

La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA

Jean Yado Toé *

1. L'euphorie consécutive à l'avènement du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis (Maurice) le 17 octobre 1993, était d'autant plus légitime que, contrairement aux structures d'intégration économique ¹, plusieurs fois recommencées tant à l'ouest qu'au centre de l'Afrique et qui ont, les unes comme les autres, de la peine à trouver leurs marques, l'OHADA innove par une démarche qui, à défaut d'être véritablement nouvelle dans ses procédés ², ambitionne de couvrir un champ très vaste, celui du droit des affaires, au contenu par ailleurs élastique comme l'ont voulu les rédacteurs du traité. Elle a permis à l'organisation d'être particulièrement dynamique puisque, entre 1997 et 2003, huit actes uniformes, totalisant plus de 2100 articles, ont été pris par le Conseil des ministres soit, en moyenne, un peu plus d'un acte uniforme par an.

En se référant à l'objet du Traité, annoncé d'emblée dans le préambule et repris à son article 1^{er}, et qui consiste en *"l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes*

* Maître assistant de droit privé à l'Université de Ouagadougou (Burkina Faso).

Rapport présenté au Colloque sur "L'harmonisation du droit OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007, ayant notamment pour objet la discussion de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (2005) élaboré par UNIDROIT à la demande de l'OHADA. Ce texte, ainsi que la Note explicative y relative rédigée par le Professeur Marcel FONTAINE sont accessibles sur le site Internet d'UNIDROIT (<<http://www.unidroit.org>>) et sont reproduits en annexe au présent volume.

¹ Sur les différents traités d'intégration économique qui ont vu le jour, par exemple en Afrique de l'Ouest, v. Jean Yado TOÉ, "Quel ordre juridique dans les Etats de l'Afrique de l'Ouest ?", in : *Actes du Séminaire sous-régional sur La sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA, Ouagadougou, 6-10 octobre 2003*, Ed. GIRAF (2004), 15-32, n° 8-9.

² Sur les traités d'harmonisation du droit, *ibid.*, n° 11-16.

simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies”, il est incontestable que le bilan de l’OHADA est largement positif.

2. Mais notre propos n’est pas de scruter ce bilan, encore qu’il soit difficile de poser la problématique actuelle de l’harmonisation du droit des affaires en faisant l’impasse sur ce bilan. Nous voudrions par contre relever que s’il est exagéré de dire que l’enthousiasme du départ s’est estompé, force est de constater qu’il accuse, non dangereusement nous l’espérons, une accalmie. Le dernier acte uniforme, celui relatif aux contrats de transport de marchandises par route, date de 2003. Non pas que l’on doive s’attendre à ce que le rythme d’un acte uniforme par an soit maintenu – après tout, pour être élastique, le droit des affaires n’est pas sans limite – mais on observe, non sans quelques appréhensions, que les chantiers en cours ont du mal à aboutir. Nous pensons notamment aux projets d’actes uniformes sur le droit du travail et sur le droit des contrats. Ce Colloque de Ouagadougou qui réunit tant de sommités du droit, témoigne assez éloquemment, nous semble-t-il, des difficultés du moment puisqu’à notre connaissance, c’est la première fois qu’une manifestation du genre précède l’adoption d’un acte uniforme.

Il convient alors de s’interroger sur ce qui pose problème et de proposer des pistes de réflexion susceptibles de déboucher sur des solutions de nature à insuffler un dynamisme nouveau à l’organisation. On peut, pour ce faire, se placer à deux points de vue pour, d’une part, observer l’OHADA en tant qu’institution et, d’autre part, l’apprécier dans la conduite de ses activités.

I. – LA PROBLEMATIQUE DE L’HARMONISATION DU POINT DE VUE DES INSTITUTIONS ET DES ORGANES

3. La technique utilisée par l’OHADA pour l’harmonisation du droit des affaires est celle de l’unification des règles matérielles. L’article 6 du Traité institue le Conseil des ministres des Etats Parties comme organe législatif et précise que c’est le Secrétariat permanent de l’institution qui, en concertation avec les gouvernements de ces Etats, prépare les règles communes appelées actes uniformes.

Pour être pleinement efficace, l’unification des règles matérielles doit s’accompagner de l’uniformisation de l’interprétation de celles-ci. Cette tâche est dévolue à la Cour commune de justice et d’arbitrage (CCJA) créée par l’article 14 du Traité et qui l’institue comme juge de cassation, étant entendu qu’en première instance et en appel, ce sont les juridictions des Etats parties

qui sont compétentes pour le contentieux relatif à l'application des actes uniformes³.

Enfin, même si les actes uniformes n'interviennent pas toujours pour combler un vide législatif – la plupart des matières dans lesquelles ils sont intervenus faisant déjà l'objet de réglementations nationales – il reste que leur diversité thématique et le rythme accéléré, prévisible, de leur adoption, nécessitent, sinon une formation de base, du moins une mise à niveau des personnels judiciaires que sont les magistrats et les auxiliaires de justice. Et c'est pour concourir à cette tâche de formation et de perfectionnement que l'Ecole régionale supérieure de la magistrature a été créée par l'article 41 du Traité.

4. On ne saurait soutenir sérieusement que ces institutions et ces organes ont mal fonctionné jusque-là au regard du bilan de l'OHADA. Cependant, plus d'une décennie de fonctionnement a éprouvé la machine, ce qui explique que l'on veuille, çà et là, lui apporter quelques correctifs.

5. Dans ce sens, différents projets de réforme sont à l'étude au niveau des instances de l'OHADA et qui concernent le fonctionnement de ses institutions et organes. Ils tendent soit à résoudre des problèmes que rencontre l'organisation parfois depuis sa création, soit à anticiper sur son devenir. On peut en retenir quatre.

A. La répartition des sièges des institutions et la répartition des fonctions au sein des organes

6. Le premier de ces projets, sans parti pris aucun quant à son importance ou à l'urgence de sa mise en œuvre, est celui de la reconsidération de la répartition, d'une part, des sièges des différentes institutions entre les Etats membres et, d'autre part, des fonctions au sein de ces institutions.

Pour éviter de poser des obstacles à sa signature et de compromettre le démarrage rapide des activités de l'organisation, le Traité OHADA avait fait l'impasse sur ces questions éminemment politiques. C'est en marge du Traité, par des dispositions informelles⁴, qu'elles ont été par conséquent réglées. Mais on sait que différer la solution d'un problème n'est pas résoudre ce problème. Les questions éludées au moment de la signature du Traité ressurgissent aujourd'hui et il convient de leur apporter des réponses adéquates.

La répartition des sièges des institutions relève désormais du fait accompli pour une raison évidente : l'impossibilité de transfert des immobilisations. Par

³ Art. 13 du Traité.

⁴ Arrangements mis au point à N'Djamena, 16-18 avril 1996.

contre, la non-résolution de la question de la répartition des fonctions au sein des institutions peut être une cause de blocage de celles-ci et de frustration de ceux des Etats qui sont exclus du bénéfice des dispositions informelles ayant préconisé cette répartition. Aussi faut-il se féliciter de ce que, dans le Traité révisé, il soit proposé, entre autres réformes, un seul mandat, non renouvelable, pour les juges de la CCJA et le remplacement d'un juge en fin de mandat par un juge ressortissant d'un autre Etat membre.

B. La création d'organes nouveaux

7. Le deuxième projet de réforme a trait à la création d'organes nouveaux : la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, le Comité des experts près le Conseil des Ministres et les Commissions nationales. A ce niveau, une mise en garde s'impose : éviter la multiplication des instances parce qu'elle se traduit souvent par une dispersion des moyens, une lourdeur dans les procédures et, pourquoi pas, une dilution des responsabilités.

On s'étonne ainsi que l'on veuille créer une Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement. Ce n'est pas à dire que la création d'une telle instance est sans intérêt puisqu'elle pourrait, entre autres choses, coordonner l'action de l'OHADA avec celle d'autres organisations interafricaines d'intégration économique et d'unification du droit. Mais au regard de son bilan largement positif et qui fait légitimement sa fierté, ne peut-on pas conclure que l'OHADA fonctionne bien ? Et si tel est le cas, quel besoin a-t-on d'une conférence des chefs d'Etat et de gouvernement qui transformerait incontestablement l'OHADA en un organe politique alors qu'elle a été conçue à l'origine comme un organe technique d'harmonisation du droit ? La création de cette instance s'impose d'autant moins que des organisations comme l'OAPI⁵ et la CIMA⁶ qui sont aussi des organisations dont l'objet est l'harmonisation du droit dans leurs domaines spécifiques respectifs, n'en sont pas dotées. Les avantages attendus de sa création peuvent être obtenus autrement, notamment par les consultations informelles si coutumières aux chefs d'Etat africains.

8. Toujours au titre des créations nouvelles, on projette d'institutionnaliser et de pérenniser un comité d'experts dont le Conseil des ministres avait pris l'habitude de solliciter le concours pour l'examen de certaines questions d'une grande technicité tel le droit comptable. Un tel comité existe au sein des instances de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA)⁷. De

⁵ Organisation africaine de la propriété intellectuelle.

⁶ Conférence interafricaine des marchés d'assurance.

⁷ Art. 25 du Traité UEMOA.

même, le Traité révisé de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) prévoit huit commissions techniques dans divers domaines du champ d'action de l'organisation⁸ dont, d'ailleurs, les modalités de fonctionnement et les attributions sont différentes de celles du comité des experts de l'UEMOA. Quoiqu'il en soit, comparaison n'est pas raison. Le champ d'intervention d'une organisation d'intégration économique est bien trop vaste et les questions à débattre souvent bien trop complexes et diverses, pour ne pas justifier le recours du Conseil des ministres à des comités d'experts. Dans une organisation d'harmonisation du droit par contre, les questions à débattre sont essentiellement d'ordre juridique et ce n'est qu'exceptionnellement que le recours à des compétences autres que juridiques peut s'avérer nécessaire. La création d'un comité d'experts ne s'impose donc pas, surtout lorsque sa consultation doit être obligatoire comme le préconise le projet de réforme.

9. On peut, dans le cadre de l'OHADA, se satisfaire des Commissions nationales. Celles-ci ne sont pas une création du Traité. Elles se sont imposées pour des nécessités pratiques. Elles ne contredisent d'ailleurs nullement l'esprit du Traité, puisque, dans la procédure d'élaboration des actes uniformes, le Secrétariat permanent travaille en concertation avec les gouvernements des Etats parties⁹. Cette concertation, on s'en doute bien, étant difficilement concevable avec les gouvernements considérés ès qualité, c'est bien par des organes administratifs du genre commissions qu'ils auront mis en place qu'elle s'effectuera. La consécration juridique des commissions nationales dans le cadre de la révision du Traité serait donc une décision pertinente dans son principe. Sur le plan pratique, elle aurait en outre l'avantage d'obliger tous les Etats parties à s'en doter et à les organiser dans un cadre légal uniforme.

C. La réforme des organes existants

10. Au titre des institutions, le Traité OHADA prévoit un Conseil des ministres¹⁰, une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA)¹¹, un Secrétariat permanent¹² et une Ecole régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA)¹³. Le Conseil des ministres et le Secrétariat permanent sont des organes très classiques et il ne semble pas qu'ils aient, jusqu'ici, posé quelque

8 Art. 22 du Traité CEDEAO.

9 Art. 6 du Traité.

10 Art. 27 à 30.

11 Art. 31 à 39.

12 Art. 40.

13 Art. 41.

problème que ce soit. La question des réformes se pose plutôt au niveau des deux autres organes.

11. En ce qui concerne la CCJA, il est question de revoir et sa composition et sa compétence. L'article 31 du Traité fixe à sept le nombre de juges. Ces derniers, qui doivent être des ressortissants des Etats membres, sont élus pour un mandat de sept ans renouvelable une fois. La Cour ne peut pas comprendre plus d'un ressortissant d'un même Etat.

Actuellement, le nombre de juges paraît manifestement insuffisant, ne serait-ce qu'en raison de la diversité des attributions de la Cour qui sont celles d'une cour de cassation avec possibilité d'évocation du fond en cas de cassation, d'un centre d'administration de l'arbitrage, et d'un organe consultatif, notamment dans le processus d'élaboration des actes uniformes. Il peut donc paraître amplement justifié de réviser à la hausse leur nombre. Par contre, il est imprudent de faire correspondre, comme le projette la révision du Traité, le nombre de juges à celui des Etats parties. Incontestablement, une telle décision dénaturerait la Cour parce qu'elle la transformerait en un organe de représentation des intérêts des Etats. Et que deviendrait-elle si, au fil des adhésions, le nombre d'Etats parties augmentait considérablement? Sans doute une assemblée pléthorique dont la charge financière pourrait s'avérer insupportable pour les Etats. Il faut donc savoir raison garder.

12. Plus complexe est la question de la compétence de la Cour, compétence que ne cessent de critiquer les cours de cassation nationales. Celles-ci, dans le cadre de l'Association africaine des Hautes juridictions francophones, ont envisagé une formule qui *"est celle de la rétrocession de la compétence avec précision d'un délai raisonnable dans lequel les juridictions nationales auront à rendre leurs décisions. En référence aux statistiques de la CCJA, il est proposé un délai de douze (12) mois au bout duquel la juridiction nationale pourrait être dessaisie par pourvoi du justiciable. Cette formule qui paraît manifestement idoine permettrait en même temps la célérité des affaires, la réduction des coûts liés aux procédures et offrirait au justiciable la possibilité de se faire rendre justice dans un délai acceptable"*.

La proposition ne manque pas d'inconvénients malgré l'optimisme de ses auteurs. Le premier de ces inconvénients est qu'elle consacre le retour pur et simple aux systèmes judiciaires nationaux antérieurs dont les différents maux ont justifié en partie la création de la CCJA (absence de publication des décisions, lenteur des procédures de cassation par le système de renvoi à une juridiction nationale, etc.). En second lieu, le *"délai acceptable"* que vise la proposition pourrait bien être, dans nombre de cas, le délai moyen des procé-

dures de cassation devant la CCJA auquel viendrait s’ajouter le temps perdu devant la juridiction nationale. Enfin, et ce n’est pas le moindre des inconvénients de la formule préconisée, en transférant aux juridictions nationales le contentieux relatif à l’application du Traité et des normes dérivées, on dessaisit du même coup la CCJA du contentieux de l’application du Traité, et donc son interprétation, situation tout à fait singulière au regard des principes du droit international public qui réservent à la juridiction internationale ou supranationale la compétence pour l’interprétation du Traité créant l’organisation internationale à laquelle elle appartient. Les inconvénients évidents de la formule l’emportent largement sur ses avantages supposés. Elle ne nous paraît pas devoir être retenue.

13. La deuxième institution dont la réforme est envisagée est l’Ecole régionale supérieure de la magistrature. La mission principale de l’ERSUMA définie dans le Traité est de concourir à la formation et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des Etats parties. Elle s’est convenablement acquittée de cette mission. Si, pendant les premières années de la vie de l’institution, il était urgent de former en priorité ces catégories de personnels, cette priorité, qui doit être maintenue, ne devrait pas empêcher l’ERSUMA d’élargir ses cycles de formation tant à des personnels nouveaux (personnels des entreprises publiques ou privées, membres des organismes professionnels) qu’à des matières nouvelles relevant aussi du droit des affaires (droit de la propriété intellectuelle, droit des assurances, normes dérivées des organisations d’intégration économique).

L’ERSUMA est destinataire – ou devrait l’être – d’un nombre considérable d’informations de sources diverses (Conseil des ministres, CCJA, Secrétariat permanent), sources qu’elle pourrait utilement élargir aux autres organisations d’harmonisation du droit ou d’intégration économique et aux Etats (collecte des législations et des jurisprudences internes). Elle constituerait de ce fait un centre de documentation important susceptible de faire d’elle un pôle d’excellence dans la recherche, complément indispensable à son activité d’enseignement et de formation.

D. L’institution de quatre langues de travail

14. Le Traité OHADA a été signé en 1993 entre quatorze Etats francophones. Depuis, deux autres Etats y ont adhéré, un Etat lusophone (Guinée Bissau, 1994) et un Etat hispanophone (Guinée équatoriale, 1999). Des Etats anglophones marquent de plus en plus de l’intérêt pour l’organisation. Cette extension, actuelle et à venir probablement, fait que l’article 42 du Traité qui

prévoit que le français est la langue de travail de l'OHADA pose aujourd'hui problème. On pense le résoudre, dans le cadre de la révision du Traité, en instituant quatre langues de travail. Ici aussi une mise en garde s'impose, tout comme pour la multiplication des instances. La traduction des documents et l'interprétation des conférences en autant de langues peuvent grever considérablement les budgets des institutions. Plus généralement, l'extension excessive de l'organisation peut déboucher sur des lourdeurs préjudiciables à leur efficacité. Si néanmoins la décision devait être prise, il serait sage de s'entourer de précautions, par exemple en faisant produire aux documents publiés dans la langue originelle de l'OHADA tous leurs effets avant la traduction dans les autres langues, ou en accordant uniquement foi à la version publiée dans cette langue en cas de divergence entre différentes traductions.

15. Le problème de l'institution de quatre langues de travail découle en réalité de celui de l'extension de l'espace OHADA. L'organisation peut-elle, sans risque pour elle-même et son action, s'ouvrir à toute l'Afrique ? Sans vouloir cultiver l'esprit de club francophone, la réponse nous paraît devoir être négative, au moins pour deux raisons. La première a été exposée précédemment et qui est le risque d'alourdissement du fonctionnement de l'OHADA, tant du point de vue des moyens, financiers notamment, à mettre en œuvre, qu'à celui des procédures dans la concertation et la négociation pour l'élaboration et l'adoption des actes uniformes.

La seconde raison est plus fondamentale et d'ordre juridique. L'uniformisation du droit des affaires s'est réalisée jusque-là sans trop de difficultés parce que les différents Etats partagent un même tronc législatif, celui légué par la France, ou en tout cas appartiennent à la famille civiliste du droit. Il s'ajoute donc à la communauté de langue, conjugée avec la même tradition des affaires, une communauté de concepts juridiques qui facilitent considérablement la préparation des actes uniformes. Ces avantages peuvent encore être maintenus avec l'adhésion de pays comme la République démocratique du Congo, le Rwanda, le Burundi, São Tomé et Príncipe. Mais ils se perdent à coup sûr avec l'extension de l'OHADA à des pays de tradition juridique différente en raison des différences, voire des antinomies, qui peuvent exister entre les concepts d'une famille juridique à l'autre.

16. Nous n'entendons nullement soutenir que l'OHADA doit vivre repliée sur elle-même. Elle le voudrait que la nécessité des échanges économiques l'obligerait à s'ouvrir au reste de l'Afrique. Pour cette raison, elle doit plutôt définir et mener une politique dynamique de promotion de son droit qui semble exercer tant d'attrait sur les Etats non parties au Traité et de fascination

au-delà du continent africain. Mais on ne partage volontiers qu’avec ceux qui veulent bien partager. Tout en œuvrant à la promotion de son droit, l’OHADA doit être réceptive à l’apport des autres familles juridiques. On comprend, dans ces conditions, tout l’intérêt que présente l’enseignement du droit comparé.

Toutes ces réformes institutionnelles ont pour ambition de donner plus d’efficacité à l’OHADA dans la conduite de ses actions dont la principale est, bien évidemment, l’harmonisation du droit des affaires.

II. – LA PROBLEMATIQUE DE L’HARMONISATION DU POINT DE VUE DE LA CONDUITE DES ACTIVITÉS

17. L’OHADA s’acquitte de sa mission d’harmonisation du droit des affaires avec une rare efficacité. On rappelle qu’à ce jour huit actes uniformes ont déjà été adoptés, portant successivement sur le droit commercial général, le droit des sociétés commerciales et du groupement d’intérêt économique, l’organisation des sûretés¹⁴, l’organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d’exécution¹⁵, les procédures collectives d’apurement du passif¹⁶, le droit de l’arbitrage¹⁷, l’harmonisation des comptabilités des entreprises¹⁸, les contrats de transport de marchandises par route¹⁹, auxquels il faut ajouter trois règlements relatifs à la procédure d’arbitrage, à la procédure devant la CCJA et à l’organisation de l’ERSUMA. A l’exception donc du droit du travail pour lequel un projet d’acte uniforme est en préparation, toutes les matières énumérées par l’article 2 du Traité comme entrant dans le domaine du droit des affaires font actuellement chacune l’objet d’un acte uniforme. Au titre des actes uniformes en cours de préparation, il y a, outre celui concernant le droit du travail déjà cité, ceux relatifs au droit des coopératives et des mutuelles, au droit de la consommation, au droit bancaire, au droit de la concurrence et au droit des contrats et de la preuve, objet du présent colloque. Cette efficacité, dont il faut bien reconnaître qu’elle devrait susciter l’envie de bien d’autres organisations interafricaines, ne doit

¹⁴ Tous adoptés à Cotonou le 17 avril 1997 et entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

¹⁵ Adopté à Libreville le 10 avril 1998 et entré en vigueur le 10 juillet 1998.

¹⁶ Adopté à Libreville le 10 avril 1998 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999.

¹⁷ Adopté à Ouagadougou le 11 mars 1999 et entré en vigueur le 9 juin 1999.

¹⁸ Adopté à Yaoundé le 24 mars 2000 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001 pour les comptes personnels des entreprises, et le 1^{er} janvier 2002 pour les comptes consolidés et les comptes combinés des entreprises.

¹⁹ Adopté à Yaoundé le 22 mars 2003 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

cependant pas occulter les problèmes qui se posent dans l'élaboration des actes uniformes et dans leur application.

A. L'élaboration des actes uniformes

18. A ce niveau, deux problèmes d'importance méritent d'être retenus relativement au choix des matières à uniformiser et à la procédure d'élaboration des actes uniformes.

a) Le choix des matières à uniformiser

19. Le problème du choix des matières à uniformiser se pose parce que, après avoir énuméré les matières entrant dans le domaine du droit des affaires, l'article 2, *in fine*, du Traité annonce que "toute autre matière" peut y être incluse sur décision unanime du Conseil des ministres. Ainsi formulée, la disposition permet pratiquement de faire entrer dans le droit des affaires n'importe quelle matière du droit privé puisqu'elle n'indique pas de critère d'inclusion. Aussi ne serait-il pas contraire au Traité d'inclure dans le domaine du droit des affaires des matières considérées traditionnellement comme constituant des matières propres du droit civil, tels le droit des personnes et de la famille, les régimes matrimoniaux, les successions, ou les libéralités, parce que, à maints égards, elles peuvent être saisies par le droit des affaires. Il en est ainsi du nom patronymique qui peut servir aussi de nom commercial et être soumis à des règles particulières différentes de celles du droit civil.

Il n'est donc pas exagéré d'avancer que la rédaction actuelle de cet article 2, *in fine*, constitue une imprudence de la part des signataires du Traité puisque, en théorie, son application peut conduire, aux dépens des parlements nationaux, à un abandon total de souveraineté dans le domaine du droit privé. Il serait donc sage que l'OHADA puisse s'imposer des limites à l'harmonisation et ne pas tomber dans la frénésie de légiférer. Cette auto-discipline peut se fonder sur deux considérations que sont la spécialité du droit des affaires et la concurrence d'autres organisations.

20. En partant des matières énumérées à l'article 2 du Traité, on constate que le droit des affaires n'est pas une matière spécifique mais plutôt un assemblage de disciplines juridiques diverses obéissant, dans bien des domaines, aux règles du droit commun. Il faut donc prendre garde à ne pas glisser du premier dans le second. Il ne faut pas que l'OHADA éprouve un sentiment de désœuvrement ou d'inutilité parce qu'à un moment donné elle n'aurait pas de projets d'actes uniformes en chantier. L'harmonisation tous azimuts pourrait transformer les systèmes juridiques nationaux en un écheveau juridique difficile à démêler. L'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats peut être utilement retenu

pour illustrer notre propos. Le droit des contrats concerne aussi bien les contrats civils que les contrats commerciaux. L'adoption de l'acte uniforme y relatif aura pour conséquence de rendre la CCJA compétente en cassation sans qu'il y ait lieu de distinguer selon le caractère du contrat. On s'éloignerait ainsi du droit des affaires pour un pan important du contentieux qui, normalement, devrait ressortir à la compétence des cours de cassation nationales, celui relatif aux contrats purement civils.

La conséquence n'est pas plus heureuse même si l'on choisit de répartir le contentieux du droit des contrats entre les cours de cassation nationales et la CCJA selon que le contrat est civil ou commercial. Dans cette hypothèse en effet, il y a beaucoup de risques que, sur un même point de droit, cours de cassation nationales et CCJA aboutissent à des solutions contraires, préjudiciables finalement à la sécurité juridique et judiciaire.

21. L'autodiscipline de l'OHADA peut se fonder également sur l'idée qu'elle n'est pas la seule, ni même la première organisation²⁰, à œuvrer pour l'uniformisation du droit. Son champ d'intervention est certes plus vaste, mais la considération pour les autres organisations devrait la conduire à ne pas s'immiscer dans leurs domaines spécifiques de compétence. En outre, les organisations d'intégration économique ont également vocation à générer un droit dérivé dans des matières qui peuvent se recouper, sinon correspondre, avec celles de l'OHADA. Il est donc nécessaire que celle-ci observe une grande prudence dans le choix des matières à uniformiser et, au besoin, après concertation avec les autres organisations. Il y va de l'efficacité du droit et de la sécurité juridique et judiciaire.

On peut conclure sur ce point en suggérant qu'avant d'aller plus loin dans son œuvre législative, l'OHADA pourrait marquer une pause pour évaluer le travail accompli et lui apporter les correctifs et compléments nécessaires. On observe, à l'analyse, que les actes uniformes en vigueur ne sont pas toujours exempts de reproches dans leurs contenus²¹. Parfois par exemple, on relève dans certaines de leurs dispositions des contradictions internes.

²⁰ L'ont précédée en effet l'UMOA (Union monétaire ouest africaine) dans le domaine bancaire, l'OAPI dans le domaine de la propriété intellectuelle, et la CIMA dans celui des assurances.

²¹ Il y a, par exemple, une contradiction interne manifeste dans l'art. 95 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général qui, tout en autorisant le bailleur à s'opposer au droit au renouvellement du bail sans avoir à payer l'indemnité d'éviction s'il envisage de démolir l'immeuble comprenant les lieux loués et de le reconstruire, lui impose, sous peine de payer cette même indemnité d'éviction, d'offrir au preneur un bail dans les locaux reconstruits.

22. En outre, l'OHADA n'a jusque-là uniformisé que les règles matérielles du droit des affaires, sans s'être pratiquement jamais préoccupée de la question des conflits de lois, pourtant essentielle dans la mesure où les actes uniformes laissent subsister les dispositions du droit national du moment qu'elles ne leur sont pas contraires. Une unification des règles de conflits peut concourir à accroître l'efficacité des actes uniformes en supprimant ou en réduisant les risques de conflits entre les dispositions des droits nationaux.

Enfin, en réservant aux Etats parties la compétence pour édicter les sanctions pour les incriminations pénales qu'ils prévoient, les actes uniformes pourraient favoriser l'apparition de paradis pénaux, faute d'uniformisation de ces sanctions. Plus grave, ils pourraient conduire à ce résultat absurde qu'en cas de pourvoi en cassation portant sur une infraction pénale, celui-ci soit partagé entre la CCJA compétente pour apprécier si le délit est constitué, et la cour de cassation nationale compétente pour apprécier la légalité de la sanction.

Nous n'occultons pas la difficulté qu'il y a à résoudre cette dernière problématique en raison du refus systématique des Etats à transférer à des organisations internationales cet attribut essentiel de leur souveraineté qu'est le droit de punir²². On observe ce refus dans le droit communautaire de l'UEMOA qui ne revêt pas les ententes et les abus de position dominante d'un caractère pénal. Par conséquent, les sanctions pécuniaires prononcées contre des entreprises ou associations d'entreprises ayant contrevenu à ses dispositions n'ont pas un caractère pénal²³. Par contre, dans le domaine des assurances et de la propriété intellectuelle, le Code CIMA²⁴ et les Annexes de l'Accord de Bangui²⁵ édictent des incriminations pénales ainsi que leurs sanctions, mais ce contentieux pénal ressortit à la compétence des juridictions étatiques et non à celle d'une juridiction supranationale comme la CCJA. La

²² V. Ndiaw DIOUF, "Actes uniformes et droit pénal des Etats signataires du Traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA", *Revue Burkinabé de droit*, n° spécial (2001), 63-74.

²³ Art. 22, § 4, du Règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine.

²⁴ Art. 333 à 333-14 et 545.

²⁵ Art. 58 à 67 de l'Annexe I relative aux brevets d'invention ; art. 41 à 49 de l'Annexe II relative aux modèles d'utilité ; art. 37 à 46 de l'Annexe III relative aux marques de produits ou de services ; art. 25 à 28 de l'Annexe IV relative aux dessins et modèles industriels ; art. 16 de l'Annexe V relative aux noms commerciaux ; art. 17 de l'Annexe VI relative aux indications géographiques ; art. 37 et 38 de l'Annexe IX relative aux schémas de configuration (topographiques) de circuits intégrés ; art. 43 à 51 de l'Annexe X relative à la protection des obtentions végétales.

question de la répression des infractions est donc différemment résolue d’une organisation à l’autre.

b) La procédure d’élaboration des actes uniformes

23. Tirant leçon des reproches qui peuvent être faits aux actes uniformes déjà pris, et en considération des difficultés d’aboutissement de certains de ceux qui sont en cours d’élaboration, leur procédure d’élaboration gagnerait à être revue et complétée. Il ne suffit pas de donner mandat à un expert pour conduire la rédaction d’un avant-projet d’acte uniforme. Il faut également donner un contenu précis à sa mission. Dans la pratique, cette précision est donnée dans les termes de référence que doit élaborer celui qui commande l’étude et qui indique ainsi à l’expert non seulement l’objet de sa mission, mais aussi les contours précis du travail attendu. L’OHADA doit se soumettre à cette procédure si elle veut gagner en efficacité dans l’élaboration des actes uniformes.

B. L’application des actes uniformes

24. L’insertion des actes uniformes dans l’ordre juridique national est un préalable à leur application. L’article 10 du Traité règle la question en décidant que *“Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure”*. La règle est simple dans son principe mais, sur le plan pratique, elle soulève nombre de difficultés qui ne peuvent être surmontées que par des actions complémentaires internes entreprises par les Etats. Ces actions se situent à plusieurs niveaux.

25. En premier lieu, le nombre élevé des Etats Parties au Traité OHADA ne pouvait pas permettre que les actes uniformes soient rédigés avec la précision nécessaire en raison, notamment, des différences dans l’organisation judiciaire de ces Etats. Cette contrainte a conduit les rédacteurs des actes uniformes à user de termes et d’expressions génériques qui ne facilitent pas toujours leur compréhension et, partant, leur application efficiente. Il convient donc que chaque Etat partie, dans le cadre d’une relecture des actes uniformes, substitue à ces termes et expressions génériques ceux qui sont propres au droit national.

26. Par ailleurs, du fait que *“Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure”*, ils abrogent les dispositions du droit national qui leur sont contraires. Chaque législateur national devrait par conséquent procéder à l’élégage des textes nationaux pour en expurger les

dispositions qui seraient contraires aux actes uniformes. Il n'est pas sûr cependant que cet élagage résolve entièrement la question, non seulement parce que des dispositions pourraient lui échapper – il en est ainsi de toute œuvre de recensement – mais aussi parce que les lois nationales abrogatives pourraient être discutées par les justiciables quant à leur contrariété aux actes uniformes, la solution finale et définitive appartenant à la CCJA.

27. On a déjà relevé que les actes uniformes édictent parfois des incriminations pénales mais sans prévoir leurs sanctions, volontairement laissées par le Traité à la compétence des Etats. Le droit uniforme de l'OHADA perdra en partie de son effectivité s'il n'est pas complété sur ce point par le droit interne.

28. Parfois enfin, les actes uniformes renvoient à des dispositions du droit national, tant matériel que procédural, qu'il faut clairement identifier et faire figurer dans l'acte uniforme pertinent et à l'endroit qui convient.

Ce travail de mise en conformité du droit uniforme OHADA avec le droit national et vice-versa, a déjà été entrepris dans certains Etats dont le Burkina Faso, où il reste à le faire adopter par la représentation nationale.

*
* *

29. L'unification du droit des affaires par l'OHADA est une œuvre sans précédent dans l'histoire du droit moderne africain en raison de l'étendue de son champ d'application et de son caractère systématique. L'exaltation avec laquelle l'organisation s'acquitte de cette tâche explique le rythme soutenu d'élaboration des actes uniformes. Pourtant, il faut savoir raison garder et ne pas considérer l'entreprise comme une course de vitesse. Son bilan ne doit pas être apprécié par rapport au nombre d'actes uniformes pris dans le laps de temps le plus court possible. Après dix années d'une intense activité législative, n'est-il pas sage de marquer une pause et de jeter un regard rétrospectif sur l'œuvre accomplie pour déceler les insuffisances et opérer les rectifications nécessaires ? Le Colloque de Ouagadougou permettra peut-être de répondre à cette interrogation, et ce ne serait pas le moindre de ses mérites.

~ ~ ~

CURRENT PROBLEMS RAISED BY THE HARMONISATION PROCESS WITHIN OHADA (Abstract)

Jean Yado Toé (Assistant Lecturer in private law, University of Ouagadougou)

The unification of business law within OHADA is an undertaking that has no precedent in contemporary African history both in terms of its scope and because of the systematic approach adopted. While the process has been a dynamic one from the start, now the time has come to take a critical look at the problem areas and to suggest ways of solving them.

To begin with, this article examines the plans for institutional reform aimed at straightening out the problems that have dogged the Organisation since its inception, and indeed any problems that might arise in the future. One issue in particular is that of enhancing the role of the national committees, and a possible review of the composition and competence of the Common Court of Justice and Arbitration. As to the idea of increasing the Organisation’s number of working languages to four of the languages used in the OHADA countries, this also raises the question of extending the legal integration area. Since the OHADA member States overwhelmingly belong to the civil law tradition, with its own panoply of legal concepts, there is a strong feeling that OHADA should actively promote its law but remaining open to the contribution made by other legal families.

As to the way in which OHADA conducts its activities, two aspects are examined: the choice of subjects to be harmonised and the procedure for drafting the uniform acts. Since the concept of “business law” was purposely given a broad meaning in the OHADA founding Treaty, it may be wondered whether, in theory, its application might not cause sovereignty in the field of private law to be abandoned completely, to the detriment of national parliaments. One example is the subject of contracts, and the difficulty, from a jurisdictional point of view, of covering both commercial and non-commercial contracts in a single text. A word of warning against “legislative frenzy” would, therefore, seem in order, in particular if we bear in mind two considerations, the first concerning the highly specialised nature of contract law, the other regarding competition from other Organisations. It would seem sensible, under the circumstances, to take a breathing space, to stop legislating for a while and instead to concentrate on improving what has already been achieved. Finally, the question of the application – “direct and mandatory” under the Treaty – of the uniform acts in the States Parties raises all manner of practical problems and a systematic “clean-up” to bring OHADA uniform law into line with national laws would appear a wise move.

