir de Cotonou.

²⁶¹ Un ouvrage proposé au prix de 6 000 F CFA (environ 9 €) a été ainsi commercialisé au prix de 34 000 F CFA (51,83 €) dans l'unique librairie qui en vendait. Le code vert proposé à 25 000 F CFA et cédé au libraire avec une réduction de 46 % sur tout achat de 100 exemplaires ou plus, a été retrouvé en librairie au Cameroun au prix affiché de 35 000 F CFA.

²⁶² Dans le sens usuel, selon le *Vocabulaire juridique* Capitant, d'activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général.

II. LA PERSPECTIVE D'UN SERVICE PUBLIC DE DIFFUSION

A. L'OBJECTIF D'UN SERVICE PUBLIC DE DIFFUSION

S'agissant d'un droit qui se veut nouveau²⁶³, le but primordial de la diffusion est d'en bien faire connaître aux justiciables la teneur exacte. Bien que la majorité des États membres appartiennent, en l'état actuel du développement de l'Ohada, à la même tradition juridique et sont apparentés au système français de l'époque coloniale, la bonne connaissance du nouveau droit des affaires ne peut pas être garantie par le simple renvoi aux conceptions et aux recettes de l'héritage français. Le traité Ohada promet un renouveau juridique résultant du commun accord des États (transcendant les clivages juridico-linguistiques éventuels ou se démarquant des conceptions familières) sur des règles modernes, simples et adaptées à la situation de leurs économies. La vocation d'un tel droit à être ajusté aux circonstances de sa production commande que, pour les besoins de son application et de son efficacité, les justiciables accèdent à son authentique et spécifique teneur : la vérité intrinsèque des règles. Le même objectif vaut pour les justiciables étrangers, a fortiori lorsque leur langue n'est pas celle de la version originelle de tel ou tel acte uniforme. Leur besoin primordial est d'identifier la règle Ohada dans sa consistance ; ils peuvent ensuite, avec ou sans assistance, la comparer à leur propre droit ou au droit du commerce international.

Face au principe du multilinguisme de l'Ohada, l'importance de promouvoir la connaissance du droit Ohada de par sa vérité propre se trouve accrue. En disposant que « les langues de travail de l'Ohada sont le français, l'anglais, l'espagnol et le portugais », l'article 42 nouveau du Traité commande que les actes uniformes soient adoptés dans ces quatre langues et que les juges puissent dire²⁶⁴ le même droit avec la même exactitude dans l'une quelconque de ces langues. En attendant que l'Ohada se donne les moyens d'exprimer le droit ainsi dans les quatre langues, nous savons que le français reste l'unique langue pratiquée. Les premières mesures entreprises par l'Ohada visent à assurer la traduction : d'une part, l'approbation des traductions par des comités nationaux de validation et le Conseil des ministres ; d'autre part, le recrutement de traducteurs-interprètes. Il reste que la traduction est une réponse provisoire et transitoire, elle est en tout cas imparfaite en raison des approximations qui affectent généralement l'œuvre du traducteur²⁶⁵.

²⁶³ De par l'autonomie de son système institutionnel, le régime particulier de ses sources, son domaine territorial voire ses règles substantielles.

²⁶⁴ À la suite du Traité, l'article 27 bis nouveau du Règlement de procédure de la CCJA énonce les conditions dans lesquelles chacune des langues de travail a vocation à être la langue de procédure devant la Haute juridiction, c'est-à-dire la langue des mémoires et plaidoiries des parties, des pièces produites, des procès-verbaux et décisions de la Cour.

²⁶⁵ Le processus général de la traduction, même de la traduction simultanée, est celui de la succession du traducteur à l'auteur, ménageant un laps de temps plus ou moins important au premier. Cependant la traduction juridique n'est pas à l'abri d'approximations voire de contresens, surtout lorsque le passage d'une langue à une autre est doublé de transition d'une tradition juridique à une autre. Sur les limites de la traduction juridique, V. F. AHO, « Quelques éléments de réflexion sur la diffusion du droit uniforme de l'Ohada dans un contexte de multilinguisme et dans une perspective bi-juridique », Ohadata D-07-34. L'article 42, alinéa 2 du

Or la diffusion dans diverses langues requiert la même exactitude que l'émission du droit dans les mêmes langues. Le problème posé est alors la difficulté à diffuser le droit avec toute l'exactitude requise, sans que la simple traduction d'une langue source vers une langue cible ne puisse la garantir. À ce jour, les traductions d'actes uniformes servant à propager le droit Ohada en anglais, portugais et espagnol sont essentiellement celles que Juriscope a réalisées à partir de 1998 ; elles demeurent dans les limites d'exactitude qu'il est aisé de comprendre.

B. LE CONTENU D'UN SERVICE PUBLIC DE DIFFUSION

La matière juridique n'échappe pas à la règle générale et fondamentale de la liberté de pensée, consacrée par l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. En ce sens, les œuvres dédiées à la promotion de la connaissance du droit Ohada sont librement pensées et réalisées par leurs auteurs tant en la forme que dans le fond. À cet égard, l'abondance de la littérature consacrée à l'Ohada bat sans aucun doute tous les records s'agissant de l'accueil et du soutien réservé à une campagne de réforme juridique. Il en est de même de la diversité des auteurs, qui se comptent parmi les juristes de tous les ordres, praticiens et universitaires, du secteur public et du secteur privé, de l'intérieur et de l'extérieur de l'espace Ohada, etc.

Dans le flot grandissant des contributions à la vulgarisation du droit Ohada, se côtoient deux catégories : d'une part, les textes et assimilés ; d'autre part, les œuvres à valeur ajoutée. En considérant au titre des textes les sources directes de ce nouveau droit (que sont le traité, les actes uniformes, les règlements et décisions), il convient d'y assimiler la jurisprudence de la CCJA, voire dans une moindre mesure celle des cours d'appel nationales. Par-delà leur publication légale, la diffusion des textes s'inscrit au rang des priorités de diffusion afin non seulement que nul n'ignore la loi mais, surtout, afin que chacun puisse l'appliquer au mieux. Dès lors la diffusion des textes et assimilés devrait, en veillant à ne pas les altérer, être organisée pour être la plus efficace possible.

Quant aux œuvres à valeur ajoutée, que sont les thèses, manuels, études, articles, commentaires, annotations et autres travaux publiés, une sélection opérée sur la base des priorités stratégiques déterminées pour la diffusion devrait permettre de privilégier certains types et titres. Dans l'optique d'une diffusion d'intérêt général, les ressources propres de l'Ohada et les appuis extérieurs devraient être affectés prioritairement à la vulgarisation des textes, de la jurisprudence et des types et titres d'ouvrages répondant aux critères d'éligibilité stratégique.

C. LES MOYENS D'UNE POLITIQUE DE DIFFUSION

Quels pourraient être les acteurs, les choix de priorités et les modes de financement de la diffusion d'intérêt général ?

Traité reconnaît cette inaptitude de la traduction à valoir le texte original, en disposant à propos des textes adoptés et publiés uniquement en français, que la version française fait foi en cas de divergence. Les traductions, même visées par les comités de validation et autorisées par le Conseil des ministres à circuler, n'auront que valeur informative.

1. Les acteurs de la diffusion

Sans distinguer le secteur public et le secteur privé, deux catégories se présentent : les organes dont la mission est d'abord stratégique et les vecteurs opérationnels.

a. Les organes stratégiques

Les institutions communes sont naturellement plus indiquées que telle autorité nationale ou telle autre pour concevoir une organisation intéressant tous les États membres. Parmi elles, le Secrétariat permanent est sans conteste la plus à même de tenir efficacement le rôle de chef de file en raison de ses missions générales qui en font le chef d'orchestre voire l'opérateur principal du processus d'harmonisation : c'est en effet le Secrétaire permanent qui propose le programme annuel d'harmonisation, coordonne l'administration de l'organisation, préside le conseil d'administration de l'Ersuma, représente l'Ohada dans les relations avec les tiers, met les crédits budgétaires à la disposition des organes et institutions, etc.

Rattachée au Secrétariat permanent, l'Ersuma est l'établissement investi statutairement d'une mission de diffusion : la formation, la documentation et la recherche. En tant que telle, elle a vocation non pas à concurrencer les facultés de droit et les écoles de magistrature en empruntant les sentiers battus pédagogiques de la formation et de la recherche, mais à promouvoir une ingénierie de la diffusion en fonction des caractéristiques du champ de l'Ohada.

La CCJA, qui s'est vue confier dès l'origine la tâche de diffuser sa propre jurisprudence, peut utilement apporter à la conception d'une stratégie de diffusion et de programmes conséquents en tirant les leçons de l'expérience d'édition de son recueil de jurisprudence.

Les organes et institutions d'opération de l'Ohada ne devraient cependant, sous l'égide du Secrétariat permanent, constituer que le noyau appelé à définir les lignes directrices d'un service public de diffusion. Elles devraient œuvrer en concertation avec les administrations nationales compétentes²⁶⁶, le secteur privé de l'industrie du livre et les partenaires au développement de l'Ohada. La coopération des uns et des autres aux choix de priorités et de méthodes déterminera leur adhésion et corrélativement l'efficacité des actions de diffusion.

Le Secrétariat permanent devrait, pour conclure sa mission de stratège principal, assurer directement la diffusion et la promotion des choix stratégiques et programmatiques auprès des acteurs de tous ordres engagés dans les opérations de diffusion.

b. Les vecteurs opérationnels

Au premier rang viennent à ce titre les trois opérateurs de l'Ohada, dans la mesure où elles ont statutairement une activité de diffusion : le Secrétariat permanent qui édite le JO Ohada ; l'Ersuma qui assure la formation et la documentation ; la CCJA qui publie son propre recueil de jurisprudence.

Au niveau des États, les vecteurs opérationnels se répartissent entre le secteur public et le secteur privé. Ils vont des services du ministère de la Justice aux librairies, en passant par le journal officiel, l'imprimerie nationale et les entreprises d'édition. Leur articulation

²⁶⁶ Principalement le ministère de la Justice, l'imprimerie nationale, le Journal officiel, le secrétariat général du Gouvernement (ou de la présidence).

interne ou avec les institutions communes, projet par projet, peut permettre une diffusion plus intense et moins onéreuse. Par exemple, un montage judicieux peut permettre au Secrétariat permanent de faire relayer la diffusion du JO Ohada par les acteurs nationaux, en transmettant systématiquement aux imprimeries nationales la charte graphique et le film de photocomposition de chaque tirage, à charge pour chacune d'elles de procéder localement à un tirage massif et d'approvisionner les librairies en vue d'une diffusion à un prix notablement réduit.

La coordination et le succès de la coopération des différents acteurs dépendraient de l'appropriation par eux des choix de priorités, notamment des choix méthodologiques formulés dans la perspective d'un service public de diffusion.

2. Les choix de priorités d'une politique de diffusion

a. L'objet et les formes de diffusion

L'on conçoit aisément, comme il a été signalé plus haut, qu'il faille privilégier la diffusion prompte, large et intense des actes uniformes, des règlements et des décisions ainsi que de la jurisprudence de la CCJA et de certaines juridictions nationales. Les observations rapides, tels les commentaires, annotations, et résumés accompagnant les textes et la jurisprudence viendraient au même rang. Sur cette base pourrait s'établir un ordre de priorité pour l'ordonnancement de la diffusion de la substance des règles nouvelles à l'intention du public le plus large, de l'intérieur comme de l'extérieur de l'espace Ohada. Soient les JO, le code annoté et commenté, les observations brèves sur les innovations, les séminaires de sensibilisation (notamment de sensibilisation des formateurs).

Dans la foulée, la préparation, la réalisation et la diffusion des traductions des mêmes textes et ouvrages dans les langues de travail autres que le français requièrent la même attention. La situation actuelle, où des actes uniformes peuvent entrer en vigueur en Guinée Équatoriale, Guinée-Bissau ou au Cameroun sans avoir été rendus accessibles dans les langues officielles de ces pays est aberrante et préoccupante. Viendrait en troisième position la réalisation d'ouvrages thématiques de formation (universitaire ou professionnelle) et de pratique du droit.

b. Les choix de supports technologiques

Avec la montée en puissance de l'internet et l'expansion géographique soudaine de l'Ohada à la suite de l'adhésion de la République démocratique du Congo, la problématique des supports technologiques de la diffusion requiert une attention plus accrue. De manière arbitraire mais non moins utile, la question des modes de formation peut être rattachée aux supports technologiques de la diffusion.

La réflexion porte en premier lieu sur le choix ou l'ordre de priorité qui s'impose entre le support papier et le support électronique pour la diffusion des documents. L'expérience convie à considérer que le support électronique doit, en dépit de ses multiples commodités (coûts réduits, vitesse de circulation supérieure, facilité de transport, moindre

encombrement, etc.)²⁶⁷, être traité non pas comme une alternative mais comme un complément au support papier. Il faut donc admettre que le papier est encore irremplaçable.

En revanche on ne peut pas se passer de développer parallèlement et dans toute la mesure du possible la diffusion sur support électronique. Les deux principales modalités de développement du format électronique pouvant, dans certains cas être cumulées.

La première consiste dans la production et la diffusion du document sur un support électronique amovible, le cédérom, le DVD ou la clé USB. Le document électronique peut contenir des milliers de pages et être transporté dans la poche de l'utilisateur qui n'a qu'à disposer d'un ordinateur pour le consulter, en imprimer des extraits, voire le copier et le diffuser à son tour.

L'autre solution électronique est la diffusion par la voie télématique²⁶⁸ ou sur la Toile (réseau internet). Une des options permet à un utilisateur éloigné de se servir, contre ou sans paiement, dans un magasin virtuel (base de données) où sont entreposés différents documents électroniques. Le site Ohada.com et (dans une moindre mesure) les sites Juriscope.org et Ohada.org offrent aujourd'hui un tel service. On y trouve tous les actes uniformes ainsi que de la jurisprudence. Dans la perspective d'un perfectionnement, il est souhaitable d'œuvrer au maillage de ces sites qui sont tous tenus dans un but non lucratif et peuvent d'autant mutualiser, à moindre coût, tout au moins la documentation institutionnelle (textes et jurisprudence). Par ailleurs, la formule actuelle des bases de données accessibles permet de télécharger des documents complets (le texte intégral d'un règlement, d'un acte uniforme), soit des volumes pouvant exiger des conditions d'équipement et de connectivité (débit) inégalement disponibles d'une localité à une autre du continent africain. Il est souhaitable que le Secrétariat permanent puisse développer le JO Ohada sous format électronique, c'est-à-dire indexé afin de rendre possible la consultation et le téléchargement sélectifs (par articles, thèmes et possibilité d'affiner la recherche).

La seconde option de diffusion électronique est de dispenser l'information et la connaissance en temps réel, directement du prestataire à l'internaute avec possibilité de dialogue. Les applications de ce schéma participatif se diversifient ; la visioconférence est aujourd'hui concurrencée par le Mooc ou Clom²⁶⁹. Ces concepts présentent des ratios de performance (coûts/potentialité d'audience) variables, à prendre en considération pour déterminer en concertation les choix les plus opportuns. Quoi qu'il en soit, les modèles de diffusion permettant de servir le plus grand monde à moindre coût et en dépit des distances semblent devoir être privilégiés.

c. Les choix de modes de distribution

Les productions concourant à la diffusion étant inévitablement onéreuses, le problème posé est de savoir si, dans l'optique d'un service public de diffusion, la distribution doit

²⁶⁷ Il présente aussi des inconvénients, notamment la plus forte exposition au pillage des droits des auteurs, l'exigence d'équipements informatiques performants ou la subordination à l'accès au réseau internet.

²⁶⁸ Combinant le téléphone et l'ordinateur.

²⁶⁹ *Massive open on line course* (Mooc) ou cours en ligne ouvert et massif (Clom).

être assurée moyennant paiement ou non par le public. Si la diffusion gratuite apparaît comme la plus apte à connaître immédiatement le plus grand succès, elle semble ne pas pouvoir être pérennisée dès lors qu'il n'est pas garanti que la couverture des coûts de production et de diffusion puisse être assurée durablement par les contributions de l'Ohada, des États et des partenaires. De même, une distribution commerciale, à un prix intégrant la vérité des charges liées à la production et à la marge légitime des agents des réseaux de distribution serait immédiatement vouée à l'échec. Les choix rationnels, à déterminer en concertation, seraient les seuls qui reposeraient sur une alliance des ressources publiques et privées partageant les coûts en amont et minorant au maximum, en aval, le prix au consommateur.

d. Les destinataires prioritaires de la diffusion

Pour les besoins de maîtrise des coûts d'un service public de diffusion, un minimum de discrimination au sein du public s'impose. Il s'agit de cibler le public à privilégier à différents moments suivant une réforme pour telle ou telle action de diffusion. En prenant pour point de départ l'adoption d'un nouveau texte, on retiendrait, par exemple, que :

- la diffusion électronique du nouveau texte doit être entreprise et intensifiée dès la publication au JO Ohada, tant en ligne que sur support électronique amovible à destination du plus large public ;
- parallèlement, la diffusion du JO Ohada dans les États, doit être organisée pour satisfaire le plus large public ;
- la jurisprudence s'adresserait au contraire aux spécialistes (universitaires, avocats, magistrat, juristes d'entreprise et autres praticiens) ;
- la diffusion de certains concepts typiques du système français ou de la tradition civiliste, à l'intention du public qui n'en est pas familier, devrait se développer en permanence, sans besoin de synchronisation avec l'entrée en vigueur d'un acte uniforme.

3. Les modes de financement de la diffusion

Qu'elles soient ou non gérées par l'Ohada, les ressources financières engagées dans le processus d'harmonisation sont de trois ordres : les fonds propres de l'Ohada, les appuis financiers alloués par les partenaires techniques et financiers et les fonds privés.

a. Primauté des fonds propres de l'Ohada

Afin de garantir la convergence, la coordination effective, une plus grande efficacité et l'évaluation des actions identifiées comme prioritaires, le Secrétariat permanent devrait systématiquement inscrire à son budget d'activité (tout en faisant faire de même à l'Ersuma et à la CCJA) une provision pour leur mise en œuvre, quand bien même l'essentiel du financement doit provenir d'une source extérieure. Ce devrait être le cas principalement pour la production et la diffusion du JO Ohada, du code vert, de la jurisprudence, des manuels universitaires et des traductions.

b. Nécessité d'appuis financiers extérieurs

Le cumul des contributions des partenaires techniques et financiers représente un facteur décisif pour les actions de l'Ohada et singulièrement pour les actions de diffusion. Une organisation rationnelle du partage de la gestion de ces fonds permettrait de mutualiser certaines actions et de réaliser des économies conséquentes qui seraient

affectées au renforcement d'autres actions. L'expérience de collecte mutualisée de la jurisprudence des juridictions nationales a démontré les avantages supérieurs de ce type d'organisation. En outre, le partage rationnel de la gestion des capitaux garantit une bonne visibilité des concours extérieurs, ces derniers étant intégrés dans les comptes de l'Ohada pour la bonne information des États membres et pour les exercices d'évaluation souhaitables en bonne gestion.

C'est ainsi, par un ensemble de choix directifs associant les objectifs prioritaires et les moyens adéquats, qu'il semble impératif de coordonner les ressources financières consacrées à la diffusion.

LES TECHNIQUES ET LES STRATÉGIES INNOVANTES DE DIFFUSION DU DROIT OHADA

Joseph KAMGA

Président de l'Association pour l'efficacité du droit et de la justice dans l'espace
de l'Ohada

Le droit Ohada est arrivé à l'âge de la maturité et a mérité que les observateurs de ce système juridique marquent un temps d'arrêt pour faire un bilan « intermédiaire » de son mode de mise à disposition opérationnelle et de diffusion. Les pères fondateurs de ce système juridique l'ont voulu « moderne, simple et adapté » à l'environnement dans lequel il est appliqué.

Si la modernité et la simplicité sont perceptibles dans sa lettre, son expression et sa diffusion ont emprunté les techniques de diffusion du droit à l'œuvre au XVIII^e siècle : le canal du journal officiel. Dans certains travaux, l'inefficacité du journal officiel comme canal de diffusion du droit a été relevée et les limites des NTIC comme outils d'avenir de diffusion du droit ont été mises en évidence compte tenu du contexte des États de l'Afrique subsaharienne. Face à ce double obstacle, il convient de renouveler la réponse en faveur de la diffusion du droit au sein du système juridique de l'Ohada. Tout cela appelle de l'innovation et de l'audace.

Quelle que soit sa source, qu'elle soit formelle ou substantielle, si le droit n'est pas connu de la communauté à laquelle il s'adresse, il n'aura aucune portée, avertissait déjà Amavi Tagodoe dans une contribution intitulée « Diffusion du droit et Internet en Afrique de l'Ouest »²⁷⁰. Pour appliquer un droit, il faut tout simplement le connaître. C'est à cet effet que l'on parle souvent de l'expression « droit au Droit » pour évoquer la question de l'accès au droit.

I. RENFORCER LES TECHNIQUES ET LES MODES D'ACCÈS MATÉRIEL AU DROIT OHADA DANS LES ÉTATS PARTIES

Traditionnellement, le droit est diffusé dans les États parties au traité de l'Ohada à travers les journaux officiels. Mais en réalité, le souci de rentabilité prend généralement le pas sur celui de l'efficacité et entraîne comme conséquence le fait que le nombre de tirage est essentiellement bas. Pour une population de 225 000 000 d'habitants, le tirage des JO

²⁷⁰ Amavi TAGODOE et El Hadji Malick NDIAYE, « Les expériences africaines de la diffusion libre du droit sur le web : bilan et perspectives », *Lex Electronica*, vol. 13, n° 1, 2008.

Ohada ne semble pas couvrir le ratio du raisonnable. Face à cette rareté des JO et à la faveur de l'internet, certains acteurs privés ont optimisé, dès le début des années 2000, des techniques efficaces et dématérialisées de diffusion du droit de l'Ohada.

On constate en effet un nombre anormalement bas des structures de diffusion du droit des affaires (A) et une perte de valeur des instruments normaux de diffusion du droit (B).

A. GÉNÉRALISER L'IMPLANTATION DES OUTILS DURABLES DE DIFFUSION DE LA DOCUMENTATION JURIDIQUE

1. Poursuivre la généralisation et le renforcement des centres de documentation juridique au sein des États

Les centres de documentations juridiques sont, nous le constatons, à la mode dans l'espace de l'Ohada. Véritable cheville ouvrière de la centralisation de l'information juridique, ces structures ont pour vocation de promouvoir et de faciliter la diffusion des lois et règlements. Leur mission s'étend, dans certains pays, à la collecte et au traitement de la jurisprudence des cours et tribunaux.

Dans le cas de la Côte d'Ivoire par exemple, le Centre national de documentation juridique a pour mission la collecte de la jurisprudence « sur toute l'étendue du territoire auprès des juridictions »²⁷¹.

Les centres de documentation juridique pourraient même voir leur rôle se généraliser. En réalité, plusieurs textes de loi mettent à la charge de certaines administrations le devoir d'élaborer les recueils à portée normative avec une périodicité mensuelle, trimestrielle ou semestrielle. Mais malheureusement, ces recueils sont très irrégulièrement édités. Pour faire face à ce déficit d'efficacité, les centres de documentation juridique pourraient être investis des missions spéciales concourant à la diffusion du droit Ohada.

Ces centres collecteraient et mettraient à la disposition du public, des textes, de la jurisprudence et de la doctrine Ohada en format papier et électronique. Le personnel de ces centres aurait, en vertu de leur statut d'agent titré, plus de légitimité que les personnes privées, pour collecter sans écueils, la jurisprudence dans les cours et tribunaux. Cette collecte et mise à disposition du public de la jurisprudence de droit Ohada aideraient beaucoup à l'ancrage et à l'appropriation durable du droit Ohada dans les États parties. Le problème est tellement sérieux que certains juges africains invoquent systématiquement la jurisprudence française pour soutenir leur dispositif tout simplement parce qu'ils ne peuvent pas accéder à la jurisprudence de leurs pairs. Comme le relève fort pertinemment un auteur, cette situation « incite le juge, comme au Togo ou ailleurs, à fonder sa décision sur une jurisprudence française plutôt que sur celle de ses pairs togolais - qu'il ignore totalement - car elle est rarement écrite »²⁷².

²⁷¹ V. K. M. BROU, « Présentation de l'état de la diffusion », Centre national de documentation juridique de Côte d'Ivoire, Rapport présenté au séminaire régional de formation à la diffusion libre du droit, Ouagadougou du 23 au 27 février 2004, cité par A. TAGODOE, *Diffusion du droit et internet en Afrique de l'Ouest*, mémoire, Université de Montréal, 2005, n° 39, p. 15.

²⁷² M. TOULABOR, « De la démocratisation au développement institutionnel », in *L'État de droit*, 1998, cité par A. TAGODOE, *Diffusion du droit et internet en Afrique de l'Ouest*, précit., n° 43, p. 17.

2. Soutenir l'émergence et la compétitivité des revues spécialisées en droit des affaires au sein des États

Un constat est largement partagé s'agissant de l'espace Ohada : la diffusion du droit à travers les revues souffre de l'instabilité des revues. Au départ, on perçoit de l'enthousiasme chez les promoteurs des revues, mais avec le temps l'essoufflement, généralement dû au déficit d'abonnement durable, prend le pas sur la détermination initiale. Peu de revues se caractérisent par leur constance dans l'espace de l'Ohada. Celles qui se distinguent par leur durabilité souffrent encore du syndrome de la localité. Les revues africaines ont du mal à circuler et à s'exporter même dans les frontières nationales.

Soutenir la diffusion du droit Ohada implique la mise en place de politique de soutien durable à l'émergence de ces revues.

3. Renforcer et soutenir les acteurs de la promotion de l'accès dématérialisé au droit Ohada

L'observateur peut constater que la faible diffusion du droit se traduit par « une absence de doctrine et de jurisprudence dans la plupart des États : il n'y existe pratiquement pas de revues juridiques »²⁷³. Pour répondre à cette situation de manque, certains acteurs de la société civile ont mis en place des outils de diffusion du droit à travers internet ou des supports dématérialisés. Saisissant la particularité et les potentialités d'internet, qui ne connaît pas les frontières, ces acteurs ont promu des outils de diffusion qui ont pour seul support internet. C'est le cas du portail de diffusion du droit Ohada www.ohada.com. Ce site est actuellement le portail majeur de la diffusion du droit Ohada dans le monde et diffuse, quasiment en temps réel, l'information juridique relative à l'Ohada. Il en va des textes officiels de l'Ohada, de la jurisprudence des cours et tribunaux, de celle de la CCJA, de la doctrine et des commentaires sur le droit Ohada.

De même, consciente des limites des mérites d'internet en Afrique subsaharienne, l'Unida a entrepris de mettre sur format papier la jurisprudence diffusée en ligne. C'est à travers les *Répertoires de jurisprudence Ohada* (quinquennaux et annuels) que l'Unida met à la disposition du public cette jurisprudence.

Cette mission est également remplie par d'autres acteurs comme Juriscope qui, à travers son « Code vert », diffuse la jurisprudence Ohada appliquant les textes officiels, les commentaires d'éminents auteurs et observateurs avertis du droit Ohada.

B. VALORISER LES INSTRUMENTS DE DIFFUSION DÉMOCRATIQUE DU DROIT OHADA

1. Démocratiser l'accès au Journal officiel de l'Ohada

En règle générale, le Journal officiel constitue l'outil principal et traditionnel utilisé pour la diffusion des lois et règlements dans les États parties au traité de l'Ohada. L'Ohada n'a pas dérogé à cette généralité et a fait du JO son mode de diffusion des textes édictés sous son égide. Le droit Ohada est officiellement diffusé à travers le Journal officiel de l'Ohada et non, comme il apparaît en fait, à travers le code vert ou le code gris. En cas de contrariété entre la lettre des codes privés (codes vert et gris) et celle des JO de

²⁷³ M. TOULABOR, « De la démocratisation au développement institutionnel », précit.

l'Ohada, c'est la lettre de celle-ci qui prime. Mais seulement, en pratique, sa commercialisation au siège du Secrétariat permanent de l'Ohada n'est pas de nature à faciliter l'accès démocratique au droit Ohada.

Ne serait-il pas plus pratique de rapprocher les services de la documentation et du Journal officiel de l'Ohada des justiciables de droit Ohada ? Ne pourrait-on pas envisager une collaboration plus étroite entre le service du JO de l'Ohada et les services du JO des États parties ? Comme le Secrétariat permanent de l'Ohada dispose en premier du Journal officiel ou de la collection des journaux officiels de l'Ohada, établir des liens et créer des points d'accès à ces documents dans les États parties témoignerait de sa volonté politique de favoriser l'accès aux JO de l'Ohada.

2. Libéraliser l'accès à la jurisprudence des juridictions étatiques et celle de la CCJA : faire un choix tranché entre le marché et le service public

La vitalité d'un système juridique se dégage de la capacité de ses sujets à appliquer les normes qu'il édicte. Dans l'espace de l'Ohada, l'entrée en vigueur des actes uniformes dans les États parties s'est concrétisée par une forte appropriation des acteurs juridiques et judiciaires qui les appliquent.

Des juridictions nationales à la CCJA, les actes uniformes s'appliquent quotidiennement. En appliquant ces actes uniformes, les juges, nationaux et ceux de la CCJA, leur donnent un sens opérationnel qui mérite d'être connu des autres praticiens du droit des affaires. N'étant plus considérée comme une « source abusive du droit », la jurisprudence a dans l'espace de l'Ohada une véritable valeur normative. Toutefois, malgré sa place motrice dans la hiérarchie des sources du droit, la jurisprudence est encore d'accès difficile dans l'espace de l'Ohada. En réalité, malgré la très bonne volonté de ses promoteurs, le site ohada.com ne parvient toujours pas à diffuser le 10^e de la jurisprudence de droit Ohada. Le problème n'est pas qu'au niveau des juridictions nationales où il est souvent très difficile d'avoir accès à la jurisprudence des cours et tribunaux. On relève également des difficultés sérieuses dans l'accès à la jurisprudence de la CCJA. Pour acquérir un exemplaire des recueils de la jurisprudence de cette dernière, il faut se rendre à Abidjan, au siège de la Cour. Il serait vivement souhaitable que le Conseil des ministres de l'Ohada prenne des mesures fortes pour faciliter l'accès à la jurisprudence de droit Ohada dans les États parties.

3. Permettre l'accès aux travaux préparatoires des actes uniformes : condition indispensable à une interprétation sereine des textes

Le constat, qui est partagé par presque tous les observateurs et praticiens du droit Ohada, est que le processus législatif du droit Ohada reste encore assez aristocratique. Il est quasiment impossible pour les « non-initiés » d'avoir accès aux travaux préparatoires des actes uniformes. Ces instruments sont par ailleurs très importants car ils permettent, en cas de difficulté d'interprétation d'une disposition des actes uniformes, de mieux apprécier la précision et le caractère non équivoque des dispositions textuelles. En droit comparé, le Conseil constitutionnel français a d'ailleurs souligné l'importance des travaux préparatoires. Les sages de la rue Montpensier ont relevé que ces travaux préparatoires contribuent à rendre les textes plus compréhensibles et intelligibles.

En effet, en lisant les travaux préparatoires des actes uniformes, l'observateur saura plus précisément ce qu'a voulu en fait le législateur. Or, actuellement, les praticiens de l'espace de l'Ohada n'ont pas accès aux travaux préparatoires des actes uniformes. Il serait utile, dans l'intérêt de la sécurité juridique et de l'accès aux droits, que ces travaux préparatoires soient rendus publics. Le sens et l'interprétation des actes uniformes s'en trouveraient améliorés.

4. Soutenir la création des bulletins officiels des CNO

À travers ces outils, les CNO peuvent communiquer sur le droit Ohada, soit pour le porter à la disposition du public soit pour en éclairer le sens lorsque l'interprétation de certaines dispositions soulève des difficultés.

Ces bulletins officiels permettraient de diffuser efficacement le droit à jour dans les États parties. À titre d'exemple, dès qu'une réforme à échelle locale interviendrait, la CNO prendrait immédiatement l'initiative de la porter à la connaissance du public à travers une tribune, une note ou même un dossier dans le bulletin officiel.

La CNO de la RDC vient récemment de publier, à l'attention de toutes les entreprises membres de la FEC, une note d'orientation relative à l'impact de l'acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales sur l'obligation de mettre en harmonie les statuts des sociétés commerciales avant le 12 septembre 2014.

II. REPENSER LES STRATÉGIES ET LES MÉTHODES D'ACCÈS INTELLECTUEL AU DROIT OHADA DANS LES ENTREPRISES ET LES MILIEUX PROFESSIONNELS

A. L'INSTITUTIONNALISATION ET LA PROFESSIONNALISATION DE LA FORMATION CONTINUE EN DROIT OHADA : GAGE DE DIFFUSION DES BONNES PRATIQUES

Dans le secteur public comme dans le privé, l'espace Ohada se caractérise par un « mépris » de la formation des professionnels appelés à appliquer et à interpréter le droit Ohada. Compte tenu de l'absence, dans la majorité des États membres, de politiques de formation professionnelle continue, certains professionnels du droit exercent généralement « de mémoire ». Dans certains États, certains professionnels du droit, souvent parmi les plus expérimentés, déclarent qu'ils jugent de mémoire compte tenu des difficultés d'accès aux textes et à la documentation. Cette réalité n'est pas compatible avec l'objectif de sécurité juridique qui est l'idéal philosophique de l'Ohada.

La diffusion du droit Ohada par le biais des formations et du renforcement des capacités se heurte à l'absence de politique de formation professionnelle continue dans les États membres. Une fois formés, les professionnels du droit (magistrats, avocats, notaires, greffiers et huissiers de justice) sont abandonnés, la plupart du temps, à leur propre sort pour ce qui est de la mise à jour de leurs connaissances techniques et opérationnelles.

Pour soutenir durablement la diffusion du droit Ohada dans le monde professionnel, il faudrait généraliser les politiques de formation continue des professionnels. À titre d'illustration, un professionnel déjà en activité aura beaucoup de mal à s'approprier un nouveau texte s'il est systématiquement « abandonné seul dans son coin ».

La formation continue des professionnels offre un cadre propice au partage d'expérience et des bonnes pratiques et mérite d'être encouragée dans l'espace de l'Ohada.

B. PROMOUVOIR LES ACTIONS EN FAVEUR DE L'APPROPRIATION DU DROIT OHADA DANS LES ENTREPRISES PRIVÉES

La formation professionnelle continue n'a de sens que si le procédé est généralisé à tous les secteurs. Connaître ses droits, a-t-on coutume de le rappeler, est la condition de la sécurité juridique. Puisque la sécurité juridique est érigée par le législateur Ohada comme une sorte de droit créance des acteurs économiques, ceux-ci devraient également contribuer à l'atteinte de cet objectif en faisant, eux aussi, une partie du chemin.

Les entreprises commerciales devraient, pour participer à la diffusion du droit Ohada, contribuer de manière durable, à la formation continue de leurs salariés. On pourrait s'inspirer des tendances à l'œuvre dans le secteur de l'énergie dans l'espace Ohada et les généraliser dans tous les secteurs économiques. Dans ce secteur, depuis 2010, les lois sur le *local content* obligent les entreprises à contribuer au renforcement du savoir-faire du personnel local par la formation et le transfert de technologie²⁷⁴. Former son personnel aux bonnes pratiques et au savoir-faire juridique de pointe participe également de la responsabilité sociale de l'entreprise et contribue à la diffusion qualitative du droit des affaires.

C. ADAPTER DES OUTILS TECHNOLOGIQUES ET DE COMMUNICATION DE MASSE AUX ENJEUX DE DIFFUSION DU DROIT OHADA

À situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles, a-t-on coutume de clamer. La question de la diffusion du droit de l'Ohada au sein des États membres est aujourd'hui fondamentale. Cependant, à l'observation, les acteurs de l'Ohada ne semblent pas avoir suffisamment pris la mesure de l'enjeu. À l'ère du tout numérique, l'Ohada et ses institutions gagneraient à saisir l'opportunité qu'offrent les NTIC pour accéder directement au public connecté. Une recherche sur la boutique Android et Apple store ne donne que de maigres résultats lorsque le mot-clé renseigné est celui de l'Ohada.

L'idéal serait qu'en guise d'encouragement des initiatives en faveur de l'accès au droit Ohada, que les institutions de celle-ci travaillent à la reconnaissance d'un service public de diffusion du droit, de la jurisprudence et de la doctrine Ohada. À ce jour, le portail Ohada.com remplit déjà substantiellement ce rôle. Une consécration officielle de cette mission sonnerait comme une reconnaissance officielle de ce travail si bien accompli quotidiennement au service de l'Ohada.

S'agissant de l'usage de la communication de masse, l'on peut relever que les pouvoirs publics ne se servent pas des médias de masse pour diffuser le droit. Le reproche est généralement fait aux pouvoirs publics de ne rien faire pour « dédramatiser » les règles de droit aux yeux des acteurs de l'économie informelle. Les médias de masse comme les

²⁷⁴ V. Code des investissements de Côte d'Ivoire, issu de l'ordonnance n° 2012-487 du 7 juin 2012, art. 23 al. 2.

radios communautaires ou les chaînes de télévision grand public peuvent servir d'outils permettant d'atteindre efficacement les acteurs de l'économie informelle.

De même, les structures de financement de l'économie informelle telles que les tontines (Cameroun, Bénin) et les établissements de microfinance peuvent également servir de support efficace de diffusion du droit Ohada auprès de leurs clients ou sociétaires qui sont la plupart du temps tous des commerçants, donc les sujets du droit Ohada. Se servir du canal de ces acteurs a pour avantage qu'une optimisation de l'oralité permettrait de diffuser le droit Ohada dans le langage de l'Africain, l'Afrique subsaharienne étant avant toute chose, un territoire de l'oralité. Le savoir et les bonnes pratiques s'y transmettent de bouche à oreille. L'écrit, malgré toute sa pertinence, ne fait pas suffisamment partie de l'ADN de l'Africain au sud du Sahara. Rappelons-nous de Hampate Bâ, « un vieillard qui meurt est une bibliothèque qui brûle ». En un mot, on ne diffuse pas le droit hors contexte.

DIFFUSION DU DROIT OHADA ET FORMATION DES AVOCATS : L'EXPÉRIENCE DU CIFAF

Jacques A. MIGAN
Directeur du Cifaf
Ancien bâtonnier du Barreau du Bénin

Le Centre international en Afrique de formation des avocats francophones (Cifaf) est une organisation non gouvernementale (ONG) créée à Bamako le 14 mars 2000 de la volonté des barreaux de sept pays membres de l'Union économique et monétaire de l'Ouest africain (UEMOA). Le Cifaf a pour rôle principal d'assurer une meilleure formation commune aux avocats de dix-huit pays afin de favoriser leur intégration régionale et de s'inscrire ainsi dans le mouvement d'harmonisation du droit, initié par le traité Ohada signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis et révisé à Québec au Canada, le 17 octobre 2008. Le Cifaf assure donc à tous les avocats stagiaires de tous les barreaux d'inspiration et d'expression francophone une formation pratique, commune et gratuite à l'occasion de leur entrée dans la profession d'avocat, et également aux avocats en exercice et délivre le cas échéant des certificats de spécialisation à ces derniers.

Lors de ces sessions, différentes matières du droit Ohada sont abordées, allant des modules basiques comme l'arbitrage Ohada, aux modules spécifiques comme les mécanismes bancaires de sûreté et de sécurisation des engagements. L'accent est aussi mis sur la procédure devant la Cour commune de justice et d'arbitrage, le contentieux de la saisie immobilière, etc. Ces modules de formation sont assurés par des enseignants émérites au rang desquels figurent magistrats, avocats, professeurs d'université dont l'expérience et la compétence sont avérées. Le Cifaf se réjouit de compter parmi ses formateurs le Professeur Dorothe Cossi Sossa, Secrétaire permanent de l'Ohada, qui pendant plusieurs années a été membre du conseil pédagogique du Cifaf et chargé d'enseigner un module sur l'arbitrage en droit Ohada.

En effet, le colloque international qui s'est tenu dans le cadre du 20^e anniversaire de l'Ohada, organisé du 10 au 17 octobre 2013 au Burkina-Faso, colloque sur le thème « Ohada, 20 ans déjà : Bilan et perspectives » a permis de relever de réels motifs de satisfaction sur la nature des activités menées par l'Ohada et par ses États membres, même si certaines améliorations demeurent encore nécessaires. Il nous revient alors à nous, dirigeants, acteurs de développement, praticiens, avocats, magistrats, experts-comptables, universitaires et dirigeants d'entreprise de conjuguer nos efforts pour le progrès de cette organisation.

Comme nous le savons, la formation qu'elle soit initiale ou continue est indispensable dans tous les domaines et surtout pour les professionnels et praticiens de droit, car celui-ci

est évolutif et se développe considérablement au fil du temps. Les pères fondateurs de l'Ohada l'ont bien compris en créant l'École régionale supérieure de la magistrature (Ersuma), dont le siège se situe au Bénin comme celui du Cifaf d'ailleurs. L'Ersuma a pour rôle principal d'assurer la formation et le perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des États membres en droit harmonisé et en droit des affaires.

En effet, l'objectif principal de l'Ohada étant de faciliter les échanges et les investissements, la garantie de la sécurité juridique et judiciaire des activités des entreprises, il est urgent que des sessions de formation soient fréquemment organisées au profit de chaque acteur, surtout pour nous les avocats, du fait des enjeux économiques auxquels nous sommes confrontés et l'environnement très technique et changeant du monde des affaires. Pour cela, le Cifaf par ma voix propose la concrétisation de la volonté de signature d'un protocole d'accord, qui inaugurera une nouvelle ère de collaboration avec l'Ersuma, une volonté née et exprimée lors du concours de plaidoirie organisé par le Cifaf le 14 septembre 2012 dans les locaux de l'Ersuma.

Ce protocole d'accord prévoirait :

- l'établissement d'un commun accord des modules d'information et de formation sur le droit Ohada au profit des avocats et juristes du Cifaf, des personnels juridiques et judiciaires et de tous ceux qui sont intéressés par l'application de ce droit, à savoir les experts-comptables, les professionnels, et surtout les dirigeants d'entreprises ;
- un contrat de prestation qui permettrait aux formateurs de l'Ersuma d'apporter leur expertise en matière de droit Ohada aux avocats et aux juristes francophones lors des sessions de formation organisées par le Cifaf et vice versa ;
- la participation régulière des avocats aux formations sur le droit communautaire Ohada organisées par l'Ersuma. Autrement dit, les avocats pourraient compléter leur formation sur le droit Ohada à l'Ersuma ;
- une mise à disposition par le Cifaf des supports ou syllabus des sessions de formation organisées et vice versa, pour diffusion immédiate.

Ce protocole d'accord viendra renforcer les relations qui existent déjà entre l'Ohada, à travers l'Ersuma, et le Cifaf. Pour rappel, c'est au siège de l'Ersuma à Porto-Novo (Bénin), que s'est déroulé le concours de plaidoirie organisé par le Cifaf lors de la session de formation initiale en faveur des avocats stagiaires. De plus, des kits documentaires composés de plusieurs ouvrages sur l'Ohada, publiés par l'Ersuma sont offerts gracieusement aux avocats stagiaires par le directeur général.

Je salue donc l'expertise de l'Ersuma qui se veut un établissement de référence dans la conception et la mise en œuvre des programmes de formation liés au droit des organisations d'intégration régionale ou sous-régionale en général (UEMOA, OAPI, CEMAC, CIPRES), et au droit Ohada en particulier. J'espère que sa collaboration future avec le Cifaf sera un plus aux efforts fournis par les différents acteurs afin de porter plus haut le droit communautaire Ohada.

Par ailleurs, le Cifaf s'engagerait à inscrire dans son programme de formation, des modules sur le droit communautaire Ohada. Ce faisant, les juristes et avocats, ainsi que les dirigeants d'entreprises seront sensibilisés aux réalisations de l'Ohada, notamment en termes de sécurité juridique et de sécurisation des affaires, plus précisément de l'investissement. Il apparaît donc nécessaire voire primordial de former les avocats

d'Afrique francophone au droit communautaire Ohada afin qu'ils soient capables de l'appréhender de façon optimale.

Nous avons à cœur au Cifaf, de constituer un centre de culture juridique et d'échange intellectuel pour promouvoir le droit francophone. Ce droit n'est pas le droit français mais le droit que les compétences éparses de nos différents États africains mettent en commun, c'est le droit de l'espace CEDEAO, de la zone CEMAC, c'est le droit original de l'Ohada.

LES ENJEUX D'UNE POLITIQUE DE DIFFUSION DU DROIT OHADA POUR LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Coco Kayudi MISAMU

Bâtonnier du Barreau de Kinshasa/Matete (République démocratique du Congo)

I. PROLÉGOMÈNES

A. PRÉSENTATION

S'agissant de la diffusion, dans des ordres juridiques cohérents, de nouvelles règles venues d'ailleurs, il se pose nécessairement la question de l'effectivité de la fonction de la norme nouvelle dans la société dans laquelle elle doit s'appliquer. Ceci conduit inéluctablement à l'analyse des composantes de ce droit nouveau à l'effet de cerner leur adéquation fonctionnelle aux sociétés dans lesquelles il devra s'appliquer, c'est-à-dire l'adéquation du droit Ohada à la sociologie positive de chaque État membre.

Au cœur du problème de la diffusion du droit, dans un système hétéroclite, on trouve ici une question fondamentale, pas seulement d'un point de vue sociologique, mais aussi philosophique : est-il concevable que puisse s'opérer progressivement, sinon insensiblement, le passage du droit ancien, conçu dans chaque État membre sur le fondement de son propre modèle, d'une société régie par une règle de droit qui tire sa source de son évolution anthropologique du moins, à un droit nouveau dont l'origine est quasi incertaine ? Le destinataire de la règle nouvelle, ne sera-t-il point réfractaire à cette dernière du fait de sa provenance quelque peu insolite, au point de la rendre inefficace ?

Aussi, nous sommes d'avis avec le professeur François Terré que la compréhension du droit, qui conditionne sa connaissance, implique le recours aux sciences auxiliaires du droit. Sans doute, celles-ci n'ont-elles pas seulement une vertu documentaire, cognitive même. Elles ont aussi une visée plus lointaine, vers le futur, dans le sens de l'amélioration du droit. Reste qu'avant de changer, s'il y a lieu, l'ordre des choses de la vie juridique, il faut les bien connaître. Et l'on peut alors, dans une transdisciplinarité bien comprise, se féliciter du développement, à notre époque, des sciences auxiliaires du droit.

Ainsi, la diffusion d'un tel droit devra être appréhendée concomitamment avec son enseignement qui en fait partie intégrante, à l'effet d'obtenir une assimilation, ou mieux, une intégration que l'on pourra qualifier de réussie.

B. LES COMPOSANTES DU DROIT OHADA

S'agissant des composantes du droit Ohada, il faudra dans un premier temps distinguer le droit Ohada originaire du droit Ohada dérivé, ensuite présenter l'espace dans lequel doit s'appliquer le droit Ohada, pour aboutir à l'analyse de l'adéquation de l'espace positif Ohada avec le droit dérivé qui est constitué essentiellement des actes uniformes.

1. Le traité de Port Louis du 17 octobre 1993

Le traité Ohada de 1993, révisé au Québec en octobre 2008, est ce que nous pouvons appeler le droit Ohada originaire, dans la mesure où il crée une organisation internationale supranationale qui a comme objectif d'endiguer le crucial problème de l'insécurité juridique, et de l'insécurité judiciaire dont souffraient les économies des pays de la zone franc. Au-delà de la zone franc, qui en aura été le point de départ et catalyseur, c'est bien à un cadre africain plus large que s'adresse l'Ohada, selon l'expression de son traité fondateur signé à Port-Louis.

Pour le fonctionnement de cette organisation internationale, et à l'instar de toutes les personnes morales, le traité Ohada a créé deux institutions principales que sont le Conseil des ministres et la Cour commune de justice et d'arbitrage ; auxquelles il faut ajouter la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement des États parties, qui se veut l'institution politique suprême de l'organisation. Le Conseil des ministres est assisté d'un Secrétariat permanent auquel est rattachée une École régionale supérieure de la magistrature.

Le Conseil des ministres est, selon les vœux des rédacteurs du Traité, le législateur dans l'espace juridique Ohada, car il est seul habilité à adopter les actes uniformes. Il y a lieu de se demander s'il n'aurait pas été plus favorable pour le droit intégré Ohada, que l'élaboration de la norme devant servir à l'intégration normative fût confiée à une institution composée d'élus à l'image du Parlement européen. Bien que la procédure d'adoption de la norme européenne soit plus complexe du fait de son champ d'action plus large et que le Parlement européen ne s'occupe pas directement de la rédaction des règlements et des directives européennes, il y a lieu de constater ici que cette procédure législative est plus heureuse, s'agissant d'un droit venu d'ailleurs, car son émetteur est pour le moins l'émanation de son récepteur. Mais le Conseil des ministres n'a pas uniquement pour rôle l'adoption de la législation Ohada. Il est aussi compétent pour déterminer le domaine du droit des affaires, arrêter les cotisations annuelles des parties, adopter les budgets du Secrétariat permanent et de la Cour commune de justice et d'arbitrage, approuver les comptes annuels de l'Ohada ainsi que le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires (Traité, art. 11), nommer le Secrétaire permanent et le directeur général de l'Ersuma, élire les membres de la CCJA, prendre les règlements nécessaires à l'application du Traité (Traité, art. 4).

L'efficacité d'une intégration normative serait mise à mal, si le respect de l'application de la norme intégrée, ainsi que la sanction de sa violation, ne pouvait point être assuré de façon cohérente par les institutions ou les organes de l'organisation qui se proposent de réaliser ladite intégration normative. C'est le rôle entre autres dévolu à la Cour commune de justice et d'arbitrage par le traité de Port-Louis. À côté de son rôle de gardienne du droit Ohada qu'elle assure par l'émission de sa jurisprudence à l'effet d'assurer la cohérence sur l'application des actes uniformes, la Cour a aussi une compétence

consultative qu'elle exerce par voie d'avis, et une compétence arbitrale. C'est dire que l'Ohada en instituant une juridiction parmi ses institutions, a voulu garantir et optimiser l'intégration normative qu'elle se proposait de créer pour ne point retomber dans le problème qui a conduit à ce que nous avons qualifié plus haut d'insécurité judiciaire.

2. Le territoire d'application du droit Ohada

L'espace dans lequel est appelé à s'appliquer le droit Ohada, comprend dix-sept États qui sont : le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Cote d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad, le Togo.

C'est dire que le droit Ohada est appelé à être appliqué de manière identique, sur un territoire s'étalant sur plus de cinq millions de kilomètres ; sa diffusion pour son assimilation, qui doit nécessairement précéder son application, devra aussi se faire sur ce vaste territoire. Il sied aussi de souligner qu'il n'existe pas un réseau de communication suffisamment développé entre les différents États membres à l'instar des États membres de l'Union, les voies routières étant le plus souvent inexistantes, même à l'intérieur d'un même État (il est actuellement impossible de quitter par voie routière la ville de Boma dans l'Ouest de la RDC pour des villes telles que Béni, Butembo, ou encore Bukavu qui se situent dans l'Est de la RDC).

En ce qui concerne les développements de l'internet, et des nouvelles technologies de l'information, leur avancée est tout aussi rudimentaire, à l'instar de la République démocratique du Congo qui vient à peine de se connecter à la fibre optique, et n'utilise pas encore l'internet à haut débit. C'est dire tout le gigantisme et la difficulté de la diffusion du droit sur un pareil territoire, à une époque où l'information circule plus facilement entre certains États de la planète qui sont géographiquement plus éloignés, mais cependant très proche du fait de l'optimisation des technologies permettant la circulation rapide, et cohérente des informations.

3. L'adéquation des actes uniformes avec l'espace Ohada

Le droit tendant à régir la vie des hommes en société, il est naturel qu'il existe des relations étroites et nombreuses entre les données sociales et les règles juridiques : le social influence le juridique, le fait évoluer ; le juridique influence le social. Il y a entre eux une dialectique qui se manifeste de diverses manières, paisibles ou brutales, par évolution ou par révolution. Et sans doute convient-il de souligner que c'est en pensant la relation entre le droit et les mœurs que l'on peut surmonter l'énigme du droit. Il va sans dire qu'il nous sera difficile de parler de parfaite adéquation entre le droit Ohada (ici nous voyons plus précisément les actes uniformes) et l'espace Ohada, dans la mesure premièrement du caractère hétéroclite de cet espace Ohada, et deuxièmement du fait de la source pour le moins peu ordinaire de ce droit que nous avons qualifié de droit venu d'ailleurs.

En effet, parmi les raisons ayant prévalu à l'instauration de l'Ohada, et pas des moindres, il y a l'insécurité juridique et judiciaire due à la disparité des règles de droit dans la même zone monétaire créant ainsi un ralentissement des investissements dans ladite zone. C'est ici le lieu de se poser un certain nombre de questions sur la création de cette intégration normative, ayant conduit un aussi grand nombre d'États souverains à

renoncer à leur autonomie législative dans les matières qui font l'objet des actes uniformes.

Car, s'agissant des règles de droit différentes, il y a lieu de croire que cette différence n'est pas forcément source de difficulté que l'intégration normative est censée résoudre, mais que ces différentes règles tiennent plutôt compte de la spécificité sociale de chaque peuple. D'où le recours aux sciences auxiliaires du droit telles que l'histoire du droit, la sociologie du droit, l'ethnologie et l'anthropologie juridiques, et le droit comparé, afin de tenir compte des habitudes juridiques de chaque État dans l'élaboration de la norme intégrée afin d'éviter l'appauvrissement des droits intégrés.

Or, parlant du dénominateur commun ayant prévalu à la création de l'Ohada, et à l'élaboration des actes uniformes, on est tenté de croire qu'il s'agit d'une mystification dans la mesure où l'unique référence est le droit français du fait du grand nombre d'anciennes colonies de ce pays, parmi les États membres. On note à titre d'exemple la présence, parmi les États membres de la République démocratique du Congo qui est une ancienne colonie belge ; même si les droits belge et français sont de tradition civiliste, il n'en reste pas moins que les règles de droit ayant fait leur chemin en RDC, ont depuis plus de cinquante ans maintenant pris la teinte de la société congolaise du fait des habitudes et des pratiques propres à ce pays, ce qui crée une différence sans conteste entre les droits belge, congolais et français.

4. Les sources du droit Ohada

L'expression de source du droit, si utilisée et si banale soit-elle, n'en reste pas moins des plus équivoques. La métaphore renvoie à l'existence de points d'émergence de la règle juridique qui révéleraient en même temps ce qui fonde le caractère obligatoire de celle-ci. Il s'agit des chemins par lesquels naît et se développe le droit objectif. Et l'incertitude s'introduit aussitôt dans les esprits entre ce qui révèle la règle de droit et ce qui la fonde. D'où le risque de voir proliférer, au-delà des points d'émergence, un pluralisme singulièrement étendu. Rien d'étonnant, en conséquence, si les juristes essayent, tant bien que mal, de distinguer, parmi les organes du corps social, ceux qui ont qualité pour exprimer la règle de droit et en affirmer le caractère obligatoire. Ce peut être le juge, dans les systèmes ordonnés sur intervention fondamentale du magistrat dans la cité, messager du juridique, faiseur de paix et d'harmonie, interprète de quelque volonté supérieure. Ce peut être l'ancien dans le groupe ou l'interprète des usages et pratiques respectés de génération en génération, et puisant leur caractère obligatoire dans la puissance créatrice du temps. Dans l'approche classique de la genèse du droit, approche aujourd'hui presque unanimement répandue, on réserve le mot source à ce que l'on appelle de manière plus précise les sources formelles du droit, seules aptes à générer, au prix de procédures d'élaboration précise, des règles générales obligatoires.

Le droit objectif, c'est-à-dire l'ensemble des règles de droit qui gouvernent les rapports des hommes entre eux ; et s'agissant du droit Ohada, nous pouvons rajouter qu'il est question ici d'un droit régissant les rapports des hommes entre eux dans leurs relations d'affaires ; ne constitue pas un corps unitaire et même moniste. Et l'on doit constater à partir de la primauté du droit écrit, l'existence de divers pluralismes.

Ainsi, à côté des actes uniformes qui sont la source fondamentale du droit Ohada, il y a lieu de souligner une source importante qui est la jurisprudence des juridictions nationales

statuant en matière de droit des affaires en application du droit Ohada, constituée par l'ensemble des décisions des juridictions tant nationales, que régionale au travers des arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage. En effet, quel que soit le souci de précision qui puisse animer les rédacteurs des actes uniformes, ces derniers, et pas davantage la coutume, ne peuvent prévoir toutes les difficultés, et il faudra nécessairement adapter la règle générale à chaque situation particulière. Il peut arriver que la loi (ici nous voyons l'acte uniforme) sans être incomplète, soit obscure, le législateur s'étant mal exprimé. Dans ces divers cas, on est obligé d'interpréter la loi et la même observation vaut pour la coutume. Cette interprétation est l'œuvre de la jurisprudence.

Ces développements tendent à rendre compte de la complexité de la problématique de la diffusion du droit Ohada, qui apparaît véritablement comme un enjeu dans les enjeux si tant est que nombre d'écueils se dressent sur la voie et dont il convient d'indiquer, en même temps, les perspectives qui s'offrent à tous.

II. DES PESANTEURS À LA DIFFUSION DU DROIT OHADA, ACTIONS ET PISTES DE SOLUTION

A. DES PESANTEURS

L'intégration du droit Ohada, conséquence d'une bonne diffusion, dépend de certaines conditions, qu'il convient de remplir, avant d'apprécier les résultats atteints. Aussi, l'intégration du droit Ohada devrait passer par la satisfaction des moyens mis en œuvre pour son enseignement (1), à l'effet d'obtenir la diffusion des règles et des solutions comprises, tant par ceux qui ont la charge de dispenser un tel savoir, que par ses destinataires. Une fois ce savoir bien dispensé et convenablement assimilé par le groupe social, viendra alors le moment d'aborder la question de sa diffusion, ou mieux, des moyens mis en œuvre pour sa diffusion, pour se satisfaire de son intégration, qui est la conséquence d'une bonne diffusion (2).

1. L'enseignement du droit Ohada

Il suscite depuis un certain temps, un renouveau des analyses, selon des formes diverses. On pourra aussi signaler la création d'une institution académique au sein de l'Ohada à savoir l'École régionale supérieure de la magistrature. Le nombre de thèses de master ou de doctorat ne sont même plus à compter.

Notons cependant qu'il existe un lien indissociable entre la pratique du droit et l'enseignement de la théorie du droit, qui consiste à le faire connaître aux autres. Apprendre le droit aux autres est justement le moyen de favoriser cette connaissance et, au-delà, la conscience même du droit et du juridique. C'est dire, combien les programmes des facultés de droit ont dû être repensés pour tenir compte des nouvelles règles de droit en vigueur du fait du traité Ohada, et des actes uniformes. Chacun sait à quel point de fiction se situe aujourd'hui la maxime suivant laquelle nul n'est censé ignorer la loi. Or le progrès de l'État de droit et le développement ininterrompu du désir de savoir et de comprendre en matière juridique ont renouvelé totalement les réflexions et favorisé le développement de ce que l'on a appelé, à tort ou à raison, l'épistémologie juridique.

Ce ne sont pas seulement la connaissance et la conscience, en tant que composantes du juridique et moteurs des interactions qu'il implique, qui sont en cause, ce sont aussi les opinions sur le droit : opinions des juristes, qui participent à l'œuvre de la « doctrine », opinions des profanes, qui contribuent à la lente et progressive genèse des coutumes. C'est dire que l'imaginaire – et pas seulement l'imagination – occupe une place qui n'est pas négligeable dans la vie du droit. Reste qu'en apprenant celui-ci, on recueille les fruits de cette puissance créatrice, sans tarir l'imaginaire, tant il est vrai qu'en matière juridique se renouvellent sans cesse pour lui les occasions de poursuivre son cours...

Nous citerons aussi en guise d'exemple le cas singulier du Cameroun, qui a toujours su, dans la pratique de son droit interne concilier la *common law* et le droit civil, alors que le droit Ohada fait abstraction quasi totale de la *common law*. C'est ici un écueil fondamental en matière de diffusion, et d'assimilation du droit Ohada, dans cette partie du territoire, dans la mesure où son prétendu dénominateur commun est en fait inexistant dans la réalité. La deuxième difficulté pourrait être due au caractère hégémonique de la règle créant ainsi l'arbitraire, c'est-à-dire une imposition de principes communs sans rapport avec les traditions juridiques locales de chaque État membre, d'où peut-être un certain écart entre la norme Ohada, et son espace d'application. Voilà pourquoi il est si important de développer les réflexions et les études en matière de pédagogie juridique et, à cette fin, d'œuvrer pour identifier les voies d'accès à la connaissance du droit, vérifier la pertinence des différentes pratiques qui tendent à assurer et réunir les informations permettant, s'il échet, de les faire évoluer.

Une fois les techniques d'apprentissage et d'assimilation du droit maîtrisées, il y a lieu d'aborder désormais l'épineuse question de sa diffusion, afin d'apprécier son intégration.

2. La diffusion du droit Ohada

Le droit Ohada a cet avantage d'apparaître dans une période (la dernière décennie du XX^e siècle) où d'énormes avancées technologiques sont déjà réalisées dans le monde en général, et dans celui de l'imprimerie et de l'informatique en particulier. Aussi s'agissant de la diffusion d'un tel droit, il doit être envisagé de manière classique d'abord : l'espace juridique Ohada dispose, à côté des journaux officiels de chaque État membre, d'un journal officiel auquel il est fait référence dans le traité de Port-Louis au titre réservé aux dispositions finales. Les publications des actes uniformes et autres règlements relatifs à l'intégration juridique Ohada n'intéresse pas seulement l'apparition de leur caractère obligatoire et leur mise en vigueur ; elles permettent la diffusion sans laquelle l'obligation de se conformer à des règles secrètes serait inconciliable avec la liberté. Il en est ainsi de la rédaction des coutumes, de la motivation et de la publication des décisions de justice qui sont les conditions mêmes du caractère obligatoire de la coutume et de la jurisprudence. Concernant la documentation en droit Ohada, on saurait dans le cadre d'une communication aussi modeste, présenter une documentation exhaustive. L'on se contentera donc de fournir une bibliographie indicative portant sur des ouvrages pour le moins récents :

- AKAM AKAM A. (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, Paris, l'Harmattan, 2009 ;
- CADIET L. (dir.), *Droit et attractivité économique : le cas de l'Ohada*, Paris, IRJS, 2013 ;

- DE WOLF P. et VEROUGSTRAETE I. (dir.), *Le droit de l'Ohada : son insertion en République Démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant, 2012 ;
- DJEYA Kamdom, *Le droit transitoire Ohada : Conflits entre lois nationales et normes communautaires Ohada dans le temps*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2011 ;
- DJIMA A., *L'Ohada et le droit pénal*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2012 ;
- KOLONGELE Eberande, *Pouvoir dans les sociétés mixtes de droit français, Ohada et congolais*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2011 ;
- SAID I, *Le rôle de la CCJA dans l'architecture juridique de l'Ohada*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2012 ;
- TCHEUMALIEU Fansi, *Droit et pratique bancaire dans l'espace Ohada*, Paris, L'harmattan, 2013.

Point ne sera besoin de distinguer ici les traités, des manuels, ou encore des thèses de doctorat.

À la suite de la diffusion classique, il y a lieu de regarder du côté de la diffusion par l'internet ; et s'agissant du droit Ohada il existe un site officiel consacré à la diffusion par l'internet de l'actualité intégrale sur le droit Ohada, en l'occurrence <http://www.ohada.com>.

Ayant présenté de façon lapidaire les moyens de diffusion du droit Ohada dans la seconde partie de la présente communication, et au regard de ce qui a été dit plus haut concernant le fait que les pays de l'espace Ohada sont tous des pays en voie de développement, nous voyons apparaître le gigantisme de la tâche de diffusion de ce droit, qui est à ce jour le droit positif des affaires de dix-sept États souverains qui ont même des difficultés à faire circuler l'information juridique dans d'autres domaines en leur sein propre. C'est dire que les États de la communauté Ohada devront redoubler d'effort s'agissant de la circulation de l'information juridique, ce qui implique par la même occasion une amélioration obligatoire, et considérable de leurs infrastructures en la matière. De façon indicative, nous pouvons proposer les pistes suivantes.

B. DES ACTIONS, SOLUTIONS ET PERSPECTIVES

1. Amélioration sur l'enseignement

Le fait qu'un nombre important de juristes de nationalité des États membres de l'Ohada soit prolix, en matière de production doctrinale ne signifie en rien que ce droit, ou mieux que les techniques de ce droit, jouissent de la même notoriété et de la même maîtrise dans le chef des praticiens que le droit usuel. Aussi, au-delà du travail, ô combien louable que l'Ersuma accomplit dans le cadre de la formation et de la transmission du savoir en droit Ohada, il sera de bon aloi que des ateliers de formation et de communication se multiplient à l'attention des praticiens de droit (avocats, magistrats, conseillers juridiques, notaires, etc.) à l'effet que ces derniers puissent acquérir une solide connaissance qui leur permettra à leur tour de valablement dispenser ce savoir juridique aux différents destinataires (principalement les justiciables) pour assurer, et optimiser l'application d'une règle de droit connue de tout le monde. Il va de soi qu'une telle entreprise sera coûteuse, entre la rémunération des formateurs, et la mise à disposition du matériel

didactique nécessaire à la réussite d'une telle entreprise. Mais nous sommes d'avis que la fragmentation du droit Ohada due à son ignorance serait plus coûteuse pour les États membres risquant de les mettre dans des situations d'incohérence juridique qui ne sont guère prévues par le traité de Port-Louis.

2. Amélioration des structures de diffusion

S'il existe un journal officiel de l'espace Ohada, qui fonctionne concomitamment avec les journaux officiels des États membres, leur fonctionnement laisse pour le moins songeur sur la question de leur efficacité. En effet, la plupart du temps, ces services de diffusion officielle des États membres manquent cruellement de moyens susceptibles de leur permettre de remplir leur mission avec l'efficacité souhaitée pour l'opposabilité des règles de droit. Aussi, nous sommes d'avis que les gouvernements des États membres devraient veiller à doter leurs journaux officiels respectifs des moyens adéquats pour que ceux-ci puissent valablement remplir leur mission de diffusion.

L'étendue de certains États membres milite aussi pour la décentralisation des journaux officiels, qui n'existe d'ordinaire que dans les capitales, sans antennes ou bureaux dans les provinces ou l'arrière-pays, où la connaissance de la règle de droit est tout aussi importante que dans les grands centres urbains.

3. Amélioration des infrastructures de circulation de l'information

Nous avons souligné plus haut les difficultés des États membres en ce qui concerne leurs insuffisances en matière d'infrastructures routières (rendant ainsi par exemple plus difficile et plus onéreux le transport de l'information juridique) ; à cela s'ajoute leur développement rudimentaire en matière de nouvelles technologies, rendant pénible la solution de la diffusion du droit par l'informatique et l'internet. Or, étant en plein XXI^e siècle, l'informatique et l'internet sont des outils de diffusion privilégiés de l'information en général, et du droit en particulier s'agissant de la préoccupation de notre communication. C'est ici le lieu de faire le plaidoyer pour l'avancée des nouvelles technologies dans les États membres. La prise en compte de ces quelques recommandations pourra permettre d'optimiser la diffusion du droit Ohada, et partant de son intégration dans l'optique d'une Afrique encore plus unie.

CONCLUSION

Le plan de Lagos hier, le NEPAD, aujourd'hui marquent essentiellement les relations internationales africaines, particulièrement dans le domaine économique. La mondialisation des économies, l'étroitesse de ses marchés ont poussé l'Afrique à se lancer dans de vastes entreprises d'intégration économique, CEEAC, CPGL, UEMOA et aujourd'hui l'Ohada qui apparaît comme le véritable instrument d'encadrement juridique de la volonté des États de réaliser l'intégration politique par l'économie. Il y a donc de l'audace dans le thème que s'est proposé de traiter en deux jours le présent colloque en l'occurrence : l'Ohada, un passé, un présent et un avenir.

En effet, l'avenir de ce droit, devenu selon l'expression d' Abdoulaye Wade, une discipline de synthèse entre le droit des affaires, le droit économique et le droit de l'entreprise, vit dans une vraie politique de diffusion, qui semble malheureusement bien

absente au sein des États membres. Or l'assimilation du droit Ohada par ses destinataires, sa réception dans les ordres juridiques internes est tributaire de sa bonne diffusion, encore déficitaire à ce jour. Les développements ci-avant ont tenté de décortiquer l'enjeu que représente une politique de diffusion du droit Ohada.

**EXTENSION ET EXPORTATION
DU MODÈLE OHADA :
CONVERGENCE ENTRE LES SYSTÈMES
JURIDIQUES ET ATTRACTIVITÉ ÉCONOMIQUE**

LE DROIT OHADA PERMET-IL L'ÉMERGENCE D'UN PÔLE DE DÉVELOPPEMENT ?

Le point de vue de l'universitaire

Paul-Gérard POUGOUÉ

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'université de Yaoundé II

La réflexion sur la convergence ou la divergence entre les différents systèmes juridiques est au centre du droit comparé contemporain. Tout le monde s'accorde aujourd'hui sur le progrès que constituerait une convergence trouvée entre différents systèmes juridiques. Tout le monde s'accorde également sur la difficulté de trouver une telle convergence. C'est alors que l'expérience de l'Ohada interpelle. Dans l'espace Ohada, la question, effleurée au départ, prend de l'ampleur et conditionnera la vitalité du droit Ohada.

Une lecture rapide des actes uniformes de l'Ohada donne l'impression d'un droit exclusivement de tradition civiliste. Mais une lecture appuyée indique que le droit Ohada a une variété de sources d'inspiration. Ainsi, le législateur Ohada, notamment dans les actes uniformes relatifs au droit commercial général, au droit des sûretés, au droit du transport des marchandises par route, s'est inspiré des textes internationaux majeurs, tels que la convention de Vienne de 1980 sur la vente de marchandises, les règles de la Chambre de commerce internationale, les textes de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international ou encore la Convention relative au transport international de marchandises par route. Sans qu'ils aient au sens strict valeur de convention internationale, les principes d'Unidroit ne sont pas absents non plus.

La présence de ces normes de droit international privé dans les règles matérielles de l'Ohada présente un double avantage. Elle facilite les transactions internationales ; ainsi les investisseurs étrangers qui souhaitent contracter avec des entreprises situées sur les territoires de l'Ohada auront, lorsque cela s'impose, à appliquer des normes et des concepts qui ne leur sont pas totalement nouveaux, parce qu'ils correspondent à ceux utilisés habituellement dans d'autres relations commerciales. Par ailleurs, au sein même des États-membres, les règles de l'Ohada bien que nouvelles ne seront pas totalement étrangères aux acteurs économiques, puisque la plupart des États sont membres de ces organisations internationales ou signataires des différentes conventions internationales. Cette quasi-familiarité avec les normes présente l'intérêt de faciliter l'acceptation et l'application des différents textes.

La *common law* est aussi sollicitée. Très vite s'est posée la question de son apport au modèle juridique qui se mettait en place à travers l'Ohada. D'ailleurs, l'intérêt suscité par

la place de la *common law* s'explique dans une certaine mesure par le fait que certains pays membres de l'Ohada, à l'exemple du Cameroun, appliquent au moins partiellement ce droit. La question prend de l'ampleur avec la perspective d'ouverture de l'Ohada à certains pays africains de tradition juridique de *common law*, à l'instar du Nigeria et du Ghana.

La voie de la convergence est aujourd'hui inévitable. Il s'agit en comparant les systèmes juridiques en présence, de relever les valeurs universelles, de faire des propositions concrètes de règles techniques ou de règles de procédure qui pourraient, si elles étaient mises en œuvre, améliorer l'élaboration des textes de l'Ohada en permettant d'atteindre les objectifs de celle-ci.

Le droit Ohada de la vente commerciale est à cet égard un bel exemple de convergence entre les traditions juridiques de droit civil et de *common law*. Du point de vue des notions abstraites, la bonne foi du droit civil côtoie le raisonnable de la *common law*. D'un point de vue concret, la recherche de convergence est remarquable. On la trouve dans la nouvelle règle de transfert de propriété à la livraison, dans l'instauration de la coopération contractuelle, dans la résolution par anticipation, dans les nouveaux régimes de l'exception d'inexécution.

On pourrait aussi citer l'acte uniforme révisé sur les sûretés. Ce dernier a le mérite de rapprocher certains mécanismes de ceux qui existent dans le système de *common law*. Il en est ainsi par exemple des nantissements du droit Ohada et de la *floating charge* de droit anglais.

Le but de cette intervention liminaire est de montrer combien l'avenir de l'Ohada est conditionné par cette question de convergence, capitale pour générer un droit Ohada original, économiquement attractif et propice à l'émergence d'un pôle de développement.

LE DROIT OHADA PERMET-IL L'ÉMERGENCE D'UN PÔLE DE DÉVELOPPEMENT ?

Le point de vue des praticiens internationaux

Marc FRILET

Associé-gérant Frilet société d'avocats

Vice-président IFEJI

Chair of the Management Committee of Gcila

Les praticiens internationaux ont été parmi les plus ardents promoteurs de l'Ohada aux côtés des pères fondateurs dont la lignée remonte à fort loin. C'est en effet il y a plus de cinquante ans déjà que le professeur René David, comparatiste mondialement connu (et qui fut mon mentor), a organisé une conférence avec les ministres des anciennes colonies françaises pour « harmoniser les systèmes juridiques au bénéfice du développement économique ». Ensuite tout le monde connaît le rôle clé joué par Kéba M'baye puis par d'autres personnalités dont certaines nous font l'honneur de participer à ce colloque.

La qualité des actes uniformes et leur compatibilité avec les normes et meilleures pratiques du droit international des affaires ont été reconnues très tôt, notamment par plusieurs groupes d'avocats américains ayant analysé chacun des actes au sein d'un programme organisé par l'American Bar Association, et dont les conclusions ont été présentées et débattues à l'occasion d'une conférence International Bar Association organisée à Yaoundé dès 1999.

La compatibilité générale des normes Ohada avec les fondamentaux juridiques généralement mis en œuvre par la communauté des affaires internationales, *common law* et *civil law* comprises, est remarquablement illustrée par ailleurs par les travaux de l'IDEF sous la direction du professeur Mercadal comparant la jurisprudence sur de multiples principes et concepts juridiques figurant dans les actes uniformes Ohada.

L'apport de l'Ohada à la légistique, science encore assez jeune mais qui se révèle de plus en plus essentielle pour un développement économique harmonieux et durable, est particulièrement important. Cet apport a été mis en valeur par différents groupes de travail et en particulier ceux qui ont été réunis durant plusieurs années par l'IFEJI et le barreau de Paris en étroite collaboration avec les institutions françaises du développement et le groupe Banque mondiale.

Diverses études et enquêtes ont par ailleurs révélé l'intérêt de l'Ohada pour la sécurisation juridique des affaires (exemple : enquête Ubifrance, Conférence permanente des chambres de commerce africaines francophones, IFEJI 2006, etc.)

Ces caractères très positifs de l'Ohada ne doivent toutefois pas faire oublier un certain nombre de faiblesses que je me permettrai d'évoquer à travers le prisme du juriste accompagnant les investisseurs internationaux souhaitant développer leurs projets en Afrique.

I. LES FAIBLESSES

Ces dernières peuvent être résumées comme suit :

- manque de connaissances suffisantes du droit Ohada à l'exception des actes uniformes sur le droit commercial général et sur le droit des sociétés commerciales et les GIE ;
- difficultés d'interprétation au niveau local lorsque trop de concepts nouveaux sont introduits comme par exemple en matière de ventes commerciales, ou encore lorsque les textes non abrogés et parfois des textes nouveaux sont directement ou indirectement en conflit avec les normes Ohada et limitent leur « effet utile » (pour reprendre une expression chère aux Européens au regard de leurs directives) ;
- attitude réservée de certains tribunaux et cours suprêmes ;
- jurisprudence peinant à couvrir au rythme souhaité le champ des précisions souvent nécessaires en pratique pour appliquer correctement le droit Ohada ;
- une centralisation de la CCJA qui pose des questions pratiques quant à sa saisine et nuit à son efficacité ;
- des mécanismes d'arbitrage Ohada, reconnus comme éminemment nécessaires mais qui mériteraient d'être mieux organisés, mieux adaptés aux réalités locales, moins onéreux avec de réels bilans coûts/avantages notamment au regard du développement de pratiques inspirées par des systèmes juridiques loin des traditions et cultures civilistes ;
- absence de sanctions pénales uniformes pour de nombreuses infractions aux actes uniformes laissées à l'appréciation des législateurs étatiques qui rechignent souvent à édicter des sanctions appropriées pour donner « un effet utile aux textes » (V. Traité, art. 5.3, souvent décrié par les praticiens ; que vaut une obligation sans réelles sanctions ?) ;
- les domaines d'harmonisation du droit Ohada sont cantonnés à quelques secteurs, certes essentiels du droit des affaires mais qui ensemble sont loin de réguler la majorité des questions institutionnelles, juridiques, réglementaires et procédurales sources d'incertitudes pour les investisseurs et la communauté des affaires.

Un exemple, loin d'être anecdotique, qui est régulièrement relevé dans des rapports du CIAN est celui de l'incertitude générale au niveau de la parafiscalité régionale ou locale et de façon plus générale de la parafiscalité. Cette dernière est souvent perçue comme arbitraire multipliant les risques financiers avec le temps et source de corruption.

Par ailleurs, d'autres branches du droit importantes pour le développement des relations économiques véhiculent des niveaux d'insécurité parfois importants notamment pour les projets dont la réalisation impacte particulièrement le développement économique. Quelques exemples :

- régime foncier : en pratique, le régime titré est plus souvent l'exception que la règle. Le non-titré (droits et obligations des occupants traditionnels et usufruitiers) doit être suffisamment réglementé pour favoriser les transactions et ne léser personne : ne faut-il pas un droit particulier pour les relations avec les communautés à l'occasion des investissements ? Ne faut-il pas adapter au niveau régional le droit de l'expropriation puis de la réinstallation ?
- droit de l'environnement ;
- droit fiscal et douanier ;
- droit du travail ;
- droit de protection des investissements ;
- droit des procédures administratives : recours, permis, autorisations ;
- droit des contrats publics ;
- droit des concessions de service public et autres partenariats public-privé.

II. LE DROIT OHADA ET SES CONSÉQUENCES SUR LE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE

A. LES ACTES UNIFORMES EXISTANTS : UNE CONTRIBUTION RÉELLE AU DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE ET UN MODÈLE AU PLAN INTERNATIONAL

Les partis pris du droit Ohada qui n'apparaissent pas clairement lors d'une première lecture ont déjà fait couler beaucoup d'encre et donné lieu à bien des commentaires. Par exemple à l'occasion de la conférence internationale du droit et de l'économie sur la convergence du droit (Paris, Place de droit, organisée par le barreau de Paris en partenariat avec la Banque mondiale en 1994), certains se sont émus que le développement n'apparaisse pas clairement comme un objectif prioritaire de l'Organisation. L'argument avancé était que le droit Ohada est plus façonné pour certains types d'affaires et pour les entreprises établies que pour la petite économie et qu'il présente de ce fait de nombreux effets pervers. À cet égard, on ne peut nier que l'économie informelle joue et jouera encore longtemps un rôle essentiel dans le dynamisme de l'économie africaine.

Pour autant, les praticiens constatent que la rédaction des actes Ohada a été conçue à l'origine avec un vrai souci pédagogique en évitant de multiplier les concepts trop complexes, utiles dans les économies développées mais pouvant créer la confusion dans des économies en transition.

De plus, le droit Ohada a su multiplier les dispositions d'ordre public permettant de donner des cadres et directives simples et claires au sein desquels se développeront progressivement des activités économiques en incitant les acteurs à passer de l'informel au formel en découvrant progressivement les avantages de la *rule of law* (leur permettant par exemple de mieux contrôler leurs activités, d'avoir plus facilement accès au crédit, de s'associer avec une meilleure sécurité, etc.).

L'acte uniforme originel sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique est ainsi plutôt axé sur la protection des tiers que sur la facilitation de la contractualisation des relations entre les associés. Cet aspect pédagogique et sécuritaire a été remarquablement mis en valeur par le professeur Guyon lors de la conférence de Yaoundé précitée.

De nombreux praticiens ayant accompagné l'émergence des projets internationaux en Afrique saluent ces partis pris du droit Ohada. Les mêmes accueillent souvent avec réserve les critiques qui sont faites à la rigidité corrélative de ce droit par rapport au droit des pays occidentaux. Ils considèrent en effet qu'il faut d'abord cadrer puis stabiliser des pratiques pour donner confiance et développer les transactions avant d'être trop créatif sinon cette créativité engendre des effets pervers. Il ne faut pas hésiter dans certains cas à poser des questions sur les classements du *Doing business* pour susciter des échanges utiles à tous. Il ne faut pas oublier que le *Doing Business* est fondé sur des a priori très respectables et facilitant les transactions privées dans certaines parties du monde développé mais qui possèdent par ailleurs des institutions et procédures spécifiques qu'on est loin de retrouver partout sur notre planète.

L'Ohada devrait ainsi s'attacher en priorité à consolider les actes uniformes existants favorisant progressivement le passage de l'informel au formel tout en sécurisant les relations simples et claires au sein du secteur formel avant de multiplier des textes plus sophistiqués. Ces derniers sont certes utiles, mais applicables en pratique dans un nombre limité de transactions et il faut éviter que les exceptions aboutissent à rendre confuse l'application de la règle. On observe d'ailleurs que ce type de textes peut devenir, contre la volonté de leurs auteurs, source de mauvaise gouvernance voire de régression. Des questions ont ainsi été posées au regard de l'introduction de la SAS ou de l'évolution des textes sur les sûretés

Cela ne veut pas dire que les actes existants doivent rester figés et certains ont besoin d'un toilettage d'ailleurs largement entamé notamment avec l'appui du FIAS et pour partie réalisé : ils ont surtout besoin d'être mieux connus et compris et de gros efforts restent à fournir par la communauté internationale à cet égard.

En conclusion, les actes uniformes existants contribuent sans aucun doute à sécuriser puis à fluidifier les transactions grâce à un parti pris de droit écrit basé sur une méthodologie inspirée notamment par une vision responsable à la fois pragmatique et dynamique des conditions du développement économique.

L'apport de l'Ohada à la science de la légistique, pour les secteurs actuellement couverts par les actes uniformes est par ailleurs incontestable et peut même être qualifié de modèle pour de nombreuses régions du monde.

En effet, l'Ohada a largement démontré que, dans les pays en développement, le système judiciaire et sa pratique ne sera pas en mesure avant longtemps d'être la source d'une jurisprudence utile au quotidien. Dès lors, un droit écrit, correctement élaboré et formulé simplement et clairement, est un vecteur de sécurité majeur pour le monde des affaires et pour le développement économique. Cet avantage sécuritaire l'emporte de beaucoup sur les inconvénients de la rigidité apparente parfois décriée par des courants de pensée qui, souvent, manquent de pratique africaine au quotidien.

Le bénéfice d'un droit écrit de qualité est au demeurant largement partagé même dans les pays de la *common law* : n'oublions pas que dès 1872, l'Inde a estimé nécessaire de codifier la *common law* des contrats tout comme l'ont fait certains pays d'Asie du sud – et parmi les plus farouches partisans de la *common law*. Il faut également se rappeler que les besoins de codification du droit commercial avaient été profondément ressentis dans les pays de *common law* les plus libéraux comme le révèle la promulgation du *Companies Act* britannique (ou encore celle de l'*Uniform Commercial Code* (UCC) aux États-Unis

après la seconde guerre mondiale, largement basé sur une synthèse du droit civil et commercial allemand et français).

Ceci étant, l'impact réel de l'Ohada sur le développement économique reste difficile à mesurer et toute comparaison scientifique avec d'autres pays africains hors Ohada reste aléatoire. Cela ne surprenait pas d'ailleurs outre mesure les équipes d'avocats de l'American Bar Association ayant fait une première évaluation de la compatibilité entre les actes uniformes et les pratiques des affaires internationales lors de la conférence IBA précitée. Il rappelait volontiers qu'il avait fallu plus de vingt ans pour que l'UCC produise des effets vraiment utiles aux États-Unis.

B. Le besoin d'une nouvelle génération de textes régionaux pour accélérer UN DÉVELOPPEMENT SOCIO-ÉCONOMIQUE DURABLE

Pour beaucoup de praticiens, l'Ohada ne pourra avoir un impact réel et mesurable sur le « développement économique » que si, d'une façon ou d'une autre, un ensemble de textes régionaux ayant les mêmes qualités que les actes uniformes et également essentiels pour la sécurité et la fluidité des transactions sont édictés et mis en application. L'Europe du Marché commun réalise régulièrement des études d'impact pour identifier les textes réglementaires et les directives facilitant la vie des affaires et le développement économique. L'Ohada mériterait de s'inspirer de la dynamique européenne à cet égard même si en Europe tout est encore loin d'être parfait.

Si l'on reste très pragmatique et si l'on souhaite contribuer au maximum, grâce à des textes de qualité, au développement économique, il faut alors commencer par s'intéresser aux principaux obstacles à ce développement. Il faut ensuite s'interroger sur le point de savoir si des textes réellement adaptés à la fois aux exigences de notre monde global et à la réalité africaine, pourraient contribuer efficacement à surmonter ces obstacles.

Un des meilleurs exemples que l'on puisse sans doute trouver aujourd'hui est celui du goulot d'étranglement des infrastructures publiques et de service public qui affecte sérieusement le développement économique africain. Il est en effet unanimement reconnu que les budgets des États ne pourront pas réaliser, dans un avenir prévisible, toutes les infrastructures souhaitées et permettre aux populations de bénéficier d'un ensemble de services publics essentiels (ports, chemins de fer, aéroports, eau, électricité, services urbains, etc.).

La Banque africaine de développement, évaluant à plus de 60 milliards de dollars par an l'écart entre les capacités des budgets publics additionnés de l'aide au développement et les besoins d'investissements en infrastructures de services publics essentiels ayant une valeur économique pour les usagers, a tiré la sonnette d'alarme.

Les investisseurs internationaux qui possèdent une réelle pratique de ces projets à travers le monde et également en Afrique, moyennant une bonne planification puis une bonne préparation des projets par le secteur public suivi d'une mise en concurrence transparente et de la conclusion de contrats possédant un ensemble de caractéristiques originales (qui peuvent former un corpus de droit des contrats publics), s'intéresseront de beaucoup plus près aux pipelines de projets régulièrement présentés par les pays ou instances régionales en Afrique. Le gap du déficit d'investissement public pourrait être ainsi progressivement comblé en proportion des améliorations observées. Il est intéressant de noter que la question n'est pas qu'une question du manque de financements

internationaux disponibles mais beaucoup plus un niveau de risque le plus souvent inacceptable pour les fonds disponibles. Ces améliorations institutionnelles et juridiques devront se traduire par des partenariats public/privé tirant les leçons des succès et des échecs observés à travers le monde et en Afrique.

Le monde juridique spécialisé dans les grands projets d'infrastructures et rompu aux pratiques africaines en est également convaincu. Il a été peu à peu démontré à la lumière des échecs de plus en plus fréquents des PPP en Afrique, que les conditions de la réussite de pipelines de projets, qui peuvent dans certains pays ajouter plusieurs points de croissance et être un gage d'amélioration de la gouvernance, ne peut se réaliser sans la mise en place de cadres juridiques régionaux et abordant de façon intégrée l'ensemble des problèmes en leur apportant des solutions justes et équilibrées.

Désormais, grâce en particulier aux travaux du G20 de Cannes en 2011 qui ont donné l'occasion aux secteurs public et privé de travailler en étroite collaboration, puis à divers travaux ultérieurs réalisés par divers groupes de travail spécialisés. Un consensus se dégage sur le contenu et l'impact très positif de textes complets et innovants à un niveau régional (V. en particulier le soutien des Nations Unies en 2013 pour la création d'un centre d'excellence international *Policies, laws and institutions* pour les PPP ou encore les travaux de 2014 du comité préparatoire à la décision d'UNCITRAL de proposer une loi-modèle *Concessions et autres PPP* au niveau mondial).

La communauté des experts économiques et juridiques est ainsi mûre, avec le soutien marqué de personnalités publiques et privées de nombreux États africains pour passer à l'étape de préparation puis de formulation de textes innovants au niveau régional en Afrique, synthétisant le meilleur de l'expérience africaine et internationale et dont l'effet accélérateur sur le développement économique pourrait être spectaculaire.

CONCLUSION

Pour les praticiens représentant le monde des investisseurs internationaux, l'Ohada a déjà très largement atteint ses objectifs non seulement au niveau de la sécurisation du droit des affaires au sein de l'espace Ohada, mais également en tant que modèle pour le développement d'un droit des affaires régional adapté aux réalités internationales. L'apport de l'Ohada à la légistique et au développement progressif de la règle de droit dans le monde des affaires au sein des pays en développement peut ainsi être considéré comme une contribution majeure à la communauté internationale.

S'agissant de l'impact de l'Ohada sur le développement économique, il ne fait aucun doute que l'amélioration de la gouvernance ainsi que le passage progressif de l'informel au formel, judicieusement accompagné par l'Ohada est un facteur important. Cet apport est encore difficile à mesurer. On peut toutefois parier que si la communauté internationale et les États s'engagent avec plus de moyens et d'efficacité à la promotion de l'Ohada, cet impact sera de plus en plus visible.

Il ne faut pas oublier toutefois que le développement économique est également tributaire d'un bon climat d'investissement, c'est-à-dire d'un cadre institutionnel, juridique et procédural qui dépasse parfois de beaucoup le périmètre actuel des actes uniformes. Cette situation est régulièrement observée par le monde des affaires et en particulier par les investisseurs internationaux. Or les différents cadres et principes institutionnels et

juridiques, hors actes uniformes, qui restent à formuler et à promouvoir pour donner un coup d'accélérateur au développement économique en Afrique, peinent à se développer à des niveaux étatiques ou régionaux. L'exemple de « l'infrastructure juridique » qui reste encore à mettre en place dans la plupart des pays du monde pour réaliser effectivement les pipelines de projets d'infrastructures de services publics essentiels, eux-mêmes condition d'un développement économique accéléré, mérite de ce point de vue une réflexion approfondie au niveau de l'Ohada. En effet, le cadre institutionnel créé par l'Ohada, son fonctionnement et les retours d'expérience, notamment en matière de légistique, sont autant de facteurs qui convergent pour que l'Ohada contribue à mettre en place rapidement et efficacement à travers un acte uniforme bien conçu, « l'infrastructure juridique » qui conditionne largement la réalisation effective des projets d'infrastructures de services publics essentiels en Afrique.

LE PROJET OHADAC :

Présentation, évolutions et perspectives

Joseph KAMGA

Président de l'association pour l'efficacité du droit et de la justice dans l'espace de l'Ohada

I. PRÉSENTATION DU PROJET

A. ÉTAT D'AVANCEMENT DU PROJET OHADAC

Le projet Ohadac s'est inspiré :

- du succès considérable du programme d'unification du droit des affaires engagé en Afrique dans le cadre de l'Ohada, de la crédibilité et de la notoriété mondiale apportée au droit des affaires en Afrique grâce à la réforme Ohada (<http://www.ohada.com>) ;
- du succès du système régional ECTEL de réglementation et de régulation du secteur des communications électroniques mis en place en Caraïbe orientale dans le cadre de l'OECS, grâce à l'appui de la Banque mondiale, et du constat que ce cadre légal et réglementaire unifié des télécommunications a permis le déploiement des systèmes de câbles sous-marins « Guadeloupe Numérique » et « Martinique Numérique », à l'ensemble des États de la Caraïbe orientale avec des perspectives très concrètes de déploiement ultérieur vers le Plateau des Trois Guyanes au sud, et vers Haïti, Saint Domingue, la Jamaïque et Cuba au nord (<http://www.acpnumerique.com>) ;
- du succès majeur de coopération régionale engagée dans le secteur du numérique.

C'est pourquoi une réflexion a été engagée grâce aux conseils régionaux de Guadeloupe, Martinique et Guyane (dans le cadre du programme Interreg 2007-2013) et à la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre, à propos de la mise en place d'un système de droit des affaires harmonisé dans la Caraïbe (Ohadac), en direction des différents États et territoires caribéens, du Caricom et de l'OECS, les secteurs prioritaires étant l'arbitrage, le droit des sociétés, le droit commercial général, le droit de l'exécution et la création d'une cour régionale de justice et d'arbitrage.

B. L'ASSOCIATION ACP LÉGAL, PORTEUSE DU PROJET OHADAC

Le projet Ohadac est conduit par l'association ACP Légal. Créée en 2007, elle est présidée par Madame Catherine Sargenti et a son siège à Pointe-à-Pitre en Guadeloupe (*French West Indies*). L'association ACP Légal a été constituée pour la mise en œuvre du

projet Ohadac. Elle a pour vocation d'encourager notamment les entreprises et les juristes qu'ils soient anglophones, hispanophones ou francophones caribéens, européens ou américains à accompagner les territoires caribéens concernés dans une réflexion agissante visant à la mise en place dans le temps d'un système de droit unifié des affaires porteur de développement économique et humain dont l'objectif sera de promouvoir les échanges et l'intégration régionale dans l'ensemble de la Caraïbe, avec le soutien de la Commission européenne, dans la droite ligne des accords de partenariat économique (APE).

Au niveau technique du droit, de l'intégration juridique et de la coopération régionale, ACP Légal dispose d'un réseau international d'experts, couvrant toute la région, au travers des chapitres locaux dûment constitués (Guadeloupe, Martinique, Porto Rico, République dominicaine, Cuba, Venezuela, OECS...), des institutions partenaires (IHLADI, Institut hispano luso américain de droit international, FUNGLODE, la fondation du président Leonel Fernández de République dominicaine, etc.) et plusieurs cabinets d'avocats de la région. Au-delà de ce maillage, des spécialistes reconnus du droit international appuient nos actions tant dans la Caraïbe qu'en Europe.

L'association ACP Légal a bénéficié en novembre 2010 d'un accord de financement dans le cadre du programme Interreg 2007-2013 afin de mettre en œuvre le projet Ohadac au travers des activités suivantes :

- installation de clubs ou chapitres nationaux dans les pays partenaires avec mission de procéder au diagnostic des pratiques juridiques et des priorités des pays partenaires ;
- propositions d'harmonisation dans certains domaines du droit des affaires dans la perspective de les présenter aux États souverains ;
- propositions devant se traduire, dans le temps, par l'adoption, la ratification et la promulgation d'actes uniformes applicables aux différents États de la zone et/ou par l'adoption d'un code de bonne conduite par les chambres consulaires.

II. ÉVOLUTION DU PROJET OHADAC

La convention Feder du projet Ohadac dont l'échéance était initialement fixée au 30 juin 2012 a obtenu plusieurs avenants, prorogeant ainsi l'échéance du projet au 31 décembre 2014 et autorisant ainsi les modifications suivantes de l'agenda du projet :

- lancer le marché pour la réalisation de l'inventaire des règles juridiques dans la Grande Caraïbe et du Plateau des Guyanes selon le mode d'allotissement ;
- ramener de 7 à 5 le champ de l'inventaire des domaines du droit des affaires ;
- créer la première institution Ohadac : « la Cour Ohadac d'arbitrage et médiation » ;
- modifier l'annexe technique et financière en date du 26 juin 2006 conformément à la demande du chef de file : la nouvelle annexe technique et financière n'a aucune incidence financière sur le projet.

Le projet Ohadac en est à son sixième rapport d'exécution et poursuit la réalisation de ses actions. Les objectifs de certaines d'entre elles ont été atteints, d'autres sont en phase de finalisation et quelques-unes en cours de réalisation. En résumé, l'état d'avancement du projet est le suivant :

- la phase de promotion et de diffusion du projet à travers l'organisation de forums, colloques, séminaires a atteint son objectif. Elle a permis la création des chapitres Ohadac dans des États de la Caraïbe ainsi que la coordination des réunions d'information, la sensibilisation des juristes ;
- le site <http://www.ohadac.com> termine en ce moment ses travaux de rénovation. Premier instrument de communication sur l'évolution des activités du projet Ohadac, le nouveau site sera mis à jour au fur à mesure de l'évolution de la feuille de route et des activités du projet Ohadac. En outre, dans sa nouvelle conception, il veut entreprendre une mission fédératrice en direction des sites internet des organisations régionales, des centres d'arbitrages, des centres de recherches, des facultés de droit, des chambres de commerce et d'industrie et toutes autres institutions caribéennes concernées par la mise en place de ce projet structurant d'intégration juridique régionale dans la Caraïbe. Cette action n'a qu'un objectif, rendre disponible et vulgariser auprès du plus grand nombre, l'information sur le projet Ohadac et son évolution.

La réalisation de l'inventaire des règles juridiques dans la Grande Caraïbe et le Plateau des Guyanes est en cours. Dans le cadre de la mise en œuvre de cette action, ACP Légal a passé des appels d'offres pour la réalisation de cet inventaire. En raison de l'objet extrêmement ciblé de cette action, et de la déclaration d'appels d'offres infructueuse, la procédure adaptée a été utilisée : consultation restreinte selon le mode d'allotissement. Cette procédure a abouti à la sélection d'une équipe d'experts dont les missions dans le cadre du projet Ohadac sont les suivantes :

- le professeur Rodolfo Dávalos Fernández, en charge de la préparation et de la rédaction de la « loi type des sociétés commerciales Ohadac » qui devra comprendre les règles de base en matière de droit des affaires des sociétés de capital ainsi que d'autres formes modernes de sociétés telles que les groupements de sociétés, le *Joint Venture* et d'autres décrites dans l'étude technique annexée au travail de recherche ;
- le professeur Dávalos es également chargé de la préparation et de la rédaction d'un projet de règlement en matière d'arbitrage ad hoc Ohadac ainsi que de la collecte, de la préparation et de la présentation de la base de données Ohadac sur l'arbitrage commercial international ;
- le professeur Sixto Alfonso Sánchez Lorenzo assure la réalisation d'une étude comparative des systèmes de droit en vigueur dans les États et les territoires de l'espace Ohadac présentée sous forme de « Principes Ohadac relatifs aux contrats du commerce international » ;
- le professeur José Carlos Fernandez Rozas assure l'élaboration de la « loi modèle Ohadac relative au droit international privé ».

La présentation solennelle des travaux ci-dessus fera l'objet d'un congrès qui sera organisé par ACP Légal au cours du dernier quadrimestre 2014, en présence de tous les chapitres de l'espace Ohadac. ACP Légal envisage de lancer à ce congrès, la toute première institution de l'Ohadac, « la Cour Ohadac d'arbitrage et médiation ».

Pour ce dernier point, il faut noter d'une part, que tous les textes fondateurs de lancement et de fonctionnement de la future Cour Ohadac sont prêts, et d'autre part, que nous bénéficions de deux accords de principe pour finaliser cette action. Le premier est le

siège de la Cour : un État de la Caraïbe, sous réserve de l'accord des autres États soutient le projet dans cette démarche et a d'ores et déjà proposé de doter cette institution d'un siège. Le deuxième est l'inscription du projet Ohadac comme projet-cadre de l'APE Union européenne-Cariforum, l'objectif étant de pérenniser le fonctionnement de la première institution de l'Ohadac, notamment de la future Cour Ohadac d'arbitrage et de médiation et de permettre l'approfondissement du projet, en particulier en ce qui concerne le champ du droit harmonisé.

Dans la perspective de l'avancée des travaux susvisés et en étroite collaboration avec les experts Ohadac, l'association Henri Capitant et la Fondation pour le droit continental apportent en renfort leur expertise, expérience, savoir-faire et notoriété, ainsi que leurs équipes d'experts pour contribuer au succès du projet Ohadac.

III. PERSPECTIVES DU PROJET OHADAC

C'est tous les pays et territoires de la région caribéenne qui vont bénéficier des instruments juridiques qui seront proposés par l'Ohadac. Ils ont l'ambition de mieux correspondre à la réalité de l'économie caribéenne. La mise en place d'une organisation internationale dont le rôle principal sera la création des instruments d'harmonisation de droit privé à l'échelle de toute la Caraïbe a pour vocation de réduire la fragmentation de l'espace caribéen. Cette unité juridique et économique devrait contribuer à la création d'un bloc caribéen favorable aux échanges commerciaux et aux investisseurs. Elle permettra aussi à la région de bénéficier, voire d'élargir ses premiers atouts que sont :

- le tourisme : premier pôle régional Cancun, Mexique ;
- la logistique : élargissement du canal de Panama (7 % du trafic mondial de marchandises), zone franche de Colón (Panama), la deuxième au monde ;
- le pétrole : Venezuela, premier bailleur de fonds régional.

Par ailleurs, sur le plan institutionnel, sont également envisagées :

- la création d'un centre d'arbitrage régional facilitant la résolution rapide des différends pour nos PME et portant sur les échanges régionaux de biens et services ;
- la création d'un institut de statistiques régional sur le modèle d'Eurostat afin de disposer d'une base de données fiable concernant les échanges et d'une base de données régionale concernant le droit des affaires ;
- la création d'un institut régional de la propriété intellectuelle permettant une harmonisation des enregistrements, etc.

Les objectifs du projet atteints seront présentés aux institutions étatiques des États et territoires membres du projet Ohadac. Du lobbying auprès des territoires sera entrepris afin que les « instruments Ohadac » soient, dans le temps, validés par chacun des États comme instruments de droit international privé des affaires pour ce qui concerne le commerce intracaribéen. À terme, et au-delà du 31 décembre 2016, ce qui est visé est la mise en place d'une convention internationale intracaribéenne lançant officiellement l'Ohadac, Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe, support d'une institution au service de la Grande Région Caraïbe.

L'Ohadac sera un instrument au service du rayonnement juridique et économique à long terme et pose à notre sens les bases d'une réelle intégration régionale des pays de la Caraïbe.

LES NOUVEAUX DOMAINES NORMATIFS

VERS LA CRÉATION D'UN ACTE D'AVOCAT EN AFRIQUE

Mamadou S. TRAORE

Bâtonnier de l'Ordre des avocats du Burkina Faso
Président de la Conférence des barreaux de l'UEMOA

L'acte d'avocat résulte d'une consécration législative assez récente en France puisqu'il a été introduit en France par la loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées adoptée le 28 mars 2011. Les barreaux de l'UEMOA n'ont, eux, pas encore connu ce bond qualitatif. La plupart des barreaux de l'Ohada, et en tout cas le Barreau du Burkina, en sont encore à la division classique du code civil entre les actes authentiques et les actes sous seing privé. « L'acte authentique est celui qui a été reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ». Pendant longtemps le législateur a protégé les cocontractants en exigeant dans les cas les plus importants le recours à l'acte authentique en dépit de son coût. Ce faisant l'acte authentique « fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et les héritiers ou ayants cause ». À côté de l'acte authentique prennent place les actes sous seing privé. L'acte sous seing privé « reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique ».

Dans la pratique professionnelle et dans l'accompagnement juridique de ses clients, l'avocat des pays civilistes n'est pas toujours à l'aise par rapport à ses confrères anglo-saxons ou à ses confrères de *commun law*. En effet, les Anglo-Saxons ignorent l'acte authentique et n'attachent pas la même importance à la preuve écrite²⁷⁵. L'acte d'avocat, ce faisant, améliore la pratique professionnelle de l'avocat en simplifiant la rédaction de certains actes.

Sans rentrer dans une étude exégétique de l'acte d'avocat, je voudrais rapidement en faire l'introduction et évoquer son intérêt pour les barreaux africains en général et les barreaux des pays francophones ouest africains en particulier qui sont entrain de cheminer effectivement vers l'acte d'avocat.

I. PRÉSENTATION SOMMAIRE DE L'ACTE D'AVOCAT EN FRANCE

L'acte d'avocat est un acte sous seing privé signé des parties et contresigné par le ou les avocats des parties. Pour favoriser la sécurité juridique dans les relations contractuelles, la

²⁷⁵ Il existe dans le droit britannique une distinction entre le *deed* qui respecte un certain formalisme solennel et les *under hand* au formalisme atténué.

commission Darrois a proposé la création à côté des actes notariés, d'une nouvelle catégorie d'acte contresigné par les avocats. L'intervention d'un professionnel pourvu d'obligations déontologiques et de garanties professionnelles, vise à donner à cet acte une force probante renforcée au bénéfice des personnes morales et physiques. À part les actes dits *solennels* ou ceux soumis à la publicité foncière, l'acte d'avocat recouvre une variété de domaines.

A. DÉFINITION

La loi du 28 mars 2011 qui crée l'acte d'avocat a ajouté un chapitre I^{er} bis intitulé le contreseing de l'avocat à la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 qui dispose désormais :

« Article 66-3-1. - En contresignant sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte.

Article 66-3-2. - L'acte sous seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable.

Article 66-3-3. - L'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

De ces dispositions légales se déduisent plusieurs considérations :

- sans être une nouveauté, il est rappelé le devoir de conseil, d'obligation et de diligence que l'avocat doit à son client en sa qualité de rédacteur d'actes ;
- la force probante de l'acte sous seing privé contresigné est renforcée avec la présomption irréfragable que l'acte émane des parties et la signature ne peut faire l'objet de contestation ou de falsification.
- le contenu de l'acte ne pourra être mis en cause que par la procédure d'inscription en faux (il apparaît néanmoins que l'acte d'avocat n'a pas date certaine sauf enregistrement. Il en est de même quant à la force exécutoire ; l'acte notarié pouvant avoir force exécutoire de plein droit s'il est revêtu de la formule exécutoire à la différence de l'acte d'avocat qui doit préalablement faire l'objet d'une décision judiciaire pour recevoir l'exécution forcée).

Cette absence de force exécutoire est liée à l'essence de la profession d'avocat par nature incompatible avec la qualité d'agent public.

B. DOMAINES D'APPLICATION

L'acte d'avocat est une affirmation légale de la liberté contractuelle en faisant de l'avocat un garant, tenu de vérifier si les conditions indispensables à la validité d'une convention sont réunies (consentement, capacité, objet certain, cause licite conformément à l'article 1108 du code civil).

Ce faisant l'acte d'avocat peut intervenir dans des domaines variés :

- droit de la famille et des particuliers : convention sur la résidence des enfants, disposition testamentaire ;
- droit du travail : contrat de travail, protocole transactionnel ;

- droit de l'entreprise : pacte d'actionnaires, acte d'acquisition, cession de fonds de commerce, cession de parts sociales, contrats commerciaux, baux commerciaux, acte de cautionnement, etc.

Il est évident que l'acte d'avocat peut conquérir de nouveaux domaines d'application si la profession s'en approprie et le propose systématiquement aux justiciables.

C. RENFORCEMENT DE L'ACTE D'AVOCAT

Il est intéressant de noter que le CNB travaille à renforcer cet acquis majeur de la profession par deux mesures pertinentes.

1. L'existence d'un sceau matérialisant la valeur et la validité de l'acte d'avocat

Le choix d'attester par l'apposition d'un sceau, de la validité et de la valeur du document authentifié par l'acte d'avocat « s'impos[ait] comme symbole clair, universel et intemporel extrêmement fort, puisant ses racines dans sa très lointaine origine. Il sera présent sur tous les actes contresignés par l'avocat comme témoin de la sécurité juridique supplémentaire que ce nouvel outil, consacré par la loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques, apportera aux personnes privées et aux entreprises dans les actes concernant leur situation personnelle et patrimoniale »²⁷⁶. Ce symbole visuel est constitué de deux lettres « A » entremêlés.

2. Le répertoire et l'archivage de l'acte d'avocat

Les actes notariés sont par obligation légale répertoriés et conservés pendant cent ans. Faute de dispositif dans la loi du 28 mars 2011 sur la conservation, la Conférence des bâtonniers avec le soutien du barreau de Paris a résolu cette question en faisant de la conservation une obligation déontologique de l'avocat et ce dans l'intérêt des clients qui peuvent récupérer l'acte à tout moment. À cet effet, le CNB a pris lors de l'assemblée générale des 5 et 6 juillet 2013 une résolution relative à la « dématérialisation de l'archivage de l'acte d'avocat ».

Jean-Luc Forget, président de la Conférence des bâtonniers précise : « la conservation est un service supplémentaire rendu par les avocats dans le prolongement de leurs obligations professionnelles déontologiques. Elle est assurée dans l'intérêt des contractants et permettra de récupérer l'acte à tout moment. Cette conservation est effectuée dans le respect de la vie privée, conformément aux dispositions de la loi « informatique et liberté » du 6 janvier 1978. Qui mieux que l'avocat, tenu à des règles déontologiques strictes en matière d'indépendance, de conflit d'intérêt, mais surtout tenu au secret professionnel, pourra matérialiser le conseil donné, garantir l'efficacité de l'acte signé et le conserver précieusement ? »²⁷⁷. Madame le bâtonnier de Paris précisait également : « grâce à la simplification des méthodes d'archivage au niveau national, nos confrères pourront intégrer l'acte d'avocat dans leur pratique habituelle du droit. Il est en effet important que notre corps de métier évolue dans un environnement économique et sur un marché juridique toujours plus concurrentiel. La profession d'avocat doit conquérir

²⁷⁶ http://cnb.avocat.fr/Un-sceau-comme-symbole-visuel-fort-de-la-valeur-et-de-la-validite-de-l-acte-d-avocat_a1064.html.

²⁷⁷ <http://www.village-justice.com/articles/Avosactes-Avocat-enfin-dispositif,15554.html>

de nouvelles parts de marché »²⁷⁸. La conservation est un gage de succès de l'acte d'avocat et les professionnels du droit devront s'en inspirer.

II. L'ADOPTION DE L'ACTE D'AVOCAT EN AFRIQUE : CAS DES BARREAUX DE L'UEMOA

Depuis l'adoption du traité de Port Louis instituant l'Ohada, le droit dans cet espace s'en est trouvé amélioré. Là où il y a le droit, il y a des avocats ; malheureusement à la différence des autres corporations comme les experts-comptables et les notaires, les avocats de l'espace Ohada n'ont pas su accompagner le processus d'harmonisation du droit des affaires. Ce faisant, en matière de droit de sociétés, les notaires ont pu « réduire » les avocats à de simples apporteurs d'affaires. Cette faiblesse de la profession est liée à l'absence d'un organe représentatif capable de porter et de défendre ses intérêts et résister à l'étiollement de son périmètre d'activité.

C'est cette nécessité qui a conduit les barreaux de l'espace UEMOA composé de huit États (Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo) a travaillé depuis plus d'une décennie à créer un cadre de concertation et de représentation de leurs barreaux. Cette concertation a abouti à l'adoption dès 2006 du règlement n° 10-2006/CM/UEMOA du 25 juillet 2006, relatif à la libre circulation et à l'établissement des avocats ressortissant de l'Union au sein de l'espace UEMOA. Ce règlement prévoyait la création de la Conférence des barreaux de l'UEMOA qui avait entre autres pour mission de statuer sur tous les projets d'amendement du règlement précité : « les projets d'amendement du règlement n° 10/2006/CM/UEMOA du 25 juillet 2006, à transmettre aux organes de l'UEMOA ; l'équivalence des diplômes du certificat d'aptitude à la profession d'avocat ; l'harmonisation des règlements intérieurs des barreaux de l'Union ; le code de déontologie des avocats de l'Union ».

Finalement cette Conférence des barreaux, n'a vu le jour qu'en début de cette année, le 31 janvier 2014. Dans le cadre de l'effectivité du droit d'établissement il était nécessaire qu'intervienne un règlement relatif aux règles d'exercice de la profession d'avocat. L'avant-projet proposé et adopté par la Conférence des barreaux prévoyait à l'article 3, alinéa 3 une disposition relative à l'habilitation des avocats à faire des actes authentiques. L'article 3 disposait que : « les avocats donnent des conseils et des consultations en matière juridique, rédigent les actes sous seing privé et sont habilités à établir des actes authentiques ». Ce document a été soumis à la réunion des experts des États-membres. Les experts de certains États-membres et les notaires ont contesté cette possibilité des avocats d'établir des actes à caractère authentique. La Conférence des barreaux a maintenu cette disposition et a estimé qu'il y avait nécessité pour les avocats d'établir des actes authentiques au regard des réalités économiques et des besoins des investisseurs

A. LA NÉCESSITÉ POUR LES AVOCATS D'ACCOMPAGNER LEUR CLIENT

Sous le bénéfice des développements antérieurs, il convient de rappeler que l'espace Ohada constitue aujourd'hui, une zone d'attractivité et de croissance soutenue avec un boum minier dans certains pays. Les investisseurs anglo-saxons qui viennent dans cet

²⁷⁸ *Ibid.*

espace sont confrontés généralement à un paradoxe : soucieux de sécuriser leurs investissements et de connaître l'ensemble des réglementations du pays d'accueil, ils s'adressent prioritairement à un avocat, homme de loi et d'expertise pour les accompagner, les conseiller, les assister, les guider. C'est alors qu'ils constatent avec désagrément que cet avocat, même s'il rédige les statuts de leur société ou établit des pactes d'actionnaires, est obligé d'avoir recours à un autre professionnel pour authentifier les écritures, constater les souscriptions et la libération du capital. Il s'agit d'un coût supplémentaire pour l'investisseur qui, souvent, ne comprend pas cette complexité juridique. Cette réalité économique et le renforcement de l'attractivité de l'espace Ohada obligent à une cohérence, sans que cela ne porte atteinte au droit des notaires, d'autant plus qu'ils n'ont pas le monopole de l'acte authentique (huissier).

Certains experts ont prétendu que cela, outre la concurrence déloyale faite aux notaires par les avocats, pourrait aboutir à des preuves préconstituées par les avocats (sic) et en tout état de cause, contraire à l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE. Si ce dernier argument pouvait prospérer à la réunion des experts de l'UEMOA tenue du 5 au 8 décembre 2013 à Ouagadougou, il devenait « insoutenable » après la révision de l'acte uniforme sur le droit des sociétés. En effet, entre-temps, l'acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et le GIE a été révisé par le Conseil des ministres de l'Ohada le 31 janvier 2014 et désormais dispose en son article 10 : « sauf dispositions nationales contraires, les statuts sont établis par acte notarié ou par tout acte offrant des garanties d'authenticité dans l'État du siège de la société, déposé avec une reconnaissance d'écritures et de signatures par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire. Ils ne peuvent être modifiés qu'en la même forme²⁷⁹ ». Cette disposition de l'acte révisé offre la possibilité aux États parties de prévoir la forme sécurisée dans laquelle les statuts peuvent être adoptés sans que cela ne soit nécessairement sous la forme notariée.

L'article 11 est plus explicite et dispose que :

« Lorsque les statuts sont établis par acte sous seing privé, il en est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités requises par les textes en vigueur.

En outre, il est remis un exemplaire original :

- pour les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés à responsabilité limitée, à chaque associé ;
- pour les autres sociétés, à ceux des associés qui en ont fait la demande à la signature des statuts ou le cas échéant, lors de l'assemblée générale constitutive.

Une copie des statuts est tenue à la disposition des associés par la société ».

B. LE COMPROMIS SUR L'ACTE D'AVOCAT

Suite à des débats houleux, la solution consensuelle trouvée par les experts des États-membres a été l'introduction de l'acte d'avocat obéissant à un régime juridique propre.

²⁷⁹ L'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE a été révisé et adopté à Ouagadougou le 30 janvier 2014.

Ainsi un nouvel article 4 a été adopté dans des termes identiques à ceux de la loi française²⁸⁰. Toutefois, les modalités d'application des dispositions de ce nouvel article ont été renvoyées à un règlement d'exécution. Même si les règlements sont d'application immédiate conformément au droit communautaire, la mise en œuvre de cette disposition sera subordonnée à ce règlement d'exécution qui peut être analysé dans les droits communautaires UEMOA comme un décret d'application. Il appartiendra à la Conférence de travailler rapidement à la mise en œuvre dudit règlement en s'inspirant de l'expérience française et avec le soutien du CNB.

D'ores et déjà, l'adoption de l'acte d'avocat peut être considérée comme une avancée significative pour les barreaux de l'UEMOA qui devront travailler, à en faire un outil performant au service des particuliers et des entreprises.

Il convient de préciser, que la réunion du Conseil des ministres de la Justice des pays membres de l'UEMOA a approuvé le projet de règlement UEMOA relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat qui sera soumis à l'adoption prochaine du Conseil des ministres statutaire composé des ministres des Finances.

CONCLUSION

L'emprise du droit sur toutes les sphères de l'activité économique oblige l'avocat à être un acteur central de la vie quotidienne aussi bien dans les pays de tradition civiliste que dans les pays anglo-saxons. Cette réalité se renforce avec la mondialisation qui impose de plus en plus l'harmonisation voire l'uniformisation des règles commerciales, bancaires, etc. Dans cette évolution, l'acte d'avocat amorce un processus de modernisation de la profession d'avocat. Les barreaux africains ont le plus grand intérêt, notamment les barreaux francophones, à renforcer leur présence dans toutes les sphères pour un meilleur accompagnement des investisseurs en général et du monde de l'entreprise en particulier.

²⁸⁰ Le Règlement relatif à l'harmonisation des règles de la profession d'avocats dans l'espace UEMOA a été définitivement adopté à Lomé le 25 septembre 2014 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

VERS LA CRÉATION D'UN ACTE D'AVOCAT EN FRANCE

Michel BENICHO

Vice-président du Conseil des barreaux européens
Ancien président du Conseil national des barreaux

La loi 2011-331 du 28 mars 2011 a inséré dans la législation française, loi du 31 décembre 1971 consacrée à la profession d'avocat, trois articles nouveaux fondant un nouvel acte, situé entre l'acte authentique et l'acte sous-seing privé : l'acte contresigné par avocat, dénommé, habituellement, « l'acte d'avocat ». Ce texte codifie une pratique séculaire des avocats. Il a toujours existé des actes conçus, rédigés, négociés et signés avec l'assistance juridique des avocats. Le législateur français a donné un contour précis et novateur à cet acte. Il vise à construire une nouvelle norme aux fins d'obtenir plus d'efficacité et de sécurité juridique. En effet, chaque jour, dans le monde, les particuliers, les hommes d'affaires, les personnes morales, les collectivités territoriales prennent des engagements lourds de conséquence : emprunts, cautions, transactions, contrats divers d'achat de location, de vente, etc. Dans la grande majorité des cas, ils le font sans avoir pris conseil, en ayant recours à des actes sans formalisme. Ils utilisent l'acte sous seing privé, simple écrit que toute personne peut établir sur un coin de table et dont la force juridique est nécessairement fragile. Cet acte est facilement contestable. Cela entraîne de nombreux contentieux.

Face à cette augmentation des contentieux, il faut accroître la sécurité juridique des contrats. Tel est l'objet de l'acte d'avocat. C'est également un instrument de concurrence internationale au service d'un système juridique de droit civil.

I. QUELLE EST LA DÉFINITION DE L'ACTE D'AVOCAT ?

Le législateur n'a pas souhaité délimiter l'acte d'avocat. Il s'agit d'un acte juridique. Il n'est pas authentique mais surtout il est caractérisé par son *contreseing* : « en contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte » (Loi du 31 décembre 1971, art. 66-3-1). Pour ce faire, il va donc signer cet acte, accompagné de la ou des parties. C'est toute l'originalité de l'acte d'avocat qui repose sur le lien indissociable que le législateur a voulu établir entre la rédaction, le conseil, de l'avocat et cet acte. Le contreseing de l'acte ne peut se concevoir si l'avocat n'a pas pleinement exercé son rôle de conseil.

II. QUEL EST LE RÔLE ET L'APPORT DE L'AVOCAT DANS L'ACTE CONTRESIGNÉ PAR SES SOINS ?

L'avocat conseille la ou les parties qu'il assiste. Il doit totalement les éclairer sur l'acte qu'ils vont signer et les obligations qui en découlent. C'est une obligation retenue par la jurisprudence. L'avocat assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties. Ainsi, pour l'avocat, la sécurité juridique ne s'arrête pas à la seule validité. Elle comprend l'efficacité et surtout la recherche de la satisfaction des parties quant à ce qu'elles attendent de l'acte et notamment du contrat. C'est en cela que l'acte d'avocat a sa supériorité par rapport aux nombreux actes de la vie courante et notamment de la vie des affaires élaborés et souvent signés trop rapidement et sans vérification de leur pertinence par rapport aux objectifs des parties. L'acte d'avocat est donc une réponse au besoin évident de sécurité juridique laquelle passe par la contractualisation des relations économiques. Toutefois, ce besoin de sécurité existe également dans les rapports entre bailleur et locataire, entre conjoints dans le cadre d'une liquidation de communauté mobilière, etc.

Les avocats français ne bénéficient pas et ne bénéficieront pas comme les avocats portugais ou roumains de la possibilité de créer de véritables « actes authentiques d'avocat ». La loi portugaise récemment modifiée a fait en sorte que, dans nombre de domaines, les actes établis par les avocats soient l'équivalent de ceux établis par les notaires. La loi roumaine, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, prévoit également que les actes établis par les avocats roumains pourront concurrencer les actes des notaires. En Autriche, on connaît également certains actes (« disposition de malade ») établis par l'avocat qui ont la valeur de l'acte authentique.

En France, avant l'acte d'avocat, il n'existait que le mandat de protection future, établi pour la protection des majeurs incapables, qui pouvait être contresigné par l'avocat et lui donner une garantie indéniable.

III. QUELLE EST LA VALEUR DE CET ACTE ?

L'article 66-3-2 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que : « l'acte sous seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable ».

L'avocat, en signant, va attester avoir éclairé les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de l'acte. De surcroît, l'acte contresigné par les avocats de chacune des parties ou pour l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. Seule la procédure de faux peut être engagée. Cela donne une sécurité quant à l'écriture et la signature qui ne peuvent plus être remises en cause sauf dans des conditions précises ou au travers de ladite procédure de faux en écritures.

La force probante de l'acte d'avocat est identique à celle de l'acte authentique. L'article 1322 du code civil dispose que : « l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et

entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique ». L'acte d'avocat est donc désormais équivalent à un acte légalement tenu pour reconnu et il produit à cet égard les mêmes effets que l'acte authentique. Il reste attaquant pour la procédure de faux prévue par le code de procédure civile, celle-ci est très voisine de celle de la reconnaissance d'écriture pour l'acte authentique. Il existe donc une présomption légale de pleine foi qui découle de l'article 66-3-2. La personne qui conteste être le signataire d'un tel acte devra prouver qu'il s'agit d'un faux.

Par ailleurs, le contreseing de l'avocat concerne le corps de l'acte (d'écriture) comme la ou les signatures. Il donne pleine foi à l'acte en tant que preuve littérale. Il est identique, sur ce point, à l'acte authentique qui fait également, aux yeux de l'article 1319, « pleine foi » de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes, leurs héritiers ou ayants cause.

C'est également un acte dispensé de mention manuscrite. L'article 66-3-3 prévoit que « l'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ». Cela est directement lié à la participation de l'avocat à l'acte tel que prévu par l'article 66-3-1. Dès lors, les mentions manuscrites prévues par la loi n'ont pas à s'appliquer puisque leur objectif est de s'assurer que le signataire, pour certains actes qu'il estime importants, a compris le sens et la portée de son engagement. En l'espèce, le consentement a été éclairé par l'avocat qui a rédigé l'acte. La mention manuscrite n'a pas, effectivement, d'intérêt.

L'Autorité de la concurrence, autorité indépendante, ne s'y est pas trompée. Elle avait été saisie pour donner son avis sur le projet de loi concernant l'acte d'avocat. Elle l'a rendu le 27 mai 2010 et indique : « l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous-seing privé semble répondre à un objectif d'intérêt général... consistant à renforcer la sécurité juridique des actes des entreprises et à prévenir les contentieux. L'objectif de sécurité juridique accrue attribuée au contreseing pourrait justifier que ce dernier soit réservé à des professionnels du droit dont la matière juridique constitue l'activité principale ». « Les avocats sont soumis à des règles déontologiques spécifiques dans le cadre de la rédaction d'actes sous-seing privé qui imposent à l'avocat rédacteur d'un acte juridique d'assurer la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties et de veiller à l'équilibre des intérêts des parties ». « Enfin, le principe d'indépendance, la prise en compte spécifique des conflits d'intérêt et l'obligation d'assurer le plein effet de l'acte selon l'ensemble des prévisions des parties qui s'imposent à l'avocat, de même que la qualité d'auxiliaire de justice qui lui confère une expérience du contentieux, constituent les garanties d'intégrité et d'expérience de nature à répondre de façon adaptée à l'objectif de renforcement de la sécurité juridique »²⁸¹.

²⁸¹ Autorité de la concurrence, avis n° 10-A-10 du 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé, point 115, consultable sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10a10.pdf>

IV. QUELLES SONT LES OBLIGATIONS DE L'AVOCAT ?

L'avocat doit assister personnellement à la signature de l'acte et il ne peut déléguer sa signature ni à un clerc, ni à un avocat collaborateur de son cabinet. L'avocat doit vérifier l'identité des signataires en se faisant présenter une pièce d'identité et, le cas échéant, doit vérifier leur capacité en se faisant remettre les justificatifs des pouvoirs statutaires ou les procurations dont il devra conserver une copie à son dossier. Il se porte témoin assermenté des faits qu'il déclare avoir personnellement constatés. L'avocat certifie, d'une certaine façon, les dates auxquelles les signatures ont été apposées. Mais la loi du 28 mars 2011 n'a pas modifié les règles concernant la date certaine d'un acte sous-seing privé.

Les avocats n'auront pas une responsabilité accrue du fait de cette signature. D'ores et déjà, leur responsabilité est importante lorsque l'on conseille et rédige un acte. L'avocat rédacteur a une obligation d'efficacité. La jurisprudence française a développé une responsabilité au titre du devoir de conseil et une obligation d'information. Le lien entre prestation d'information et de conseil et rédaction d'acte était déjà inscrit dans le règlement intérieur national à l'article 7-2 : « l'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties ». La sécurité juridique comprend donc également l'efficacité et la recherche de la satisfaction des parties quant à ce qu'elles attendent du contrat. L'acte d'avocat doit donc correspondre aux objectifs des parties. Un avocat devra donc favoriser un dialogue concret entre les parties qui lui permettra de traduire en terme juridique la manière dont les cocontractants envisagent et souhaitent gérer l'exécution du contrat.

Par ailleurs, la valeur de l'acte d'avocat tient également à son encadrement déontologique. Cet encadrement peut ainsi être décliné :

- la première exigence est la *compétence*. Cela fait partie des principes essentiels qui régissent la profession quels que soient les lieux et pays ;
- la deuxième exigence est celle relative à l'*indépendance* des avocats qui contresignent puisqu'il est en même temps conseil de ses clients. Cela garantit la partie contractante que la convention répond à ses attentes et que l'avocat a tout mis en œuvre pour aménager au mieux ses intérêts dans sa position contractuelle. Cela va entraîner une prévention et une gestion des éventuels conflits d'intérêts. Cette gestion doit être renforcée lorsque l'avocat est le rédacteur unique de l'acte.

Comme rédacteur unique, la première tâche de l'avocat sera d'indiquer, à la partie qui ne l'a pas choisi, qui n'est pas son client, de l'intérêt qu'elle a à se faire assister par un autre avocat. Puis, si tel n'est pas le cas, il devra être d'une extrême prudence dans la rédaction et l'avocat devra cesser son concours aux deux parties s'il ne s'estime pas en mesure de remplir sa mission. La question de conflit d'intérêt est moindre lorsque chacune des parties est assistée de son avocat.

Le Conseil national des barreaux a rédigé un certain nombre de clauses qui sont utilisables aux fins de donner à cet acte la solennité qui s'impose. Par ailleurs, il existe un sceau établi par le Conseil national des barreaux qui sera apposé à côté du contreseing de l'avocat. Ainsi, l'acte sera identifié comme acte d'avocat. Il doit faire l'objet d'une lecture avant sa signature aux fins de vérifier la bonne compréhension de chaque cocontractant. Chacun doit avoir un nombre d'exemplaire en intégrant le service de

conservation des actes. Il faut espérer que, dans les mois ou années qui viennent, l'acte d'avocat soit établi en un unique original et que l'avocat puisse faire des copies.

L'acte contresigné par avocat est donc un facteur de réduction du nombre de procès. Certains procès résultent de contestations sur les engagements pris par les particuliers. La présence d'un avocat qui éclaire les parties peut permettre de lutter contre cette inflation judiciaire.

Par ailleurs, en aucun cas, l'acte contresigné ne remet en cause l'acte authentique ou porte atteinte aux intérêts du notariat. Les notaires bénéficient d'un monopole pour un grand nombre d'actes dont les actes de ventes immobilières et ce monopole représente 90 % de leur activité. L'acte d'avocat ne remet pas en cause ce monopole. En revanche, il constitue une excellente alternative pour le législateur. Parfois, celui-ci – pour protéger particulièrement un acte ou une personne ou un groupe de personnes vulnérables – considèrerait qu'il devait être signé sous la forme d'un acte authentique. Dorénavant, il pourra proposer la signature par acte authentique ou par acte d'avocat ou par ces deux moyens. Cela a failli être le cas pour la cession de la majorité des parts d'une société civile immobilière (loi ALUR mars 2014). Finalement, au dernier moment, compte tenu d'une querelle inutile entre notaires, experts-comptables et avocats, le législateur a renoncé à établir un texte protecteur concernant ces cessions de parts sociales majoritaires dans les sociétés civiles immobilières.

V. QUEL EST LE SYSTÈME DE CONSERVATION DE CET ACTE ?

La loi du 28 mars 2011 ne prévoit aucune obligation de conservation. Toutefois, les avocats qui ont signé cet acte, vont le conserver dans leur cabinet. Cela est imposé par la confiance du client. Le successeur de l'avocat devra également conserver les actes de son prédécesseur.

Actuellement, un premier système vient d'être mis en place concernant la conservation des actes papier. Cette conservation est assurée par un système créé par la Conférence des bâtonniers et le barreau de Paris. On conserve un exemplaire original papier reçu par la poste. On le numérise. On retourne une copie du papier par la poste à la demande de toutes parties ou avocats si nécessaire et sous demande. Ce système est déjà en place.

Parallèlement, le Conseil national des barreaux travaille à une gestion électronique de la conservation des actes d'avocat par l'intermédiaire du réseau privé virtuel avocat « RPVA » et « e-barreau ». Les bénéfices seront importants :

- date certaine de tous les actes signés par horodatage ;
- identification certaine par e-barreau : avocat inscrit à un ordre ;
- accès à une copie numérique fiable en ligne ;
- processus de signature simple et sécurisée – signature électronique – pour l'acte natif ;
- conservation sécurisée et garantie de restitution de l'acte.

La notion de signature électronique est fondamentale puisqu'elle sera sécurisée. Ainsi, l'acte pourra être signé grâce à un certificat qualifié. Cet archivage électronique permet de bénéficier des articles 1316-2, 1316-3, 1316-4 du code civil qui valident législativement cette copie numérique. Ces articles sont complétés par le décret du

30 mars 2001 relatif à la signature électronique. La gestion et à la conservation électronique se fera par le Conseil national des barreaux.

VI. QUELS SONT LES DOMAINES D'APPLICATION ?

Les applications pratiques de l'acte d'avocat sont multiples et répondent aux besoins juridiques *des familles et des particuliers*, la rédaction de contrat de famille, d'actes concernant le choix de résidence habituelle des enfants, l'organisation matérielle de la vie des enfants, le mandat de protection future, les dispositions testamentaires, les liquidations de régime matrimonial sans immeubles. Dans le domaine du *droit immobilier*, les applications sont multiples (baux d'habitation, baux commerciaux, baux ruraux, actes de cautionnement, compromis de vente, etc.). Il en est de même dans le *droit de l'entreprise* pour les actes d'acquisition ou les cessions de fonds de commerce, les cessions de parts sociales, les reconnaissances de dette, les contrats commerciaux et dans le *droit du travail* pour les protocoles transactionnels, les contrats de travail, les accords de fin de conflit ou les ruptures conventionnelles. Enfin, cela jouera pour toutes les transactions en matière de *droit bancaire et des assurances*. Compte tenu de sa force probante spécifique et du conseil donné par l'avocat, l'acte renforce la validité, l'efficacité et la qualité du document contresigné.

VII. QUEL EST LE SORT DE CET ACTE SUR LE PLAN EUROPÉEN ET INTERNATIONAL ?

Le droit est vecteur de concurrence. Les Anglo-Saxons ont bien compris et ne ménagent aucun effort pour imposer leur système juridique. L'acte authentique n'est pas utilisé en droit des affaires parce qu'il n'est pas adapté à ce contexte. Il est inconnu des Anglo-Saxons et des pays scandinaves ainsi que de certains pays d'Europe centrale. L'acte contresigné par avocat nous donnera un nouvel instrument de concurrence par rapport à ceux dont disposent les avocats de *commun law*. Il permettra de rétablir l'équilibre face aux autres systèmes juridiques. Le droit continental doit être défendu. On doit donc donner aux avocats qui le pratiquent de nouveaux instruments de concurrence. Actuellement, les Italiens réfléchissent à l'intégration, dans leur droit, de cet acte d'avocat. Les Belges ont déjà franchi le pas en 2013 (loi du 29 avril 2013). C'est un acte d'avocat totalement semblable à celui du droit français qui a été voté. Il convient maintenant d'exporter encore cet acte.

LA MÉDIATION COMMERCIALE DANS L'ESPACE OHADA

Le point de vue d'un arbitre médiateur international

Alain FÉNÉON

Avocat

Arbitre médiateur international

À ce jour, le bilan de l'Ohada peut être qualifié de *contrasté*. Aux termes du préambule du Traité, l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires a en effet pour mission principale de « renforcer la sécurité juridique et judiciaire » dans l'espace Ohada afin d'établir un climat de confiance dans les relations économiques et commerciales en Afrique. L'insécurité juridique s'expliquait notamment par la « vétusté » des textes juridiques en vigueur. L'insécurité judiciaire était marquée par la détérioration progressive des systèmes judiciaires, tant du point de vue de l'organisation que du fonctionnement des tribunaux.

Si l'on peut considérer que l'objectif de sécurité juridique a aujourd'hui été pleinement atteint, les actes uniformes, tant dans leur version initiale que dans leur version révisée donnant parfaitement satisfaction, à la fois aux praticiens et aux opérateurs économiques, il en est différemment du système judiciaire. En effet, le manque de moyens matériels, humains et financiers, ainsi que la corruption des systèmes judiciaires ont participé au renforcement des critiques portées à l'encontre de la justice étatique. Certes, l'institution d'une juridiction suprême, la Cour commune de justice et d'arbitrage, pour « assure[r] l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions »²⁸² constitue une garantie sérieuse pour l'application des textes, en dernier degré de juridiction. Mais, dans les degrés inférieurs, la justice commerciale de l'espace Ohada reste tout de même grandement inefficace et inadaptée aux différends commerciaux de droit commun.

Non seulement l'approche juridictionnelle des litiges est inappropriée, mais encore, le recours à l'arbitrage demeure insuffisant et en tout cas exceptionnel puisqu'il suppose la rédaction, à l'origine des relations contractuelles, d'une clause compromissoire. Encore faut-il également que cette clause soit bien rédigée ; la pratique a montré malheureusement de nombreuses faiblesses dans le domaine, faute le plus souvent de formation suffisante des rédacteurs de ces conventions. Aussi est née depuis quelques années une réflexion visant à introduire en droit Ohada, ou tout au moins dans le droit des États parties, d'autres modes de règlements des conflits tels la médiation.

²⁸² Traité, art. 14, al. 1^{er}.

Il est indéniable en effet que les modes alternatifs de règlement des différends commerciaux sont en pleine expansion. Comme le souligne Nabil Antaki, « le courant PRO ADR est mondial est irréversible. Il répond à un besoin réel et urgent ». La pratique de la médiation constitue en effet un moyen intelligent et efficace de résolution des différends commerciaux car le médiateur ne cherche pas à trancher des prétentions inconciliables ou trouver un juste milieu entre les revendications des parties. Elle favorise en outre la reconstruction des parties en préservant leur relation, en résolvant leur différend et en offrant la possibilité aux parties de choisir une solution qui sera de ce fait, durable, rapide, confidentielle, moins coûteuse et déjà acceptée de tous. Les difficultés liées à la mise en œuvre des modes juridictionnels des différends mais aussi des raisons sociologiques et juridiques participent à l'attractivité de la médiation conventionnelle en Afrique (I). Aussi convient-il d'envisager la manière dont la médiation en matière commerciale pourrait être mise en œuvre en droit Ohada, notamment par référence à la loi burkinabè du 31 décembre 2012 (II).

I. L'ATTRACTIVITÉ DE LA MÉDIATION CONVENTIONNELLE EN AFRIQUE

A. L'AFRIQUE : UNE TERRE DE MÉDIATION « INTUITIVE »

La pratique de la « médiation intuitive » est très ancienne en Afrique, particulièrement dans les sociétés constituées d'un groupe homogène d'hommes et de femmes, de même origine ethnique qui pratiquent la même religion, parlent la même langue et ont les mêmes traditions et coutumes. Cette médiation traditionnelle est connue sous le nom de « palabre ». La palabre africaine est une culture de paix : ce qui importe c'est de rétablir l'ordre du groupe avec l'aide d'une tierce personne. C'est pourquoi le différend est traité au sein de celui-ci. Chez les Wolofs au Sénégal, il est primordial que le conflit soit réglé « dans le ventre de la famille » ou « dans le ventre du village ». C'est aussi un processus dans lequel « une société songe à son avenir » pour préserver l'harmonie sociale.

Amadou Dieng explique ainsi dans son article « Approche culturelle des ADR en Ohada »²⁸³ que la médiation traditionnelle apparaît comme une thérapie qui a pour but de briser le cercle infernal de la violence et la contre violence, afin de rétablir l'harmonie et la paix. Pour ce faire, il est impératif que le tiers intervenant jouisse d'une certaine autorité. Il doit détenir « un degré élevé d'intégrité et des qualités personnelles jumelées à un savoir-faire reconnu en plus d'une connaissance intime des traditions »²⁸⁴. En matière commerciale il est courant de recourir à des « *faiseurs de paix* », négociateur, commerçant et médiateur à la fois.

Il est constant par ailleurs que l'influence de l'islam est importante en Afrique subsaharienne. Dans les États parties à l'Ohada, presque la moitié de ceux-ci ont une forte concentration de la population qui est de confession musulmane. Or l'islam a énoncé des règles de droit prévoyant divers modes de résolution des conflits issus de la *Sunna* du

²⁸³ A. DIENG, « Approche culturelle des ADR en Ohada », *Journal africain du droit des affaires* 2011-1, p. 25, spéc. p. 26.

²⁸⁴ N. ANTAKI, « Cultural diversity and ADR practiced in the world », in *ADR in Business Practice and Issues Across Countries and Cultures*, Kluwer Law International, 2005, p. 265.

Prophète et du Coran. Il s'agit de l'arbitrage (*tahkim*), de la conciliation (*solh*) et de la médiation (*Wassatah*)²⁸⁵.

Ces différents modes de règlement des différends ont pour finalité la sauvegarde de la solidarité et de l'harmonie sociale. C'est ainsi que la médiation – *Wassatah* – est un processus par lequel un médiateur va rechercher l'issue positive au conflit. Toute la médiation repose sur l'intervention de ce tiers qui sera chargé de proposer des solutions acceptables par les parties, même si au final, elles seront contraintes moralement d'accepter l'une d'entre elles.

Le médiateur est une personne de confiance en qui les parties confient leur différend afin de trouver une solution amiable. Il doit présenter des garanties comparables à celles imposées par les codes de déontologie modernes telles que l'impartialité, les qualités morales et bien d'autres.

B. LE DÉVELOPPEMENT DE LA MÉDIATION CONVENTIONNELLE EN AFRIQUE

Il était logique, dans ces conditions, que la médiation s'impose dans le droit positif au Maghreb. C'est ainsi que la loi du 30 novembre 2007 portant réforme du droit marocain de l'arbitrage a instauré une médiation conventionnelle. La section II du *dahir* n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 définit la médiation comme « le contrat par lequel les parties s'accordent pour désigner un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction pour mettre fin au différend ». En s'inspirant des principes en matière d'arbitrage, elle prévoit que la juridiction saisie d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention de médiation doit déclarer la demande irrecevable jusqu'à l'épuisement de la procédure de médiation.

Elle s'est imposée également dans les États d'Afrique anglophone où notamment le Nigeria et le Ghana ont introduit le concept de *Multi-Door Courthouse*. Ce concept pourrait être traduit par « palais de justice à portes multiples ». Il s'agit d'un « palais de justice » dans lequel le justiciable peut obtenir une multitude de services, après avoir initialement exposé le motif de sa visite à un spécialiste qui le dirige vers la « porte » la plus appropriée pour la solution de son litige. Derrière les portes se trouvent respectivement un conciliateur, un médiateur, un arbitre ou encore un juge « classique ». Le Nigeria pour la première fois en Afrique a introduit ce concept dans son système judiciaire et a mis en place la *Lagos Multi-Door Courthouse* le 11 juin 2002 en partenariat avec le *Negotiation and Conflict Management Group* qui est un centre d'arbitrage et de médiation. La loi prévoit que les sentences arbitrales et les accords conclus à l'issue de la médiation sont exécutoires au même titre qu'un jugement. En 2003 a été créé l'*Abuja Multi-Door Courthouse* puis en 2008 *Delta Multi-Door Courthouse*. Le Ghana a également introduit ce concept dans son système judiciaire²⁸⁶.

Au-delà de ces références étatiques, il convient également de noter qu'en 2002 la Cnudci a adopté la loi-type sur la conciliation commerciale internationale ; 90 États, 12 organisations intergouvernementales et 22 organisations non gouvernementales internationales reflétant des traditions juridiques et des niveaux de développement

²⁸⁵ V. A. DIENG, précit., p. 25.

²⁸⁶ V. A. DIENG, précit., p. 33.

économique différents, ont contribué à l'élaboration de cette loi-type. Dans sa résolution 57/18, l'Assemblée générale des Nations Unies a noté que : « les méthodes de règlement des différends, dénommées conciliation ou médiation ou désignées par un terme équivalent, sont de plus en plus courantes dans la pratique commerciale internationale et nationale à la place de la procédure contentieuse ». La conciliation est comprise, dans la loi-type, au sens large d'une procédure volontaire contrôlée par les parties et menée avec l'aide d'une ou plusieurs tierces personnes neutres, que cette procédure porte le nom de « *conciliation* », de « *médiation* » ou un nom équivalent.

II. L'INTRODUCTION DE LA MÉDIATION DANS L'ESPACE OHADA

A. LES MODES ALTERNATIFS DANS LES ACTES UNIFORMES

Si la promotion de l'arbitrage, comme mode alternatif de règlement des conflits a été annoncée dans le préambule du Traité de l'Ohada comme l'un des objectifs assignés à l'Organisation, il n'était à l'époque *nullement question de médiation*. Certes, un modèle de conciliation obligatoire est présent dans les dispositions de l'AUVE concernant les procédures d'injonction de payer (art. 12 et 33) et la saisie des rémunérations (art. 174, 179 et s.) ; c'est ainsi que l'article 12 de l'AUVE énonce : « la juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire ». Pour être mise en œuvre, le président du tribunal compétent doit accepter à la demande du débiteur, le seul habilité à demander l'ouverture de cette procédure, de désigner un conciliateur dont la mission est de conclure un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers. Bien que la conciliation soit une notion voisine de la médiation, elle dispose de ses propres caractéristiques. Ainsi, le cadre « judiciaire » de la conciliation, s'il représente une garantie, constitue aussi bien souvent un handicap : le conciliateur se comportant plus comme un juge que comme un médiateur. En effet, l'institution judiciaire est inévitablement perçue comme une procédure contraignante dans laquelle le juge tranche un litige juridique.

Par ailleurs, l'AUDCG, dans sa version révisée de 2010, a introduit, pour la première fois dans les actes uniformes une référence à la notion de médiation dans ses dispositions relatives à la prescription. L'article 21 dispose en effet que la prescription est suspendue à compter du jour, où après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation... ou de la première réunion de médiation.

Enfin, le projet de révision de l'acte uniforme sur les procédures collectives (AUPC) a envisagé, pour une meilleure efficacité du traitement préventif des difficultés entreprises, la création d'une conciliation préventive qui viendrait s'ajouter à la procédure de référé préventif. Cette procédure de conciliation, qui est en fait une médiation, sera régie par les articles 4-2 et 4-11 du nouvel AUPC. La conciliation est ouverte à toutes les entreprises « qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements ».

Le contentieux en lui-même constitue une appréhension chez l'opérateur économique. Plus la procédure judiciaire sera longue, plus l'opérateur économique perdra foi dans le système judiciaire. Le manque de rapidité des tribunaux judiciaires, quel que soit l'État concerné, est un handicap insurmontable pour la sécurisation des affaires commerciales.

Ainsi, au Sénégal, la moyenne de traitement d'un dossier commercial par les tribunaux judiciaires est de 15 mois. Cette difficulté s'explique d'une part, par l'engorgement des tribunaux judiciaires, et d'autre part, par la multiplicité des recours accentuant le ralentissement de la justice étatique. La lenteur et la publicité de la procédure judiciaire ne sont pas adaptées au règlement rapide des conflits. Au surplus, les insuffisances de la justice commerciale se révèlent notamment dans la faiblesse des juges étatiques, caractérisée par leur manque de formation et d'indépendance. En outre, la prise en compte de l'équité dans le raisonnement du juge permettrait d'aller au-delà du différend purement juridique. Or ce pouvoir d'appréciation est le plus souvent refusé au juge, voire à l'arbitre à qui l'on demande d'appliquer la règle de droit.

Les mêmes contraintes existent en effet dans l'instance arbitrale ; sa réglementation excessive conduit l'arbitrage à se transformer en véritable juridiction judiciaire. L'arbitre n'est en effet ni un juge ni un conciliateur. L'arbitre tranche le différend qui lui est soumis en prenant en compte les positions de chaque interlocuteur et ce n'est que lorsqu'il se voit doter des pouvoirs d'amiabiles compositions qu'il peut s'affranchir de la règle de droit. Or la pratique démontre que ce pouvoir lui est rarement octroyé et que chaque fois qu'il tente d'y faire référence, sa décision fait l'objet de critiques.

B. L'INTRODUCTION DE LA MÉDIATION EN DROIT BURKINABÈ

Ces références étaient nécessaires, mais nullement suffisantes pour l'État Burkinabè, qui depuis 2000 a engagé une politique de réforme dans le sens de la libéralisation de l'économie et de la promotion du secteur privé. Le projet ADR/AFR Burkina de l'IFC tendant à faciliter le règlement des litiges par le développement des modes alternatifs de règlement des différends s'est inscrit dans cette politique et a conduit le gouvernement, aidé par la Banque mondiale, à réfléchir à un cadre juridique, approprié, moderne et pertinent, pouvant régir un système de médiation. Ces travaux ont abouti à voir adopter par le Gouvernement burkinabè la loi n° 052-2012/AN portant médiation en matière civile et commerciale au Burkina Faso. Cette loi s'articule autour de principes généraux qui gouvernent la procédure de médiation ; elle est originale et se démarque notamment des législations étrangères par les effets qu'elle confère à la médiation.

À titre liminaire, l'article 1^{er} de la loi définit le champ matériel d'application de la médiation comme visant à la recherche d'une solution aux litiges d'ordre contractuel, résultant aussi bien de contrats commerciaux que de contrats civils. En l'espèce, le droit burkinabè connaissant déjà la « conciliation » dans le cadre des procédures judiciaires devant notamment les tribunaux de grande instance et les tribunaux de travail, il est apparu nécessaire de ne pas utiliser ce terme mais plutôt celui de « médiation » qui est beaucoup plus approprié à l'objectif fixé. La simplicité de la médiation se déduit naturellement de la grande liberté offerte aux parties ; elles ont la latitude de déterminer les règles adéquates pour leurs échanges avec le médiateur.

L'article 5 de la loi prévoit qu'une partie qui prend l'initiative de la médiation doit communiquer son intention par écrit à l'autre partie. Le deuxième paragraphe fixe le point de départ de la procédure de médiation, à savoir l'acceptation de cette invitation. En conséquence, même si une clause contractuelle impose aux parties l'obligation de recourir à la médiation, *cette procédure ne débute que lorsque les parties conviennent de l'engager*. Le paragraphe 4 prévoit qu'une partie qui a invité une autre partie à la

médiation peut considérer que cette invitation a été rejetée si l'autre partie ne l'accepte pas dans les trente jours de son envoi ou dans tout autre délai qui s'y trouverait spécifié. Ce délai de trente jours, sous réserve d'une convention contraire des parties, permet de ménager un maximum de souplesse et de respecter le principe de l'autonomie des parties en ce qui concerne la procédure à suivre pour commencer la médiation. L'objet de cette disposition n'est donc pas de permettre à une partie de se soustraire à un engagement contractuel de médiation, mais d'apporter un élément de certitude dans une situation où on ne sait pas très bien si une partie est disposée à se soumettre à la médiation, sans qu'il y ait lieu de statuer sur le fait que l'échec de cette médiation constitue ou non une contravention à une convention en vertu du droit général des obligations.

Conformément au *principe de l'autonomie de la volonté*, qui est l'un des piliers de la médiation, le choix du tiers médiateur doit être le fait des parties²⁸⁷. Cette idée ne se vérifie pas toujours dans les règlements de médiation. La comparaison franco-africaine montre qu'à des degrés divers, le centre de médiation joue en principe un rôle supplétif ou actif de manière exceptionnelle pour désigner un conciliateur²⁸⁸. C'est ainsi que les auteurs du texte ont considéré que lorsque la nomination du médiateur était à la charge des contradicteurs, le centre de médiation avait pour seule mission, sur ce point, d'entériner leur choix.

Il y a lieu par ailleurs d'observer qu'à la différence de l'arbitrage commercial international, où la règle est généralement de nommer trois arbitres, sauf si les parties en conviennent autrement (V. l'article 10 de la loi type de la Cnudci sur l'arbitrage commercial international, l'article 5 du règlement d'arbitrage de la Cnudci et l'article 3 du règlement d'arbitrage de la CCJA), la pratique en matière de médiation montre que les parties souhaitent habituellement confier leur litige à un médiateur unique. Le fait que les parties s'efforcent d'abord de convenir d'un médiateur présente l'avantage d'être conforme au caractère consensuel de la procédure de médiation ainsi que de permettre aux parties de mieux maîtriser la procédure, et partant, d'y accorder d'avantage de confiance.

L'article 8 de la loi dispose que la médiation ne peut être confiée qu'à une personne physique, qui doit avoir le plein exercice de ses droits civils, demeurer *indépendant et impartial* à l'égard des parties. Cette disposition rappelle l'article 6 de l'acte uniforme Ohada sur l'arbitrage. L'exercice des droits civils renvoie à la loi burkinabè. Les conditions d'indépendance et d'impartialité pour leur part ont fait l'objet de nombreux commentaires notamment en droit de l'arbitrage. C'est ainsi que de nombreux arrêts font référence à « l'indépendance de l'arbitre, comme essence de sa fonction juridictionnelle ». La notion d'impartialité est certes plus difficile à appréhender, mais elle a pour objet de conduire le médiateur à traiter les parties de manière équitable et sur un pied d'égalité. Par ailleurs, il n'est pas exigé du médiateur que celui-ci présente son casier judiciaire (ce

²⁸⁷ Guillaume HOFNUNG, « Le rôle de la volonté dans la médiation » in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*. Étude à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Bruylant 2000, p. 427 et s., spec. p. 442 et 443.

²⁸⁸ Article 7 RCAMC, Article 10 RCAMC-O, Article 5.2 RCAMeC, Article 3.1 RCCI, Article 5 RCACI. V. A. NGWANZA, « Regards franco-africains sur les étapes de la médiation commerciale », *Journal africain du droit des affaires* 2011-1, p. 36, spéc. p. 40.

qui est parfois difficile sur un plan purement matériel en Afrique) ou encore justifie d'un diplôme de l'enseignement supérieur ou d'une spécialité. Le médiateur est avant tout un « facilitateur » et doit à ce titre disposer de qualités d'écoute et de négociation, qualités qui ne font l'objet d'aucun diplôme universitaire.

L'article 9 du texte dispose que nul ne peut être dans le même litige à la fois médiateur et arbitre ou juge, ni devenir arbitre ou juge dans un litige dans lequel il était auparavant médiateur ou dans un autre litige né du même rapport contractuel ou juridique ou lié à ce rapport. En effet, si dans certains systèmes juridiques, les médiateurs sont autorisés à devenir arbitres lorsque les parties en conviennent, tandis que dans d'autres, la loi ne dit rien sur ce point et renvoie au code de conduite, les auteurs du texte ont considéré qu'en l'espèce, et en considération de l'absence de pratique habituelle de la médiation au Burkina Faso, il convenait d'intégrer dans la loi l'interdiction faite aux médiateurs d'assumer ultérieurement (ou d'avoir assumé antérieurement) les fonctions d'arbitre dans un litige. Cette disposition a pour objet de *renforcer la confiance dans le médiateur et dans la médiation*.

Aux termes de l'article 10 du texte, le médiateur doit informer les parties de l'acceptation de sa mission. Cette formule n'est pas sans rappeler l'article 7 de l'acte uniforme Ohada sur l'arbitrage, lequel dispose que : « l'arbitre qui accepte sa mission doit porter cette acceptation à la connaissance des parties par tout moyen laissant trace écrite ». Très curieusement, cette disposition ne figure pas dans la loi-type Cnudci. Elle offre cependant de nombreux intérêts pratiques. On peut considérer que cette acceptation marque le point de départ effectif de la médiation ; il appartiendra en effet au médiateur dès sa nomination de prendre contact avec les parties et d'engager sa mission. Par ailleurs, toujours sur un plan pratique, cette acceptation permet au médiateur de faire connaître aux parties ses coordonnées exactes et le mode sécurisé de communication qu'il entend utiliser avec les parties : téléphone portable, courriel personnel, télécopie, etc. Le deuxième paragraphe de l'article 10 de la loi fait en outre obligation au médiateur pressenti de divulguer aux parties toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. Là encore, cette formule n'est pas sans rappeler, et cela est logique, l'acte uniforme sur l'arbitrage.

L'article 11 de la loi dispose que les parties sont libres de convenir de la manière dont la médiation doit être menée, et si les parties n'ont prévu aucune règle, le médiateur procède comme il le juge opportun compte tenu des demandes des parties et des circonstances, et notamment de la nécessité de parvenir rapidement à un accord transactionnel. Le paragraphe 3 de ce même article prévoit que le médiateur (ou les médiateurs) doit s'efforcer de traiter équitablement les parties. La notion de traitement équitable signifie que le médiateur doit s'efforcer d'accorder aux différentes parties l'égalité de traitement, ce qui ne veut toutefois pas dire qu'il doit nécessairement consacrer le même temps aux réunions séparées avec chacune d'elles.

Le pouvoir de conduite des pourparlers conféré au médiateur n'est pas absolu. Il est tenu de *préserver l'équilibre entre les parties*, c'est-à-dire de veiller à ce qu'elles puissent présenter leurs attentes et leur position dans une totale égalité. L'autorité du médiateur doit cependant lui permettre, à défaut d'imposer, de proposer, voire de suggérer les modalités d'organisation des discussions. Il peut ainsi entendre séparément les parties (procédé interdit par la justice conflictuelle, mais unanimement admis en médiation) et il

lui appartient de créer un climat de confiance et d'équité dans ses relations avec elles. Contrairement à l'arbitrage qui se caractérise par l'obligation d'échanges contradictoires, le médiateur n'est pas tenu de respecter cette contradiction, tant il dispose d'un large pouvoir de direction des débats²⁸⁹.

La *confidentialité* constitue à l'évidence la *règle d'or de la médiation*. Elle concerne tant les parties que le médiateur mais aussi toute personne participant à la procédure de médiation, et vise à la fois l'interdiction de révéler toute information communiquée ou découverte à l'occasion de la médiation et l'impossibilité d'en faire état dans une procédure judiciaire ou arbitrale. Ce mutisme, auquel sont soumis médiateurs, parties et personnes participant à la médiation est le corollaire de l'absence de principe du contradictoire. En vérité, le succès de la médiation tient à la certitude que doivent avoir les parties que les informations dévoilées au tiers médiateur le sont en toute sécurité²⁹⁰. La confidentialité suppose que les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites, ni invoquées dans une autre procédure, judiciaire ou arbitrale. Ce principe de confidentialité est absolu et s'impose non seulement au médiateur, mais également aux parties elles-mêmes. Les dispositions législatives visent « toutes les informations communiquées ou reçues au cours de cette procédure, sauf instruction contraire de la partie qui communique cette information » (art. 14).

Quant aux pièces utilisées au cours de cette procédure, il est évident que celles-ci n'acquièrent pas de caractère confidentiel du seul fait qu'elles ont été produites au cours de la médiation. Elles pourront en principe à nouveau être présentées comme moyen de preuve dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale. Le rôle du médiateur est ici fondamental : il peut recevoir chaque partie séparément et examiner certaines pièces sans que celles-ci soient communiquées à l'autre. De ce fait, les documents produits par une partie n'étant pas communiqués par celle-ci ou par le médiateur à l'autre partie, la confidentialité est préservée.

L'article 12 de la loi indique que le recours préalable à la médiation est obligatoire si les parties l'ont prévu comme tel. En effet, la force obligatoire des clauses de médiation préalable dépend essentiellement de leur rédaction. Toutefois, l'article 12 alinéa 2 précise que la stipulation d'une convention de médiation ou l'engagement d'une procédure de médiation ne fait pas obstacle à la demande d'une partie qu'une juridiction, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond. Les termes de cette disposition sont clairement inspirés de l'article 13 de l'acte uniforme Ohada sur l'arbitrage²⁹¹. Par ailleurs, l'obligation de négocier n'étant qu'une obligation de moyens²⁹², le processus de négociation peut être arrêté à tout moment par une partie ou par les parties ou encore par le médiateur. Sur ce point, tous les règlements de médiation s'accordent pour défendre l'autonomie de la volonté et le pouvoir d'appréciation du médiateur.

²⁸⁹ A. PRÉVOST, « L'avocat, le juge, le médiateur », *Les Petites Affiches*, 8 juillet 1998 n° 81 p. 19.

²⁹⁰ X. LAGARDE, « Droit processuel et mode alternatif de règlement des litiges », *Revue de l'arbitrage* 2001, III p. 423.

²⁹¹ A. FÉNEON, premier commentaire de l'Acte uniforme Ohada sur l'arbitrage, EDICEF, 2000.

²⁹² X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation », *Revue de l'arbitrage* 2000, III p. 377.

L'article 15 pose pour principe que l'engagement de la procédure de médiation, confirmé par l'acceptation de l'autre partie, interrompt le délai de prescription. Il précise que sauf accord transactionnel, ce délai recommence à courir dès la fin de la procédure de médiation. Il convient en effet d'éviter que l'engagement de cette procédure ne porte préjudice à son auteur, qui laisserait passer ainsi un délai de prescription. Encore convient-il que la procédure soit « liée », c'est-à-dire que l'autre partie donne son accord à la recherche d'un terrain d'entente. Dès lors, le fait pour une partie d'offrir l'engagement d'une procédure de médiation ne peut avoir à lui seul des effets préjudiciables sur le plan de la prescription dès lors que l'autre partie n'accepte pas cette médiation. Dans le cas contraire, ou à l'expiration du délai de trente jours prévu à l'article 6 du projet de loi, le délai de prescription recommence à courir.

La question de la durée de la médiation ne concerne pas seulement le délai de négociation, mais plus généralement le principe de la fixation d'une durée. L'article 4 du projet énonce que les parties fixent librement la durée de la médiation. Il n'est pas apparu en effet nécessaire aux auteurs du texte d'encadrer temporairement la médiation. Cette opinion a été fondée sur le principe suivant lequel les modes alternatifs de règlement des différends doivent s'affranchir des lourdeurs procédurales et mêmes arbitrales en ce qui concerne cette notion de délai. L'absence de délai dans la loi ne signifie pas que les parties sont dans l'impossibilité d'imposer un délai au médiateur ; bien au contraire, elles peuvent fixer ce délai et de nombreux règlements de médiation, tels celui du CAMC-O le fixent à deux mois au moins, ou plus. C'est justement pour préserver cette liberté que la loi n'enferme pas la négociation dans un délai préfix.

Le dénouement de la médiation peut suivre quatre voies : la signature d'un accord entre les parties, le constat par un médiateur de l'échec de la médiation, la décision conjointe écrite des parties de mettre fin à la médiation, l'expression de la volonté d'une des parties de mettre fin à cette médiation. Cette disposition privilégie ainsi l'accord entre les parties sans signature obligatoire de cet accord par le médiateur. Cette formule permet d'éviter que le médiateur ne se transforme en rédacteur d'un protocole transactionnel auquel il aura à apposer sa signature, et par voie de conséquence, sur lequel il peut engager sa responsabilité. Ce principe de la rupture *ad nutum* des négociations est commun à l'ensemble des textes la régissant : la nature volontaire de la médiation ne pouvant se prêter à une analyse contraire.

L'article 17 énonce que lorsque la médiation a permis d'aboutir à un accord, cet accord transactionnel a, entre les parties, l'*autorité de la chose jugée en dernier ressort*. Il acquiert force exécutoire, soit par son homologation, soit par son dépôt d'un commun accord entre les parties au rang des minutes d'un notaire. L'autorité de la chose jugée, attachée à une transaction réglant définitivement un litige, constitue un des principes du droit civil rappelé notamment à l'article 2052 du code civil français. Toutefois, cette transaction ne peut être opposée par l'une des parties que si l'autre en a respecté les conditions. Aussi, la partie qui peut se plaindre de l'inexécution par l'autre partie peut en demander l'homologation qui donne alors à cet accord force exécutoire.

Cette force exécutoire s'acquiert dans le cadre d'une procédure judiciaire d'homologation. Le juge devenant alors un juge d'appui à la médiation. Cette homologation n'est naturellement que facultative. Il a en effet été rappelé, notamment lors de la réunion de restitution, que dans la plupart des cas, l'accord transactionnel ne

nécessite pas d'homologation puisqu'il est exécuté volontairement par les parties. Ce n'est qu'en cas d'inexécution par l'une des parties que l'homologation est en pratique sollicitée. Cette procédure d'homologation peut également être évitée si les parties le souhaitent car elles ont également la possibilité de déposer l'accord transactionnel au rang des minutes d'un notaire, ce qui renforce sa confidentialité.

Lorsque cet accord transactionnel n'est pas exécuté volontairement par les parties, il convient que celles-ci puissent demander au juge de l'homologuer afin de lui conférer force exécutoire. Désormais, l'article 18 de la loi précise que le protocole transactionnel peut être homologué par le président du tribunal de grande instance du lieu de la médiation. Le président est saisi à la requête de l'une ou l'autre des parties ; il fait appeler à comparaître la partie contre laquelle l'exécution est demandée et statue contradictoirement, même en cas de défaut de comparution. Le juge n'est alors appelé que pour homologuer l'accord, sans pouvoir modifier les termes de celui-ci, ni refuser cette homologation pour un autre motif que celui tiré de l'ordre public.

Malgré le fait que l'adoption de ce texte constitue clairement un ajout de grande valeur au droit burkinabè, il serait illusoire de penser que sa seule publication puisse suffire à l'imposer. Des efforts plus importants visant à favoriser une sensibilisation aux caractéristiques et aux avantages de la médiation, mais aussi l'émergence d'une culture de médiation dans le secteur privé sont nécessaires. Il en serait de même si demain, un acte uniforme Ohada sur la médiation était adopté. Certes, le précédent burkinabè constituerait un modèle pour cet acte, mais là encore, la médiation doit s'inscrire dans une stratégie ayant pour objet de redonner confiance en la justice africaine et en ses modes de règlement des litiges.

« On ne tue pas son adversaire, c'est la querelle qu'il faut tuer ».

LA MÉDIATION COMMERCIALE EN DROIT OHADA

Le point de vue d'un avocat

François A. BOKO

Avocat au barreau de Paris

Chef de mission du Programme européen d'appui
à la Justice au Cameroun (10^e FED)

Le règlement des litiges civils et commerciaux en droit Ohada doit certes rétablir la justice, mais ne doit pas perdre de vue l'objectif d'assurer la paix sociale entre les parties en affaire. C'est dans ce sens, qu'à côté des modes contentieux et juridictionnels de règlement de conflits dans ce domaine, on peut envisager un mode non contentieux et non juridictionnel de règlement de conflits, à l'instar de la médiation. Cette dernière s'apparente à un mécanisme de négociation utilisée dans la tradition africaine de règlement des conflits, notamment la pratique de l'arbre à palabre.

Devant le prodigieux développement des activités économiques et financières engendrant plus de complexité et de technicité, le temps, la confidentialité et l'impartialité sont devenus une demande pressante en particulier dans le règlement des litiges contractuels. L'État de ce fait, a concédé une partie de son pouvoir de juger à des « privés » qui se sont organisés pour rendre la justice commerciale en dehors des juridictions, et ce en toute légalité.

L'arbitrage, la médiation et la conciliation sont alors devenus des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), d'où l'appellation de *justice alternative*.

La médiation est un mode amiable de règlement des litiges par lequel un tiers indépendant, neutre et impartial, formé à la médiation, le médiateur, aide les parties à trouver une issue négociée à leur différend, par l'adoption d'une solution consensuelle satisfaisante pour chacune d'elles.

La médiation commerciale quant à elle est un processus alternatif de résolution de litiges de nature commerciale entre commerçants ou entre un commerçant et un non-commerçant. Le recours à la médiation commerciale peut être libre comme il peut également être contractuellement prévu par une clause de médiation. Face aux lenteurs judiciaires, ce mode de règlement non juridictionnel des contentieux commerciaux est devenu un gage de sécurité des investissements.

Dans l'espace Ohada, la médiation commerciale est marquée par la faiblesse de son cadre juridique (I). En dépit de cette carence, les avantages que présente sa pratique comparativement à d'autres modes alternatifs de règlement des litiges commerciaux tels que l'arbitrage (II), rendent nécessaire et urgente sa réglementation (III)

I. LE CADRE JURIDIQUE DE LA MÉDIATION COMMERCIALE DANS L'ESPACE OHADA

Alors que le cadre juridique d'exercice de l'arbitrage est harmonisé, uniformisé et cohérent dans l'espace Ohada (A), celui de la médiation commerciale quasi inexistant repose essentiellement sur les lois nationales (B) et les sources d'ordre privé (C).

A. RAPPEL DES TEXTES CODIFIANT L'ARBITRAGE DANS L'ESPACE OHADA

L'arbitrage dans l'espace Ohada est institué tant par les textes communautaires que les textes nationaux.

1. Les textes communautaires

Les sources du droit Ohada de l'arbitrage sont variées quant à leur nature :

- le préambule du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation des droits en Afrique qui affirme dans son article 1^{er} le désir des pays signataires de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels, ainsi que le titre IV qui lui est consacré (Traité, art. 21 à 26) ;
- l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ;
- le règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) qui interprète et applique le droit uniforme ainsi que les décisions n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage et n° 004/99/CM du 12 mars 1999 portant approbation de la décision n° 004/99/CCJA relative aux frais d'arbitrage ;
- l'acte uniforme relatif au droit commercial général en son article 278.

2. Les textes nationaux

Il s'agit des dispositions pertinentes contenues dans la législation nationale de chaque État partie au droit Ohada et qui viennent en complément de l'arsenal juridique communautaire. On peut citer entre autres :

- les articles 576 à 601 du code de procédure civile et commerciale camerounais ;
- les articles 972 à 993 du code de procédure civile gabonais du 2 février 1977 ;
- les articles 795 à 820 du code de procédure civile sénégalais du 30 juillet 1964 ;
- les articles 370 à 383 de l'ordonnance du 28 juillet 1967 portant promulgation d'un code de procédure civile au Tchad ;
- les articles 275 à 290 du code de procédure civile togolais du 15 mars 1982 ;
- l'article 310 de la loi n° 51-83 du 21 avril 1983 réglant la procédure civile, commerciale et administrative. Cet article ne fait qu'affirmer la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ;
- La loi ivoirienne n° 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage.

B. LES RÈGLES FORMELLES ENCADRANT LA MÉDIATION DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'OHADA

La médiation, bien qu'évoquée par l'article 21 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, n'est pas encore réglementée par le législateur communautaire

Ohada. Cependant, quelques dispositions contenues dans certains textes nationaux encadrent ce mode non contentieux de règlement des litiges commerciaux. Il s'agit :

- du code civil de 1804 encore en vigueur dans les États parties de l'Ohada en ses articles 2044 et suivants sur la nature et les effets juridiques du protocole d'accord transactionnel ;
- des codes de procédure civile et commerciale du Burkina Faso, du Cameroun, du Sénégal notamment. Ces codes prescrivent le recours à la médiation civile et commerciale ;
- des lois spécifiques de certains États : le Burkina Faso est l'un des rares pays à avoir légiféré sur cette matière. Il a adopté le 17 décembre 2012 la loi portant médiation civile et commerciale alors que des projets de loi existent au Cameroun²⁹³ et en Côte d'Ivoire.

C. LES RÈGLES D'ORIGINE PRIVÉE : LES CONVENTIONS ET LES RÈGLEMENTS DE MÉDIATION

En l'absence d'acte uniforme réglementant cette procédure, les règles d'ordre privé notamment les conventions et règlements de médiation ont participé à la mise en œuvre de la médiation commerciale dans l'espace Ohada par la création d'usages en la matière.

1. Les conventions de médiation

Elles émanent généralement des centres d'arbitrage et de médiation ou des associations professionnelles qui les incluent dans les conditions générales contractuelles.

La convention de médiation peut être réalisée sous deux formes :

- le compromis de la médiation (rédaction d'une convention après la naissance d'un litige) ;
- la clause de médiation (clause contractuelle contenue dans le contrat principal par laquelle les parties s'engagent, lors de la survenance d'un conflit à mettre en œuvre un processus de médiation).

Les clauses types du centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou sont rédigées en ces termes :

- pour les litiges futurs : « tout différend découlant du présent contrat, sera tranché définitivement suivant le règlement d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou, par un ou trois arbitres nommés conformément à ce règlement » ;
- pour les litiges déjà nés : « les parties conviennent de régler définitivement par voie d'arbitrage, suivant le règlement du centre d'arbitrage, de médiation et de

²⁹³ Communication de M. le ministre d'État, ministre de la Justice, garde des Sceaux du Cameroun portant sur « la facilitation du règlement des litiges commerciaux dans le contexte des réformes Ohada » lors de la 3^e session du *Cameroon Business Forum*, Douala 5 mars 2012 : « la médiation n'est pas encore réglementée dans notre pays mais les parties peuvent y recourir. Toutefois en l'état, le procès-verbal de médiation ou de conciliation n'a aucun caractère contraignant pour les parties, même si, en tant que volonté exprimée, il lie celles-ci. Le ministère de la Justice finalise en ce moment un avant-projet de loi sur la médiation commerciale extrajudiciaire ».

conciliation de Ouagadougou, les différends nés entre elles à l'occasion de (rappeler l'opération ou les événements dont découlent les litiges) ».

Alors que la clause type de médiation du centre permanent d'arbitrage et de médiation du centre africain pour le droit et le développement (Cameroun) est rédigée comme suit :

« Tout litige qui viendrait à se produire au sujet de la validité, de l'interprétation, de l'exécution, de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat sera soumis à la médiation ou à l'arbitrage sous l'égide du centre permanent d'arbitrage et de médiation du CADEV (CPAM), conformément à son règlement en vigueur.

La procédure choisie par le demandeur s'impose à l'autre partie.

Les parties s'engagent à respecter et à exécuter de bonne foi la décision issue de la procédure administrée par le CPAM. Elles renoncent, en cas de médiation, à toute réserve ou contestation devant le juge saisi de l'homologation de leur accord ».

Les différents centres d'arbitrage et de médiation recommandent aux parties qui ont choisi leur clause, pour éviter les difficultés et les dépenses supplémentaires, de prévoir la loi applicable à leur contrat, le nombre des arbitres ainsi que la langue et le lieu de l'arbitrage.

2. Les règlements de médiation

Le règlement de médiation rédigé par un centre permanent d'arbitrage et de médiation ou tout autre organisme est un ensemble de dispositions destinées à régir la procédure de médiation. Il s'agit d'une source privée parce que le règlement de médiation tire sa force obligatoire de la volonté des parties et non de l'autorité étatique.

Les règlements d'arbitrage se caractérisent par leur très grande diversité. Il y a lieu de signaler que dans la zone Ohada, on trouve le règlement de la CCJA et ceux des centres d'arbitrage et de médiation nationaux au Cameroun²⁹⁴, en Côte d'Ivoire²⁹⁵, en Guinée²⁹⁶, au Sénégal²⁹⁷, au Bénin²⁹⁸, au Mali²⁹⁹ et au Burkina Faso³⁰⁰.

Ces règlements de médiation ont une valeur contractuelle. Ainsi dès qu'ils ont été choisis par les parties, ils deviennent applicables.

²⁹⁴ Le centre d'arbitrage du groupement interpatronal (GICAM) créé en 1999 ; le centre permanent d'arbitrage et de médiation (CPAM) du centre africain pour le droit et le développement (CADEV).

²⁹⁵ La cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI) créée en 1997.

²⁹⁶ La chambre d'arbitrage de Guinée créée en 1998.

²⁹⁷ Le centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar créé en 1998.

²⁹⁸ Le centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce et d'industrie du Bénin.

²⁹⁹ Le centre d'arbitrage, de médiation et conciliation de Ouagadougou (CAMC-O) créée en 2007.

³⁰⁰ Le centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce du Mali.

En définitive, ces règlements se présentent comme de véritables codes de procédure de médiation régissant tous les aspects de l'instance jusqu'à la rédaction du protocole d'accord ou du procès-verbal de non-conciliation.

II. LA MÉDIATION COMMERCIALE, UN MODE SOUPLE ET EFFICACE DE RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX

Pour mieux comprendre la médiation et en ressortir sa spécificité et ses avantages, il convient au-delà du cadre juridique, de comparer sa pratique avec celle de l'arbitrage. Cette comparaison permet de relever des similitudes (A) et divergences (B) avec l'arbitrage et de ressortir les avantages (C) qui fondent la spécificité de la médiation commerciale

A. POINTS DE SIMILITUDE

1. Des modes conventionnels de résolution des différends

Pour leur mise en place il faut que les parties décident de confier à un tiers le soin de régler leurs litiges présents ou futurs. Le point de départ de la médiation ou de l'arbitrage est l'accord par lequel les parties conviennent de soumettre leur litige à la médiation ou à l'arbitrage (la convention de médiation ou l'insertion d'une clause compromissoire). Celle-ci peut figurer dans le contrat régissant une relation d'affaires entre les parties, par exemple un accord de licence dans lequel les cocontractants ont prévu que tout litige découlant du contrat sera soumis à la médiation. Elle peut aussi être rédigée spécialement pour un différend déjà né (rédaction d'un compromis d'arbitrage).

2. Choix de la ou des personnes devant trancher le litige

L'arbitrage et la médiation sont assurés par des personnes ordinaires (il n'existe pas à ce jour de norme encadrant la profession d'arbitre ou de médiateur, aucune qualification particulière n'est exigée pour l'exercice de ces fonctions) qui reçoivent mandat des parties pour mettre fin à leur litige. Dans la médiation tout comme dans l'arbitrage, le ou les tiers neutres sont choisis d'accord parties, sur une liste établie par le centre d'arbitrage et de médiation. Les parties peuvent choisir une ou deux personnes. Ces personnes choisies doivent être neutres, impartiales et indépendantes des parties. Avant le début de leur mission, elles signent une déclaration d'indépendance.

B. EN QUOI LA MÉDIATION DIFFÈRE-T-ELLE DE L'ARBITRAGE ?

Les différences entre la médiation et l'arbitrage tiennent au fait que dans le premier cas, les parties restent maîtresses du différend et ne transfèrent pas leur pouvoir de décision au médiateur. Concrètement, il en résulte deux conséquences principales :

- dans l'arbitrage, l'issue dépend du droit applicable alors que dans la médiation, elle est déterminée par la volonté des parties, qui peuvent ainsi prendre en considération d'autres facteurs, et tout particulièrement leurs intérêts commerciaux respectifs. C'est pourquoi l'on dit souvent que la médiation repose sur des intérêts tandis que l'arbitrage repose sur des droits. Le fait de mettre dans

- la balance leurs intérêts commerciaux permet aux parties de se décider en fonction de leurs relations à venir, et non pas seulement de leur conduite passée ;
- dans l'arbitrage, les parties doivent convaincre le tribunal du bien-fondé de leurs prétentions. C'est à lui qu'elles adressent leurs arguments, et non à la partie adverse. Dans la médiation au contraire, la solution doit être acceptée par les parties. Chaque partie doit convaincre l'autre ou négocier avec elle. L'affaire se règle entre elle, le médiateur ne jouant que le rôle de relais.

Ces différences font logiquement de la médiation une procédure plus informelle et amiable.

Les arbitres font office de juges choisis par les parties. Un contentieux est né et les parties sollicitent que l'arbitre tranche le litige par une décision qui aura la même force qu'une décision rendue par un tribunal étatique. L'arbitrage est donc un mode contentieux et juridictionnel de règlement de conflit.

Dans la médiation, le « médiateur » n'est ni juge, ni arbitre mais un « catalyseur » dont l'objectif est de faciliter les négociations entre les parties afin de les aider à trouver elles-mêmes une solution à leur litige. La médiation est alors un mode amiable de règlement de litige dont les avantages garantissent aux parties la préservation des liens commerciaux.

C. LES AVANTAGES DE LA MÉDIATION COMMERCIALE

L'arbitrage dans l'espace Ohada est critiqué pour son coût et ses délais. Ceci justifie le recours à la médiation qui est devenue aujourd'hui un mode privilégié de règlement des litiges commerciaux. Ses avantages en droit des affaires sont multiples³⁰¹.

1. Solution rapide au litige

La médiation offre une solution rapide puisqu'il ne s'agit pas d'instruire une cause, mais d'offrir aux parties la possibilité de comprendre quels sont les intérêts en jeu et de concilier ceux-ci, en trouvant une solution amiable adaptée à leurs besoins. La médiation répond aux besoins et exigences de la vie économique. Car le différend peut se régler au rythme souhaité par les parties (durée minimum un jour, maximum trois mois)³⁰².

Au-delà de sa rapidité, le processus de médiation place le débat sur un plan commercial en cherchant le bénéfice de chacun plutôt que la condamnation de l'autre.

2. Coût modéré

C'est l'un des avantages majeurs de la médiation. D'une part, le coût de la médiation constitué de la taxe d'enregistrement du centre, qui est de 0,10 % de la valeur du litige, et

³⁰¹ Le processus de médiation est « plus rapide, moins cher, plus confidentiel et plus utile si les parties veulent continuer à commercer ensemble » : M. le Bâtonnier Pascal VANDERVEEREN, communication à l'occasion des cérémonies marquant la création en 1999 du centre de médiation commerciale de Bruxelles, cité in Pierre-Yves MONETTE, « De la médiation commerciale comme mode de résolution de conflits et de ses différentes applications », <http://democratie.francophonie.org/IMG/pdf/bamako.301.pdf>, note 68.

³⁰² Article 47 du règlement de médiation du CPAM : « Le médiateur dispose d'un délai de trente (30) jours pour conclure la médiation à compter de la date de la rencontre préparatoire... ».

des honoraires du médiateur. Ces honoraires sont négociés et fixés au moment de la nomination. Ces frais sont supportés par les parties.

Celles-ci peuvent se faire accompagner d'un avocat dont les honoraires sont un coût supplémentaire.

Les dépenses effectuées ne seront en rien comparables au prix d'un procès judiciaire ou arbitral (coût des timbres judiciaires, frais relatifs à la rédaction des actes de procédures, frais de procédure, frais d'huissier, etc.).

3. Confidentialité

C'est l'autre avantage de la médiation et de l'arbitrage. Les audiences ne sont pas publiques³⁰³. Cette confidentialité permet aux parties d'exprimer en toute liberté leurs points de vue. Bien plus, contrairement aux recours portés devant les juridictions classiques, le contenu de la médiation est confidentiel (les propos échangés et les pièces communiquées ne peuvent être évoqués devant un juge, ni utilisés dans une autre instance), il n'est connu que des parties et du médiateur.

4. Préservation des liens entre les parties

La médiation permet plutôt de maintenir les liens plus cordiaux entre les parties que d'accentuer les conflits existants comme c'est le cas devant la justice étatique. À l'issue de la médiation, une solution « gagnant-gagnant » l'emporte.

Ces avantages qui la distinguent fort efficacement de l'arbitrage font de la médiation commerciale un mode privilégié du règlement des litiges commerciaux. Cependant, son importance au regard des avantages ci-dessus évoqués, contraste avec la faiblesse de son cadre juridique et pose donc avec acuité et urgence la nécessité et le mode de sa réglementation.

La dernière Conférence des chefs d'État et de Gouvernement de l'Ohada tenue à Ouagadougou au Burkina Faso, en octobre 2013 dans le cadre du 20^e anniversaire de l'Organisation, en a pris l'exacte mesure. Elle a de ce fait « instruit le Conseil des ministres pour la prise diligente d'actes uniformes dans les matières nouvelles inscrites au programme d'harmonisation de l'Organisation, à savoir : l'affacturage, le crédit-bail, la médiation commerciale, la franchise, la sous-traitance, la coentreprise, les contrats de partenariat public-privé, le règlement des conflits de lois et la circulation des actes publics, l'objectif étant de proposer des réponses toujours plus appropriées aux besoins de droit des acteurs économiques »³⁰⁴. Mais par quel mode approprié, souple et efficace pourra-t-on parvenir à harmoniser en garantissant et en sauvegardant la souplesse qui fait l'originalité et l'efficacité de la médiation commerciale ?

³⁰³ Article 46 du règlement de médiation du CPAM : « La médiation est une procédure confidentielle. Elle se déroule à huis clos... »

³⁰⁴ V. Règlement n° 0011/2011/CM/Ohada du 17 juin 2011 à Bissau (Guinée Bissau) autorisant une étude sur la faisabilité et la possibilité d'extension du domaine du droit des affaires de l'Ohada à de nouvelles matières. V. également communiqué final de la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Ohada) qui s'est tenue à Ouagadougou le jeudi 17 octobre 2013 dans le cadre du 20^e anniversaire de l'Organisation.

III. COMMENT PROCÉDER À LA RÉGLEMENTATION DE LA MÉDIATION COMMERCIALE DANS L'ESPACE OHADA ?

La pertinence de la médiation commerciale est désormais avérée. Il reste à lui donner un cadre juridique cohérent nécessaire à sa mise en œuvre. Trois possibilités se présentent au législateur Ohada à cet effet :

- **légiférer par l'adoption d'un nouvel acte uniforme portant médiation commerciale** : cette option est la plus simple. Le règlement n° 0011/2011/CM/Ohada du 17 juin 2011 permet d'étendre le domaine de compétence du législateur Ohada à de nouvelles matières. De plus, cette option est conforme à l'article 5 du traité Ohada qui précise le mode d'adoption des règles communes par le biais d'actes uniformes. Mais, consacrer un acte uniforme à la seule médiation peut paraître excessif. Il en existe déjà neuf et cette nouvelle matière qu'est la médiation commerciale peut très bien trouver sa place dans un précédent acte uniforme ;
- **légiférer par la voie de la révision de l'acte uniforme portant arbitrage** : à l'instar du nouvel acte uniforme révisé sur les sociétés commerciales, le législateur Ohada peut également procéder à la révision de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage pour y fixer le cadre juridique de la médiation et de la conciliation. En procédant ainsi, le nouvel acte révisé porterait donc sur l'ensemble des modes alternatifs de règlement des conflits commerciaux (MARC) et éviterait au législateur l'adoption d'un nouvel acte uniforme ;
- **légiférer par l'adoption d'un règlement fixant le cadre général de la médiation dans l'espace Ohada** : cette troisième option non moins pertinente reviendrait à procéder à la fixation du cadre juridique général de la médiation au moyen d'un règlement. Ainsi, conformément à l'article 4 du traité Ohada, l'adoption d'un règlement encourageant le recours à la médiation et fixant sa codification générale peut être opportune. Ce faisant, ce règlement outre le cadre général, renverrait aux États parties la responsabilité d'adopter des lois types relatives à la médiation. Ces lois préciseraient les mécanismes de l'application d'une telle procédure non juridictionnelle de règlement des conflits commerciaux. Une telle option pourrait fortement s'inspirer de la directive communautaire de l'Union européenne du 21 mai 2008 sur la médiation dans ses aspects relatifs à la médiation civile et commerciale.

Des trois procédés, la deuxième option reste la plus pertinente. En effet, consacrer un acte uniforme exclusivement à la médiation paraîtrait excessif. Il en existe déjà neuf. En revanche, légiférer au moyen d'un règlement posant le cadre général de la médiation et renvoyant aux États parties la charge de l'adoption des lois-types précisant son application est aussi pertinent. Cependant, quoiqu'intéressante, cette option peut paraître illusoire au regard des difficultés éprouvées par ces États à traduire dans leur réalité juridique les recommandations pour une application efficiente des dispositions du Traité Ohada.

Dans ces conditions, la deuxième option, celle qui passe par la révision de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, paraît de loin la plus séduisante. Cette révision permettrait d'inclure dans ledit acte uniforme révisé, les dispositions relatives à la

médiation et à la conciliation, en vue d'obtenir un nouvel acte uniforme relatif aux modes alternatifs de règlement des conflits commerciaux.

Dans tous les cas de figure, le législateur ne pourra pas faire l'économie de la révision de l'article 1^{er} du Traité avant l'introduction dans le droit Ohada, de nouveaux modes alternatifs de règlement des litiges commerciaux que sont la médiation et la conciliation, d'autant que celles-ci n'y étaient pas expressément prévues. Et quelle que soit l'option choisie par le législateur Ohada, le cadre juridique projeté devra faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges commerciaux, favoriser le recours à la médiation commerciale comme mode amiable de règlement des conflits et garantir une meilleure articulation entre la médiation commerciale et les procédures judiciaires. Il s'agit très concrètement de :

- encourager les États parties à prendre des dispositions légales et réglementaires relatives à la médiation et à sa pratique ;
- fournir aux parties en conflit, l'éventail d'informations et de formations nécessaires à susciter chez elles l'intérêt de la pratique de la médiation dans le règlement des litiges commerciaux ;
- donner un cadre juridique aux centres de médiation pour définir leur fonctionnement et les règles de procédures qui leur sont applicables ;
- concevoir la fonction de médiateur et fixer les conditions de sa qualification ;
- envisager l'intérêt d'insérer des clauses de médiation dans les contrats et les conséquences juridiques relativement à leur validité ;
- préciser le rôle et la place de l'avocat dans une procédure de médiation.

CONCLUSION

Le souci de mettre en place des règles juridiques simples, efficaces et adaptées à la situation des économies des États membres ne doit pas être perdu de vue dans le cadre de l'harmonisation et l'uniformisation du droit des affaires en Afrique. Cette exigence peut être prise en compte, à travers la fixation d'un fondement juridique explicite et de la médiation en matière de règlement des litiges commerciaux. Encourager ce mécanisme alternatif, conventionnel et amiable dans le règlement des litiges commerciaux, correspondrait à la mise en place d'une liaison nette entre le texte et son contexte d'émanation, mais aussi d'application.

Procédure volontaire, souple, confidentielle qui favorise, à l'issue du litige, le renforcement du partenariat entre les « *protagonistes* », la médiation répond à des attentes réalistes entre partenaires en affaires. Elle sait préserver leurs intérêts et leur garantir la possibilité de contracter à nouveau ensemble, malgré la naissance des conflits. Établir une législation souple en la matière revient à éviter de produire un droit désincarné de la réalité des affaires. La codification prochaine de la pratique de la médiation commerciale dans l'espace Ohada, devra par souci d'efficacité en tenir compte.

L'OHADA, UN PASSÉ, UN PRÉSENT ET UN AVENIR : RAPPORT DE SYNTHÈSE

Gérard NGOUMTSA ANOU

Maître de conférences à l'université Lyon 3, Équipe de droit international,
européen et comparé

Un proverbe africain affirme : « si tu ne sais pas où tu vas, souviens-toi d'où tu viens ». Il résume parfaitement l'idée de ce colloque, à savoir porter un regard actuel et rétrospectif sur l'Ohada pour mieux dessiner son avenir. À l'occasion des cérémonies commémorant les vingt ans de l'Ohada, il semble opportun d'en faire le point à partir d'une analyse rétrospective qui permet de comprendre les problèmes auxquels ce système est confronté et de proposer des solutions qui permettront de mieux construire l'avenir.

Depuis sa création, l'Ohada s'est donnée pour objectif de faire de l'espace juridique qu'elle crée, un nouveau pôle de développement³⁰⁵. Des moyens ont été prévus pour arriver à cet objectif. Il s'agit de l'harmonisation et de la modernisation du droit des affaires dans les États membres, mais aussi de la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées. Ces moyens étaient perçus comme des instruments permettant de garantir la sécurité de l'investissement et des affaires plus généralement. Vingt ans après, des progrès notables ont été réalisés, tant du point de vue de l'harmonisation et de la modernisation des normes que du point de vue de leur mise en œuvre juridictionnelle ou arbitrale. Mais de nombreux défis restent à relever. Ils ont trait au choix du procédé d'harmonisation, à l'articulation entre les normes³⁰⁶, à la délimitation du domaine du droit des affaires et donc à l'acceptation de nouveaux domaines normatifs. Ces défis portent ensuite sur la délimitation claire des compétences de la Cour commune de justice et d'arbitrage, sur le dialogue des juges, sur la réception dans un pays membre des décisions rendues par les juridictions d'un pays membre ou d'un pays tiers, sur la diffusion et la formation en droit Ohada.

³⁰⁵ Le préambule du traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 instituant l'Ohada est très clair. Il dispose que les États parties sont déterminés « à établir un courant de confiance en faveur des économies de leur pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique ». Le préambule du traité révisé de Québec du 17 octobre 2008 réaffirme cette volonté.

³⁰⁶ La question de l'articulation entre les normes dans l'espace Ohada a déjà fait l'objet d'un colloque antérieur, organisé à Lomé le 9 octobre 2010 par le Secrétariat permanent de l'Ohada avec le concours financier de l'Organisation internationale de la Francophonie. Le colloque portait précisément sur « Les risques de conflits de normes et de juridictions communautaires entre l'Ohada et les organisations voisines ».

C'est dire que les défis s'orientent dans deux grandes directions : consolider le corpus normatif de l'Ohada (I), et garantir son application effective, car on peut considérer que tout ce qui n'est pas effectif n'est pas du droit (II).

I. CONSOLIDER LE CORPUS NORMATIF DE L'OHADA

Au cours de ces deux journées, les échanges ont montré que les normes actuelles de l'Ohada suscitent des interrogations auxquelles des pistes de réponse ont été apportées. Il s'agit à la fois de diversifier les procédés normatifs et d'améliorer la substance des règles.

A. LA DIVERSIFICATION DES PROCÉDÉS NORMATIFS

Jusqu'à présent, le droit Ohada a été adopté sous forme d'actes uniformes à l'exception de quelques règles institutionnelles ou procédurales qui ont pris la forme de règlements ou de décisions. Les limites de la technique de l'acte uniforme imposent de penser des solutions complémentaires.

1. L'insuffisance du procédé initial : l'acte uniforme

L'expression *droit de l'Ohada* vise à la fois le droit primaire – traité constitutif, règlements pris en application du traité et décisions – et le droit dérivé. Celui-ci est adopté sous forme d'actes uniformes comme le prévoit l'article 5 du traité Ohada : « Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent Traité sont qualifiés « actes uniformes ». » Comme telle, la disposition fait de l'acte uniforme la seule technique d'unification du droit dans l'espace Ohada. Le traité révisé de 2008 a maintenu cette exclusivité de la technique de l'acte uniforme.

Il est vrai que ce procédé a produit des résultats satisfaisants par la profondeur de l'unification réalisée et l'efficacité de son entrée en vigueur. Neufs actes uniformes ont été adoptés et ont pu entrer en vigueur dans les États membres sans mesures nationales de ratification ou d'incorporation dans l'ordre interne. Le choix de la technique s'expliquait en partie par le souci d'efficacité qui commandait de ne pas faire dépendre l'entrée en vigueur du droit Ohada des instances nationales³⁰⁷. L'histoire montre d'ailleurs que ce souci était fondé puisque les mesures nationales auxquelles renvoient les actes uniformes n'ont pas toujours été adoptées avec diligence par les États parties. Par ailleurs, le choix des actes uniformes a permis d'éviter un droit à géométrie variable dont les applications varieraient d'un pays à l'autre.

Malgré ces mérites de l'acte uniforme, il présente de nombreux inconvénients. Son adoption suppose d'abord l'unanimité des États membres qu'il n'est pas toujours aisé d'obtenir. Il laisse ensuite peu de marges de manœuvres aux législations nationales. Seule la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) assure l'uniformité de son interprétation et de son application. Il en résulte que l'adoption d'un acte uniforme dans une matière conduit inévitablement à priver les cours suprêmes nationales d'une partie du

³⁰⁷ G. NGOUMTSA ANOU, *Jurisclasseur droit international*, Paris, LexisNexis, 2014, v° Ohada, fasc. 170, n° 67.

contentieux qui leur était jusqu'alors réservé. Cette considération a pu susciter les réticences des instances nationales sur certains projets ou avant-projets d'acte uniforme.

Par ailleurs, la technique des actes uniformes a pu apparaître inappropriée dans certaines matières comme les contrats et les obligations en général. Là aussi, des réticences nationales fortes ont été remarquées.

Ces problèmes expliquent la recherche d'autres voies d'unification, d'harmonisation ou de coordination des droits, complémentaires par rapport au procédé de l'acte uniforme.

2. Les procédés complémentaires d'harmonisation souple

On s'accorde à reconnaître que d'autres pistes doivent être explorées. Elles doivent jouer un rôle complémentaire à la technique de l'acte uniforme en évitant ses inconvénients. La Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Ohada qui s'est tenue à Ouagadougou le 17 octobre 2013 envisageait déjà un autre procédé. Le communiqué final prévoit que « la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement prescrit au Conseil des ministres de poursuivre l'effort d'harmonisation en cours en élaborant, en cas de besoin, des *cadres d'orientation* ». La référence aux cadres d'orientation, parfois appelés cadres communs de référence, laisse clairement comprendre que la Conférence autorise le recours à des procédés souples tels que les lois-modèles ou les cadres communs de référence dans les matières où de tels procédés sont possibles, voire nécessaires. En ce sens, les réflexions du colloque ont permis de dégager trois propositions de nouveaux procédés souples d'harmonisation : la loi-modèle, l'acte harmonisé et l'acte optionnel ou supplétif.

a. Procédé de la loi-modèle

Le procédé de la loi-modèle ou loi-type a à nouveau été proposé. Il conviendrait peut-être, pour des besoins de cohérence de la terminologie du droit Ohada, de parler d'acte-type ou d'acte-modèle. Il s'agirait d'un texte substantiellement uniforme, mais qui ne serait pas obligatoire pour les États. Ceux-ci auraient la faculté de l'incorporer dans leur législation interne par une loi nationale ou de s'en inspirer pour élaborer leur propre réglementation nationale. Un instrument de ce type est en cours d'élaboration sur le droit des contrats et des obligations.

b. Procédé des actes harmonisés

La deuxième proposition faite porte sur des actes harmonisés laissant une marge de manœuvre aux législations nationales et dont l'application relèverait uniquement des juridictions nationales. Autrement dit, les pourvois en cassation fondés sur de tels actes mixtes relèveraient de la compétence des juridictions suprêmes nationales. Il y aurait alors une conciliation entre le besoin d'harmonisation de l'Ohada et la nécessité de ne pas vider la compétence des cours suprêmes nationales dans certaines matières.

c. Procédé de l'acte optionnel ou supplétif.

Une troisième technique d'harmonisation ou de coordination est possible. Il s'agirait de confier à une équipe d'experts africains le soin de dégager, à partir de l'analyse des textes et de la jurisprudence des États membres, les principes du droit des contrats communs à ces États. Ces principes formeraient un instrument optionnel, c'est-à-dire supplétif, auquel les parties pourraient soumettre leur contrat si elles le souhaitent. L'acte optionnel

serait à l'image de l'exemple réussi des « règles et usances du crédit documentaire » (les RUU), dont le contentieux publié montre que pratiquement tous les crédits documentaires à travers le monde en relèvent, ou dans une moindre mesure des Incoterms de la Chambre de commerce internationale³⁰⁸. L'acte optionnel se distingue donc de l'acte uniforme parce qu'il n'est obligatoire ni pour le juge ni pour les parties. Il se distingue de la loi-modèle parce qu'il n'est pas proposé aux États de l'incorporer dans leur droit s'ils le souhaitent. Il est simplement mis à la disposition des parties et n'est pas impératif dans les États membres alors qu'une loi-modèle librement adoptée par un État membre devient impérative en tant que partie intégrante de l'ordre juridique de cet État qui l'a reprise.

Les principes formant l'acte optionnel Ohada seraient élaborés par une commission comprenant dix-sept membres, un par pays, et composée par parts égales de professeurs, de juges et d'avocats avec des spécialistes de la *common law*.

C'est dire que la plupart des experts reconnaissent la nécessité d'évoluer vers une harmonisation à plusieurs vitesses dans l'espace Ohada.

B. L'AMÉLIORATION DE LA SUBSTANCE DES NORMES

Les propositions sur la substance des normes concernent à la fois leur source d'inspiration et les matières susceptibles de faire l'objet de textes futurs.

1. La diversification des sources d'inspiration

À première vue, le droit Ohada semble être de tradition exclusivement civiliste. Mais une analyse plus attentive montre qu'il s'inspire de règles de sources diverses : le droit français³⁰⁹, les conventions internationales³¹⁰, le droit de l'Union européenne³¹¹ et dans une certaine mesure la *common law*. Le recours à la *common law* se traduit notamment par des notions telles que le « raisonnable », notion très présente dans l'acte uniforme relatif au droit commercial.

Il a été souligné que pour assurer l'émergence d'un nouveau pôle de développement, le droit Ohada devrait davantage réaliser la convergence entre les systèmes pour être encore plus attractif, notamment pour les investisseurs de pays non francophones. Il s'inspirerait davantage de la *common law*, des conventions internationales dans les matières où elles existent, ou encore de règles traduisant des valeurs universelles. Celles-ci seraient dégagées d'une analyse comparative des différents systèmes.

³⁰⁸ V. la communication de Barthélémy MERCADAL au présent colloque, sur « La création du droit de l'Ohada ».

³⁰⁹ V. par exemple, le droit des sociétés, les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, le droit commercial.

³¹⁰ V. par exemple la convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises qui a inspiré le droit Ohada de la vente commerciale, la convention CMR sur le transport des marchandises par route qui a inspiré le droit Ohada du transport des marchandises par route.

³¹¹ V. par exemple le droit Ohada de l'agence commerciale qui s'inspire de la directive agents commerciaux de l'Union européenne ; l'acte uniforme relatif aux procédures collectives qui s'inspire en partie du règlement UE relatif aux procédures d'insolvabilité.

Concrètement, il est proposé que les rédacteurs de futurs textes de l'Ohada ou de la révision de textes existants intègrent les meilleures solutions issues d'autres systèmes juridiques, nationaux, régionaux ou internationaux.

2. L'extension de l'harmonisation à de nouvelles matières

Au regard des règles actuelles, plusieurs matières sont proposées ou évoquées par les experts comme futurs domaines susceptibles d'être harmonisés : l'acte d'avocat, la circulation des décisions et des actes publics, la médiation commerciale, les contrats commerciaux, le leasing, le factoring et plus généralement les obligations, dont l'harmonisation est déjà en cours, mais sous forme de loi-modèle.

Il apparaît que le Conseil des ministres a déjà autorisé le Secrétariat permanent à entreprendre une étude sur la possibilité d'inclure certaines de ces matières dans le domaine du droit des affaires à harmoniser. Il s'agit du crédit-bail, de l'affacturage, de la sous-traitance, de la franchise, des contrats de partenariat public-privé, du règlement des conflits de lois et de la circulation des actes publics, de la médiation commerciale et de la coentreprise³¹². Ces études ont déjà été réalisées et remises au Secrétariat permanent à son initiative.

II. GARANTIR ET GÉNÉRALISER L'APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT OHADA

Les réflexions de ce colloque ont également montré que beaucoup d'efforts restent à faire pour développer et généraliser l'application du droit Ohada. Mais pour arriver à une telle application optimale, il faut au préalable que la norme soit reçue et assimilée. C'est ensuite qu'elle peut être appliquée. À chacun de ces points de vue des efforts restent à faire.

A. FACILITER LA RÉCEPTION DU DROIT OHADA

Pour être bien appliqué, le droit Ohada doit être reçu et assimilé par ses destinataires. Cela suppose des efforts de diffusion et de formation supplémentaires.

1. La diffusion

La diffusion du droit Ohada reste assez limitée en raison de nombreuses difficultés :

- difficulté à rendre le plurilinguisme opérationnel. En effet, des efforts sont encore à faire pour traduire tous les textes et toute la jurisprudence de la CCJA dans les quatre langues officielles de l'Organisation ;
- difficulté à accéder à la jurisprudence nationale, aux décisions et avis de la CCJA ;
- difficulté à diffuser les textes ou la doctrine relative au droit Ohada ;
- disparition prématurée de certaines revues ;
- difficulté à trouver des réseaux de distribution des supports dans les différents pays.

³¹² Décision n° 02/2013/CM/Ohada portant modification de la décision n° 0011/2011/CM/ du 17 juin 2011 autorisant une étude sur la faisabilité et la possibilité d'extension du domaine du droit des affaires de l'Ohada à de nouvelles matières.

Plusieurs solutions ont donc été proposées pour tenter de développer cette diffusion et de la rendre plus efficace :

- créer un observatoire du droit Ohada. Cet observatoire pourrait observer la jurisprudence nationale et celle de la CCJA, en assurer la diffusion, réaliser des statistiques sur le nombre de décisions rendues, sur les délais de ces décisions et sur leur efficacité. Il contribuerait ainsi à l'accessibilité du droit Ohada et donc à la sécurité juridique, mais permettrait en même temps d'améliorer sa mise en œuvre ;
- diversifier et multiplier les outils et supports de diffusion, en combinant supports papiers et supports numériques tels que les CD ;
- publier systématiquement en ligne les textes et les décisions de justice sous un fichier facilitant le libre téléchargement ;
- demander à la CCJA d'autoriser une mise en ligne régulière et systématique de ses décisions, en complément du support papier de diffusion, à l'image de ce qui est fait par de nombreuses cours suprêmes ou cours de cassation ;
- subventionner les mesures de diffusion papier et numériques ;
- encourager l'implication de la société civile et notamment des associations et des milieux professionnels dans la diffusion, pour compléter l'action des États dont les budgets et l'action sont limités.

Ces mesures de diffusion doivent être accompagnées par un développement des formations sur le droit Ohada.

2. La formation

L'efficacité d'un système juridique ne dépend pas uniquement de la qualité de ses normes et de leur diffusion, mais aussi et surtout des hommes censés le mettre en œuvre. La formation des professionnels du droit, des entreprises et plus généralement des personnes concernées par le droit Ohada, constitue sans doute une condition essentielle du succès de ce droit.

Quelques pas significatifs sont faits en ce sens, à travers la formation dans les facultés (licences, masters, diplômes d'université), les formations initiales et continues du Cifaf (Centre international en Afrique de formation des avocats francophones) et de l'Ersuma (École régionale supérieure de magistrature de l'Ohada) avec l'appui des partenaires.

Il convient d'aller plus loin dans ces efforts en mettant en place des formations à distance, que ce soit à l'Ersuma, au Cifaf, dans les universités ou dans toute autre institution publique ou privée apte à délivrer de telles formations.

B. AMÉLIORER L'APPLICATION DU DROIT OHADA

Depuis plusieurs années, le droit Ohada est appliqué par les juridictions nationales sous le contrôle de la CCJA. Des milliers de décisions ont été rendues en ce sens. Quelques difficultés subsistent cependant. Au moins quatre pistes d'amélioration de cette application ont été évoquées :

- établir dans chaque État membre un rapport qui détermine précisément les dispositions du droit interne implicitement abrogées et celles qui subsistent. Cette clarification est un gage de la clarté de la règle de droit et de la sécurité des opérateurs économiques. Ce travail a déjà commencé en République

démocratique du Congo et mérite d'être réalisé dans d'autres pays membres de l'Ohada ;

- stimuler la consultation plus régulière de la CCJA par les juges nationaux pour faciliter le dialogue entre les juges. L'un des moyens de cette stimulation pourrait être, par exemple, d'autoriser les bâtonniers à formuler des demandes d'avis consultatif devant la Cour ;
- pour les litiges mixtes, affirmer expressément la compétence entre la CCJA en tant que juridiction des conflits. Autrement dit, reconnaître qu'en cas de doute sur le point de savoir si un litige relève de la compétence de la CCJA ou d'une juridiction suprême nationale, seule la CCJA serait apte à se prononcer sur cette compétence. Cette attribution de tribunal des conflits résulte des articles 14 et 17 du Traité révisé et mérite d'être clairement consacrée dans une décision de la CCJA pour lever toute ambiguïté ;
- adopter un acte uniforme sur la circulation des décisions et des actes publics.

L'Ohada apparaît en définitive comme un modèle original qui est en marche. Comme toute organisation jeune, elle doit s'affermir en corrigeant ses lacunes et améliorant son système normatif et institutionnel, mais aussi l'application de ses normes.