

CONFERENCE OHADAC

15 mai 2007 - Pointe-à-Pître (Guadeloupe)

Intervention de Joseph ISSA-SAYEGH
Agrégé des Facultés de Droit
Professeur, Consultant.

L'OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) est née à Port-Louis en octobre 1993 et regroupe, aujourd'hui, seize pays ¹. Son fonctionnement est assuré principalement par le Conseil des Ministres de la Justice et des Finances et la Cour commune de justice et d'arbitrage. Le Conseil des Ministres est assisté d'un secrétariat permanent auquel est rattaché l'Ecole régionale supérieure de la magistrature (article 3) ².

Malgré les apparences de son intitulé, l'OHADA ne procède pas par harmonisation mais par uniformisation du droit des affaires. Elle a pour mission d'adopter des Actes uniformes (article 5 du Traité) rédigés et applicables en des termes identiques dans tous les Etats parties en application du principe de la supranationalité ; cette technique est radicale mais elle présente l'avantage d'éviter les dérives ou les distorsions entre les lois nationales issues d'une même norme indicative (Directive) et entre les textes réglementaires d'application d'une même norme internationale de portée générale.

Actuellement, d'autres organisations œuvrent directement ou indirectement pour l'intégration juridique de l'Afrique en regroupant soit les seuls Etats de la zone franc (UEMOA, ex-UMOA ³ : Union économique et monétaire de l'ouest africain; CEEAC ⁴ : Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale devenue la CEMAC : Communauté économique et monétaire des Etats de l'Afrique centrale; UDEAC : Union douanière et économique d'Afrique centrale), soit ces Etats et ceux extérieurs à cette zone (CEAO : Communauté économique de l'Afrique de l'ouest ⁵; CEDEAO ⁶: Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'ouest)...

Il en résulte, sur le plan institutionnel et normatif, un grand réseau complexe d'intégration juridique dont la présentation générale montre la complémentarité et la concurrence de ces organisations. Cette présentation fait apparaître une intégration juridique **sectorielle** en dehors de l'OHADA et une intégration juridique **généralisée** par l'OHADA.

¹ Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Conakry, Guinée équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo. Le Traité comprend 63 articles; des règlements sont prévus pour son application; ils sont pris par le Conseil des Ministres à la majorité absolue (article 4).

L'OHADA a été précédée par des expériences qui ont fait long feu : le BAMREL (Bureau africain de recherches et d'études sur les législations) qui n'a jamais ou peu fonctionné; l'OCAM (organisation de coopération africaine et malgache) qui a été dissoute en 1986 mais dont les œuvres subsistent telles que les conventions interafricaines de sécurité sociale ou de coopération judiciaire.

² La Conférence des chefs d'Etat avait désigné un Directoire chargé de la mise en œuvre du projet et d'assurer le fonctionnement de l'OHADA durant la période antérieure à la mise en place de ses organes. Ce Directoire était composé de trois hauts magistrats : Kéba MBAYE, ancien Président de la Cour suprême du Sénégal, ancien vice-Président de la Cour internationale de Justice de la Haye; Martin KIRSCH, Conseiller honoraire à la Cour de cassation; Michel GENTOT, Conseiller d'Etat.

³ Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal, Togo.

⁴ Angola, Burundi, Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée équatoriale, Rwanda, Sao Tomé et Príncipe, Tchad, Zaïre.

⁵ Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal.

⁶ Bénin, Burkina Faso, Cap vert, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée Bissau, Liberia, Mali, Mauritanie, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Leone, Togo.

L'intégration juridique sectorielle en dehors de l'OHADA. En dehors de l'OHADA, on observe une intégration juridique dans des domaines particuliers plus ou moins vastes et ramifiés. Il en est ainsi de l'harmonisation des législations sociales et des législations économiques.

L'harmonisation des législations sociales s'observe surtout dans le domaine de la sécurité sociale à travers deux instruments : la convention générale de sécurité sociale de l'OCAM et la CIPRES.

L'harmonisation des législations économique se remarque dans des secteurs juridiques et économiques bien précis : la propriété intellectuelle (OAPI)⁷; l'assurance (CIMA)⁸ et, d'une façon un peu plus large, dans le cadre de l'UEMOA et de la CEMAC (dans le secteur bancaire et monétaire principalement)..

L'intégration juridique généralisée dans le cadre de l'OHADA. L'OHADA a été créée pour dépasser les réalisations précédentes. Elle apparaît comme une organisation, sinon destinée, du moins apte à supplanter les précédentes en raison de la compétence qui lui est dévolue. La compétence de l'OHADA est conçue dans des termes très larges aussi bien sur le plan territorial que sur le plan matériel.

Sur le plan territorial, certes l'application des textes uniformes adoptés par l'OHADA (Actes uniformes) concerne exclusivement les Etats parties. Mais il est prévu (article 53) que l'adhésion au traité est ouverte, sans condition, aux Etats membres de l'OUA et, sous réserve d'approbation unanime des Etats parties, aux Etats non membres de l'OUA. Ainsi, l'OHADA est apte à dépasser la dimension de la zone franc et l'espace francophone et devient une rivale pour la CEA et la CEDEAO.

Sur le plan matériel, le domaine d'uniformisation envisagé par les Etats signataires est défini comme étant toute discipline du droit des affaires de nature à promouvoir les échanges régionaux et internationaux (texte du Préambule). Mais la priorité exprimée par le Traité est réservée aux matières suivantes (sans doute considérées comme constituant le noyau dur du droit économique) dans l'article 2 : "Entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime de redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure...". A cet effet, le Secrétaire permanent propose un programme annuel d'harmonisation du droit des affaires (article 11)⁹.

De la lecture du Traité (préambule et dispositions réglant la structure et le fonctionnement de l'Organisation elle-même) et des Actes uniformes intervenus dans les matières citées par l'article 2, il ressort que l'OHADA vise deux objectifs généraux et permanents : la sécurisation de

⁷ Organisation africaine de la propriété intellectuelle.

⁸ Conférence interafricaine du marché des assurances.

⁹ La compétence élargie de l'OHADA n'est pas sans soulever des problèmes ou des conflits avec d'autres organisations internationales ayant vocation à unifier le droit des affaires sur certains plans régionaux telles que l'UEMOA, la CIMA, l'OAPI, la CEDEAO... Récemment, la concurrence entre le règlement SYSCOA (Système comptable de l'ouest africain) de l'UEMOA et le projet d'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit et le plan comptables en a été l'illustration.

En outre, dans le souci de rendre efficace le droit harmonisé, compétence est donnée à l'OHADA pour prendre des dispositions d'incrimination pénale étant entendu que les Etats parties sont seuls à pouvoir déterminer les sanctions pénales encourues et s'engagent à les prévoir (article 5). Les auteurs d'autres traités tels que ceux de l'OAPI et de la CIMA n'ont pas eu la même réserve à cet égard.

Sont également exclues de la compétence de l'OHADA les sanctions administratives et les règles d'organisation administrative et judiciaire

l'environnement juridique des entreprises et la sécurisation de leur environnement judiciaire.

I. LA SECURISATION DE L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DES ENTREPRISES.

La sécurisation de l'environnement juridique des entreprises tient en deux propositions. Elle est réalisée, d'une part, par les avantages de la technique de l'uniformisation (surtout si celle-ci est généralisée) et, d'autre part, par les vertus du droit substantiel uniformisé résultant des Actes uniformes.

A. Les avantages d'une loi uniforme.

Les avantages d'une loi uniforme sont indéniables. On peut en présenter, au moins, trois. En effet :

- l'unité du droit des affaires a pour première conséquence **d'éliminer ou d'atténuer** les distorsions juridiques qui peuvent être à l'origine de déséquilibres économiques importants d'un pays à l'autre selon que les règles juridiques sont rigides ou libérales;

- le droit uniforme émanant d'une structure communautaire présente également l'avantage de sécurité; en effet, dès lors que l'on connaît une législation donnée (ne serait-ce qu'en l'appréhendant à la source communautaire), **on connaît par là même celle des autres pays de l'espace juridique intégré;**

- enfin, l'unité des règles de droit **élimine les conflits de lois** et les conséquences fâcheuses de leur solution (lenteur des procédures pour résoudre la question préalable de la loi compétente pour trancher un litige; choix d'une législation non prévue par les parties ou défavorable à leurs intérêts communs); en effet, dans la mesure où la loi des affaires est identique d'un pays à l'autre de la zone intégrée, il est indifférent que ce soit telle ou telle loi qui soit finalement retenue par le juge.

2) Le droit des affaires uniformisé par l'OHADA comporte aujourd'hui 2281 articles environ résultant du Traité, de deux Règlements de procédure et de huit Actes uniformes¹⁰ créant un univers juridique large et moderne suffisant, pour l'instant, pour que les entreprises puissent y évoluer en toute sécurité quotidiennement. Il concerne le droit commercial général, le droit des sociétés commerciales, le droit des sûretés, le droit des procédures collectives d'apurement du passif, les procédures de recouvrement des créances et les voies d'exécution ; le droit de l'arbitrage; le droit comptable.

Selon l'article 1er, l'OHADA a pour objet "l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration de règles simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées et par l'encouragement du recours à l'arbitrage".

Concrètement, le droit uniformisé réalise les objectifs suivants :

a) la rénovation du statut des entreprises (commerçants personnes physiques et sociétés commerciales; intermédiaires du commerce);

b) la réforme des baux commerciaux et du fonds de commerce;

c) la refonte de la vente entre professionnels;

¹⁰ *Droit commercial général ; Sociétés commerciales ; Sûretés ; Procédures collectives d'apurement du passif ; Procédures de recouvrement des créances ; Arbitrage ; Droit comptable ; Contrat de transport des marchandises par route*

d) la révision du droit comptable des entreprises;

e) le renforcement des garanties des créanciers (sûretés; voies d'exécution et de recouvrement; institution d'un registre du commerce et du crédit mobilier);

f) l'adéquation des procédures collectives d'apurement du passif aux difficultés des entreprises.

II. LA SECURISATION DE L'ENVIRONNEMENT JUDICIAIRE DES ENTREPRISES.

La crainte constante des entreprises africaines est l'insécurité judiciaire (procédures très longues, issues incertaines des litiges en raison de la formation imparfaite des magistrats ou d'autres causes moins avouables; instabilité de la jurisprudence; absence de transparence de celle-ci...). L'OHADA s'est donnée pour mission d'assainir l'environnement judiciaire des entreprises et cela, de trois façons : par la création d'une Ecole régionale supérieure de la magistrature (ERSM), d'une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et par l'adoption de certaines règles de procédures énergiques.

A. L'Ecole régionale supérieure de la magistrature.

A l'effet de créer un corps de magistrats et de personnels judiciaires aptes à appliquer de façon convenable le droit uniforme des affaires, il est institué une Ecole régionale supérieure de la magistrature qui concourt à la formation et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des Etats parties. Cette institution est importante pour trois raisons au moins.

1) En premier lieu, ce personnel judiciaire étant formé professionnellement et juridiquement de la même façon, quel que soit le pays auquel il appartient, est la garantie d'une bonne application du droit uniforme par les juridictions de première instance et d'appel qui sont, le plus souvent décisives dans un procès car, statistiquement, les recours en cassation sont rares.

2) Deuxièmement, la formation dispensée par cette Ecole concernera, non seulement les magistrats proprement dits, mais aussi les personnels judiciaires et para judiciaires (greffiers, syndics, huissiers, experts, avocats, notaires...).

3) Enfin, rien n'empêche de former ces personnes dans des domaines du droit uniformisé extérieurs à l'OHADA, tels que la propriété intellectuelle (OAPI), l'assurance (CIMA), la sécurité sociale (CIPRES, convention générale de sécurité sociale de l'OCAM), le droit bancaire et cambiaire (UEMOA, CEMAC), ce qui élargirait considérablement leur formation juridique.

B. La Cour commune de justice et d'arbitrage.

La CCJA (dont le siège se trouve à Abidjan) se voit attribuer plusieurs compétences concourant à préserver la cohérence et l'unité du droit uniformisé des affaires . Il convient donc de distinguer deux types de contentieux : celui du Traité et celui des Actes uniformes.

a) Le contentieux du Traité.

Le contentieux sur l'interprétation et l'application du Traité et de ses règlements

d'application (qui en font partie intégrante) est assuré par la CCJA (article 14)¹¹. Celle-ci est saisie et consultée à ce propos par tout Etat partie ou par le Conseil des Ministres ou par toute juridiction nationale¹².

b) Le contentieux des Actes uniformes et du droit des affaires en général.

Le contentieux des Actes uniformes peut être réglé de trois façons : par la voie consultative, la voie judiciaire celle de l'arbitrage.

b-1) La voie consultative

De la même façon que pour le Traité, la CCJA peut être consultée sur l'application ou l'interprétation d'un Acte uniforme par un Etat, le Conseil des ministres ou une juridiction.

b-2) La voie judiciaire.

Ce contentieux relève des juridictions nationales des premier et second degré (article 13). Par contre, dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes, **le recours en cassation** n'est possible que devant la CCJA (article 14) qui se prononce sur les pourvois formées contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions nationales du fond. En cas de cassation, elle évoque l'affaire et statue sur le fond sans renvoi à une juridiction nationale du fond.

Cette disposition consacre l'abandon de la souveraineté judiciaire des cours de cassation nationales des Etats parties pour assurer une efficace uniformisation de l'interprétation des Actes uniformes en évitant des interprétations divergentes. Certes, le pouvoir de la CCJA est limité à ce seul domaine mais celui-ci risque d'être élargi par le biais du lien de connexité pouvant exister, dans certains litiges, entre un point de droit non harmonisé et un autre qui l'est.¹³

b-3) La voie de l'arbitrage.

Malgré son appellation, la CCJA ne tranche pas les litiges en tant qu'arbitre. Son intervention, en la matière, est limitée à celle d'un Centre d'arbitrage : elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance et examine les projets de sentence (articles 21 à 26)¹⁴.

¹¹ Elle est composée de 7 juges élus au scrutin secret par le Conseil des Ministres pour sept ans renouvelables une fois.

¹² Dans ce dernier cas, le traité ne prévoit pas le mode de saisine mais nous pensons que la cour pourra être saisie par la voie de la question préjudicielle. Il est probable que cet avis ne s'impose pas à la juridiction nationale mais il prévaudra lorsque le litige sera porté devant la cour.

¹³ Deux maigres restrictions sont apportées à cette compétence de la CCJA : - d'une part, elle n'est pas compétente pour les décisions à caractère pénal même si celles-ci concernent les Actes uniformes; - d'autre part, elle ne peut être saisie pour se prononcer sur la compétence d'une juridiction nationale ayant statué en cassation sur une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes que si l'incompétence de la juridiction nationale comme juridiction de cassation a été préalablement soulevée devant celle-ci (article 18). Si la première restriction est aisément concevable, la seconde l'est moins car elle peut donner lieu à une collusion entre les parties pour détourner la compétence de la Cour commune.

¹⁴ Un Règlement d'application des dispositions sur ce point a été pris (à ne pas confondre avec l'Acte uniforme sur l'arbitrage qui vient d'être récemment adopté).

Le recours à la CCJA comme centre d'arbitrage n'est possible que si une convention d'arbitrage est signée entre les parties. Toute partie à un contrat peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le Traité de l'OHADA. Ce texte permet donc de soumettre à la procédure d'arbitrage ainsi prévue, non seulement les litiges relevant du droit uniformisé par l'OHADA, mais aussi des contentieux soumis à des règles du droit uniformisé des affaires relevant d'autres organisations internationales ou du droit national des affaires non uniformisé ou même relevant d'un droit non uniformisé.

Cette faculté de saisir la cour commune est accordée à toute partie qui a son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats parties ou dont le contrat est exécuté ou à exécuter en tout ou en partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties (article 27)¹⁵.

Les sentences arbitrales rendues conformément à ces dispositions ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de cet Etat.

Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur que la cour commune est seule compétente à rendre¹⁶.

3) Les règles de procédure devant les juridictions nationales.

La rénovation du droit des entreprises sans celle des règles de procédure était inconcevable car la plupart des codes de procédure civile des pays de l'espace OHADA étaient l'héritage de la France du début de ce siècle ou s'en inspiraient profondément malgré un millésime récent. Cette rénovation et ce renforcement se font sentir sur trois plans :

- **les règles de recouvrement de créances certaines, liquides et exigibles ont été simplifiées** non seulement par le fait que certaines procédures rapides d'injonction ont été allégées mais aussi parce que les créances susceptibles de bénéficier de cette simplification sont plus largement définies. A ce propos, notons une règle révolutionnaire inconnue en droit français : la possibilité pour une personne de droit privé de compenser ses dettes avec ce que lui doit une personne morale de droit public.

- **les voies d'exécution (saisies conservatoires et saisies ventes) ont été réformées pour les rendre plus efficaces** et renforcer les garanties des créanciers aussi bien en matière mobilière qu'immobilière.

- **le classement des créanciers pour la distribution des deniers** provenant de la réalisation des biens du débiteur **a été simplifié** pour le rendre d'un maniement très commode (plus commode que par le passé puisqu'il reproduisait le modèle français qui pourrait bien s'en inspirer aujourd'hui).

¹⁵ Cette disposition ne manquera pas de poser problème si l'une des parties est domiciliée ou réside habituellement dans un Etat partie alors que l'autre réside dans un Etat hors du champ OHADA ou encore si le contrat est formé et/ou s'exécute dans un Etat hors de ce champ ou encore si le contrat s'exécute dans deux Etats dont l'un seul fait partie de l'espace OHADA.; il est douteux, dans ces cas, que la volonté d'une seule des parties suffise à déclencher l'application de la procédure d'arbitrage prévue par le traité OHADA.

¹⁶ L'exequatur ne peut être refusé que dans quatre cas : si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle (le traité ne précise pas si la nullité concerne la convention d'arbitrage ou la convention faisant l'objet du litige); si la nullité est prononcée par la cour commune ou par une juridiction nationale); si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée; lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté; si la sentence est contraire à l'ordre public.

En conclusion, l'OHADA apparaît, parmi les instruments d'intégration juridique, comme le plus puissant et le mieux adapté à une telle mission. Ceci étant, il subit la concurrence des autres organisations cantonnées dans des limites territoriales ou de spécialité et incapables de résoudre les divergences jurisprudentielles dans l'application des droits uniformisés par elles faute de disposer d'une cour de cassation commune. Aussi, n'est-il pas déraisonnable de suggérer que toutes les organisations concernées par l'action d'intégration juridique s'accordent entre elles pour harmoniser...l'harmonisation.