



HAL
open science

Environnement institutionnel des affaires en Afrique : Contexte et structure d'harmonisation du droit OHADA

Emmanuel Kagisye

► **To cite this version:**

Emmanuel Kagisye. Environnement institutionnel des affaires en Afrique : Contexte et structure d'harmonisation du droit OHADA . 2017. hal-01495556

HAL Id: hal-01495556

<https://auf.hal.science/hal-01495556v1>

Preprint submitted on 28 Mar 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« *Environnement institutionnel des affaires en Afrique : Contexte et structured'harmonisation du droit OHADA* »

Par Dr.Emmanuel KAGISYE*

1. Si l'idée d'intégration africaine remonte assez loin dans l'histoire, celle d'harmoniser les droits africains remonte à mai 1963 à l'occasion d'une réunion des Ministres de la justice animée par René DAVID¹. Plus tard, cette idée fut reprise par des juristes africains et connut un premier aboutissement au sein de l'Union africaine et malgache (UAM)² et dans la Convention pour l'Organisation commune africaine, malgache et mauricienne (OCAM)³. Finalement, elle sera concrétisée par la création de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), en 1993. Avant de présenter la structure de cette Organisation (II), il s'avère important de présenter le contexte historique et juridique des pays membres, avant la signature du Traité portant création de l'OHADA (I).

I. Contexte historico-juridique des pays membres de l'OHADA

2. Les législations africaines de droit des affaires en vigueur à l'aube des années quatre-vingt-dix étaient caractérisées par une hétérogénéité et n'étaient plus adaptées aux évolutions économiques récentes. Elles constituaient une source d'insécurité pour les

* Consultant-associé (Percussimo) et Professeur d'universités.

¹René David s'est beaucoup intéressé au droit comparé et africain. Dans ce domaine, il est l'auteur de nombreux ouvrages célèbres. Cf. not. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème}ed. Dalloz, Paris, 2002, 553p. ; R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law*, vol.3, *Private international law*, Leiden, Nijhoff, 2 vol. (LXVIII, 615, 921 p.).

² Créée en sept. 1961. L'UAM était composée du Cameroun, de la RCA, du Congo, de la Côte d'Ivoire, du Dahomey, du Gabon, de la Haute volta, du Madagascar, du Niger, du Sénégal et du Tchad. En mars 1964 et suite à la création de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA), il a fallu convertir l'UAM en Union africaine et malgache de coopération économique (UAMCE), qui elle-même a dû céder le pas à l'Organisation commune africaine et malgache (OCAM), en févr. 1965.

³ L'OCAM, créée en 1965 a été dissoute en 1985. Néanmoins, quelques pays africains continuent d'appliquer certaines conventions de l'OCAM. C'est not. le cas du Congo, de la Côte d'Ivoire, du Gabon et du Sénégal qui continuent d'appliquer la Convention de coopération fiscale conclue entre les pays membres de l'OCAM en date du 29 juil. 1971. Sur l'ensemble des conventions de l'OCAM, cf. Organisation commune africaine et malgache, *Accords et conventions de l'Organisation commune africaine et malgache*, sept. 1961-mai 1967, édité par le Secrétariat Général de l'OCAM, Yaoundé, 1967, 90 p.

investisseurs. En effet, la plupart des pays africains avaient modifié la vieille législation coloniale des années soixante qui avait pourtant un socle commun : le droit français. Le résultat fut le passage d'une vieille législation à une législation postcoloniale balkanisée des années quatre-vingt-dix (A). Hélas, la situation a peu évolué suite à la multiplicité des organisations d'intégration juridique ayant abouti à une multitude de droits harmonisés (B).

A. D'une législation coloniale à une législation postcoloniale balkanisée

3. Après l'accession à leur souveraineté internationale, les Etats africains héritèrent, suivant le principe de la « *continuité législative* »⁴, d'une législation désuète et souvent inadaptée au contexte social et économique des Etats nouvellement indépendants. Ainsi par exemple, dans les anciennes colonies françaises, en matière du droit des affaires, avaient été rendus et restaient applicables le Code civil français de 1804, le Code de commerce de 1807, les lois des 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, du 4 mars 1889 sur la faillite et la liquidation judiciaire, du 18 mars 1919 relative au registre de commerce, du 30 juin 1926 sur les baux commerciaux, du 17 mars 1909 sur le fonds de commerce, du 13 juillet 1930 sur les assurances, *etc.* Bien entendu, pour compléter, adapter ou préciser ces textes de base, l'administration coloniale avait, suivant le principe de la « *spécialité législative* »⁵, adopté d'autres textes pour les rendre applicables dans les colonies. Le résultat était un ensemble de législations des affaires, certes à « *géométrie variable* »⁶, mais auxquelles on pouvait reconnaître une certaine harmonie. Mais peu à peu et au fur et à mesure des années, les législations appliquées dans les Etats africains sont devenues caduques en

⁴ Tous les pays africains nouvellement indépendants avaient, pour éviter un vide juridique, inscrit dans leurs constitutions le principe de « *continuité législative* », grâce auquel ces pays s'étaient appropriés les textes en vigueur au moment de la colonisation.

⁵ Le principe de la « *spécialité législative* » a des origines qui remontent au 18^{ème} siècle, du temps de la monarchie française. Ce principe a été solennellement consacré par de nombreux textes notamment les constitutions françaises de l'an VIII, de 1814, de 1830, 1848, le *senatus-consulte* du 3 mai 1854 et la Constitution française de 1946. V. égal. Y., BRARD, « Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française », *AJDA* sept.1992, pp.544- 561.

⁶ G.TATY, « Quelques réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la zone franc », *Penant* n° 830, 1999, p. 228.

raison de leur inadaptation aux réalités socio-économiques du moment. Conséquence logique, les hommes d'affaires se heurtaient dans chaque pays à « *un droit disparate, confus et suranné* »⁷.

4. En effet, la plupart des pays avaient entrepris, avec des fortunes diverses, des réformes partielles de leur système juridique. Chaque pays légiférant, bien évidemment, dans les domaines qu'il estimait prioritaires, suivant ses options politiques, économiques et sociales. Ainsi par exemple, au Cameroun une loi du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale fut adoptée. Le Mali et le Niger se dotèrent d'un Code de commerce en 1986 et 1992. Le Sénégal introduisit un Code des obligations civiles et commerciales, dont la troisième partie, touchant au droit des procédures collectives, était contenue dans la loi n°76-60 du 12 juin 1976. Le Gabon et la Centrafrique adoptèrent successivement la loi n° 7 /86 du 4 août 1986 et l'Ordonnance n° 82 82-403 du 6 septembre 1982. La Guinée quant à elle avait refondu son droit des sociétés par une ordonnance n° 119 du 17 mai 1985... Cette situation eut pour effet d'accentuer la « *balkanisation juridique* » du continent. Le foisonnement des lois, véritablement cocasses pour certaines, désagrégea le tissu commun légué par la France, faisant ressortir une disparité juridique qui rejoignait la balkanisation politique résultant de la colonisation. C'est ce qui fera dire à Kéba MBAYE⁸ que « *le droit se présente dans les quatorze pays de la zone franc en habit d'arlequin fait de pièces et de morceaux* »⁹.

Dans le même sens, mais sans pour autant s'accorder sur le fait que c'était « *la loi de la jungle* » comme l'affirmait G. TATY¹⁰, tous les auteurs s'accordent pour dire que la législation en vigueur dans les pays membre de l'OHADA était source d'« *insécurité* »

⁷ B. MARTOR et S.THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », *LaSemaine juridique* n° 44 du 28 oct. 2004, suppl. n° 5, p.5.

⁸ KébaMBAYE est parmi les pères fondateurs de l'OHADA. Il a présidé la mission chargée de préparer le projet d'harmonisation du droit des affaires et le Directoire chargé de coordonner la préparation du Traité portant création de l'OHADA.

⁹ Extrait de l'exposé introductif de KébaMBAYE in : *Séminaire sur l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats africains de la zone franc*, Abidjan (Côte d'Ivoire), 19 et 20 avril 1993.

¹⁰ G.TATY, « Quelques réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la zone franc », *op.cit.*, p. 229.

juridique et judiciaire»¹¹. En effet, l'obsolescence et le délabrement, l'hétérogénéité et l'éparpillement, les difficultés d'accès et l'inadaptation des législations nationales entraînaient une insécurité juridique gênante autant pour les juristes que pour les investisseurs. Par ailleurs, cette insécurité juridique s'accompagnait d'une crise aiguë des justices internes décriées à cause de leur subordination aux pouvoirs politiques, de la vénalité des juges et des charges de judicature, de l'insuffisance et l'inadéquation de la formation des magistrats et auxiliaires de justice, de la misère financière et documentaire des tribunaux, *etc.* Ingrédients de ce que le juge Kéba MBAYE a appelé «*insécurité judiciaire*».

5. C'est ainsi qu'à l'occasion du séminaire sur l'OHADA tenu à Abidjan les 19 et 20 avril 1993, Kéba MBAYE était revenu sur plusieurs raisons qui militaient en faveur d'une harmonisation du droit des affaires. Il déclarait, entre autres que «*l'émiettement de notre droit commun est un facteur négatif de notre progrès qui ne peut être que commun*». Plus particulièrement, il fit remarquer qu'«*au plan national, des textes sont promulgués alors que d'autres, dans le même domaine, ne sont pas abrogés*». Conséquences logiques, il en résultait «*des chevauchements et les opérateurs économiques restent dans l'incertitude de la règle de droit applicable*». Au final, cette insécurité juridique et judiciaire constituait un «*sérieux handicap pour l'investissement...*». Dès lors, la sécurisation des affaires par une harmonisation des législations était inéluctable. Cet appel de Kéba MBAYE semble avoir été entendu, et la réponse fut une multiplication des pôles d'harmonisation du droit.

¹¹ V. not. M. KIRSCH, «*Historique de l'OHADA*», *Penant* n°827, numéro spéc. ohada, mai-août 1998, p.129. Cet auteur, en analysant la réglementation applicable au droit des sociétés dans les pays africains de la zone franc, écrivait à son tour que : «*le constat unanime de la situation... pouvait se résumer par la formule suivante : insécurité juridique et judiciaire*»; v. égal. P. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique-OHADA*, coll. Que sais-je ?, PUF, Paris, 1999, p.2. D'après lui, l'insécurité judiciaire dans les pays membres de l'OHADA «*se manifeste de façons très diverses : décisions contestables, décisions en délibéré depuis plusieurs années, exécutions impossibles, négligences diverses, méconnaissance des règles de déontologie, accueil des moyens dilatoires les plus évidents et renvois à répétition qui finissent par décourager les demandeurs de bonne foi...*».

B. D'une législation balkanisée aux multiples harmonisations

6. La situation de balkanisation juridique entraînait deux conséquences immédiates inévitables. D'une part, une jurisprudence instable et aléatoire suivie de difficultés dans l'exécution des décisions judiciaires. D'autre part, une perte de confiance dans le système judiciaire des Etats africains et, subséquemment, la réticence des investisseurs¹². En effet, comme le faisait remarquer plus tard le Ministre nigérien du commerce et de l'industrie, « *la sécurité juridique et judiciaire est l'une des conditions nécessaires pour instaurer de façon durable la confiance des investisseurs nationaux ou internationaux, développer un secteur privé dynamique et promouvoir les échanges commerciaux* »¹³. A la même personnalité d'ajouter que par ailleurs « *il n'y a pas de développement économique et social durable sans un cadre juridique propice aux investissements* »¹⁴. Malheureusement, à l'aube des années quatre-vingt-dix, c'est cette situation qui prévalait sur l'ensemble du continent africain.

7. C'est ainsi que pour sortir de cette situation, de nombreux travaux ont été consacrés à la recherche d'une voie vers l'intégration juridique. Il y a lieu de mentionner, à titre de pionnier, le symposium qui se tint à Rome du 24 au 27 mars 1971 sur le thème de « *l'harmonisation du droit privé et du droit international privé en matière commerciale dans les Etats de l'Afrique occidentale, équatoriale et orientale* » et la création du Bureau africain et malgache de recherche et d'études législatives (BAMREL)¹⁵. La mission assignée à ce Bureau était d'élaborer des lois uniformes qui, une fois adoptées, s'appliqueraient de manière identique dans tous les Etats membres. L'échec du BARMEL, faute de moyens, n'a pas empêché cependant les harmonisations sectorielles

¹² Dans le même sens A. MOULOUL, *Comprendre l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, UNIDA, Paris, 2^e éd., 2008, p.9.

¹³ Discours prononcé à l'ouverture du séminaire de sensibilisation au droit harmonisé, organisé à Niamey le 09 juin 1998, *Le sahel* n°5565 du mercredi 10 juin 1998, p.2.

¹⁴ Même discours ci-haut cité.

¹⁵ Cf. la Convention portant création du Bureau africain et mauricien de recherches et d'études législatives (BAMREL) signée le 05 juil. 1975 à Port-Louis (Ile Maurice), dans le cadre de l'Organisation commune africaine et malgache (OCAM).

intervenues notamment au sein de l'Organisation commune africaine et malgache (OCAM)¹⁶, de l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale (UDEAC)¹⁷, de l'Union monétaire ouest africain (UMOA)¹⁸ et de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI). Pour notre propos, il est important de faire remarquer que la caractéristique commune de l'harmonisation opérée par ces organisations, dites de coopération ou encore de première génération, était de créer des droits uniformes sans « *supranationalité* »¹⁹. Il en résultait naturellement moins de conflits de normes.

8. Il en a été autrement après les années quatre-vingt-dix. La chute du mur de Berlin, la mouvance et les défis de la mondialisation, les impératifs de relance économique et bien d'autres facteurs ont fait que les Etats africains ne pouvaient plus continuer à se satisfaire des regroupements sectoriels sous régionaux ou régionaux. Ces Etats se sont lancés dans une véritable course à l'intégration, d'où l'éclosion d'organisations d'intégration régionale, qui prenaient également en charge l'harmonisation des législations nationales. Cette course à l'intégration n'aurait pas constitué un problème si la quasi-totalité des Etats n'appartenaient à la fois à plusieurs organisations régionales ou sous régionales, secrétant des normes harmonisées et supranationales²⁰. Il en résulte une multiplication des pôles d'impulsions de droits harmonisés et inévitablement des conflits de normes et de compétences. C'est dans ce contexte de multiplicité d'organisations d'intégration régionale qu'est née l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

II. Missions et structure de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

¹⁶ Cf. nos développements *supra*, p.22, note 3.

¹⁷ L'Union douanière et économique de l'Afrique centrale (UDEAC) créée en 1964 a été transformée en CEMAC en 1994. Pour plus de détails v. nos développements *infra*, n° 129 et s.

¹⁸ L'Union monétaire ouest africaine (UMOA) créée en 1973 a été transformée en UEMOA en 1994. Pour plus de détails v. nos développements *infra*, n° 82 et s.

¹⁹ Sur la notion de « *supranationalité* » v. nos développements *infra*, n°66.

²⁰ Cf. nos développements *infra*, n° 56 et s.

9. L'idée d'harmoniser les droits africains fut de nouveau reprise à l'occasion des réunions des Ministres des Finances de la zone franc, tenues d'abord à Ouagadougou en Avril 1991, puis à Paris en octobre 1991. A l'occasion de cette dernière réunion, les Ministres des Finances mirent sur pied une mission composée de sept membres, juristes et spécialistes des affaires, présidée par Me Kéba MBAYE. En date du 5 et 6 octobre 1992, les Chefs d'Etat de la zone franc réunis à Libreville approuvèrent le projet d'harmonisation du droit des affaires conçu par les Ministres des Finances et décidèrent de l'étendre à l'ensemble des Etats africains. Ils convinrent de sa mise en œuvre immédiate. Les Chefs d'Etat ont alors adopté le rapport de la mission et désigné un Directoire de trois membres²¹, chargé de coordonner la préparation du Traité portant création de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Le projet préparé par le Directoire fut soumis à la réunion des Ministres de la Justice tenue à Libreville les 7 et 8 juillet 1993 et fut adopté après avoir été amendé et enrichi à Abidjan les 21 et 22 septembre 1993. Il sera signé à Port-Louis (Ile Maurice), le 17 octobre 1993²². D'où le nom du « *Traité de Port-Louis* », qui confie à l'Organisation qu'il crée et structure (B), la mission d'harmoniser l'ensemble du droit des affaires (A).

A. Missions de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

10. Le Traité portant création de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires fut signé à l'origine par quatorze Etats ayant en commun l'usage du Français²³. L'Organisation rassemble aujourd'hui dix-sept pays africains et reste ouverte à tout Etat membre de l'Union africaine et à tout Etat, non membre de l'Union africaine, invité à y adhérer d'un commun accord des Etats parties²⁴. Les membres originaires sont

²¹ Le Directoire était présidé par K.MBAYE. Les deux membres étaient Martin KIRSCH, Conseiller honoraire de la Cour de cassation française, Avocat au Barreau de Paris et Michel GENTOT, Président de la section du contentieux au Conseil d'Etat français.

²² Le Traité de Port-Louis a été modifié à Québec le 17 oct. 2008. Pour des détails sur le traité de Québec, v. not. S TOE, « Les enjeux et les perspectives du traité OHADA révisé », *Penantn*° 872, 2010, pp.357-373.; L. BEN KEMOUN, « L'OHADA, le temps et le diable. Réflexions sur le Traité de Québec », *Penantn*° 872, 2010, pp. 375-378.

²³ Le Traité portant création de l'OHADA a été signé en marge du sommet de la Francophonie qui s'est tenue à l'Ile Maurice du 16 au 18 oct. 1993.

²⁴Cf. art. 53 du Traité OHADA.

le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Y ont adhéré la Guinée Bissau en 1995, la Guinée équatoriale en 1999 et la République Démocratique du Congo en 2012.

11. Dès le préambule du Traité, les pays signataires ont réitéré leur détermination à réaliser progressivement l'intégration économique de leurs Etats ; ce qui nécessite la mise en place et l'application d'un « *droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté* » afin de garantir la sécurité juridique aux investisseurs²⁵. A cette fin, le Préambule du Traité OHADA, ainsi que ses articles 1 et 2, exposent, en termes généraux, son objet et son domaine. Aux termes de l'article 1^{er}, le Traité « *a pour objet l'harmonisation du droit des affaires : 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* ».

L'article 2 précise, quant à lui, que pour l'application du Traité « *entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure* ». Usant de cette faculté, le Conseil des Ministres a effectivement élargi le champ d'intervention de l'OHADA par la Décision n°002/2001/CM du 23 mars 2001

²⁵Pour des détails sur les objectifs de l'OHADA v. not. K. MBAYE, « L'historique et les objectifs de l'OHADA », *Petites Affiches* n°25 du 13 oct. 2004, pp.4-7 ; J. PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA - un droit très important et original », *La semaine juridique* n° 44 du 28 oct. 2004, Supplément n° 1, pp.1-5 ; J.F. GAULME, « L'intégration régionale dans le cadre de la zone franc : un mouvement prometteur », *Marchés tropicaux* du 15 nov. 1991, p.2921 et s. ; J.ISSA-SAYEGH, « L'OHADA, instrument d'intégration juridique », *Revue de jurisprudence commerciale*, juin 1999, p.237 et s. ; M. KIRSCH, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique, outil technique de l'intégration juridique », *OuirbuchAfrikanischesRech*, 1996, pp.57-68.

relative au programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique²⁶. Aujourd'hui, la notion du « *droit des affaires ohada* » comprend, outre les matières énumérées à l'article 2 du Traité OHADA, le droit bancaire, le droit de la concurrence, la propriété intellectuelle, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des sociétés civiles, le droit des contrats et le droit de la preuve. Ainsi se trouve délimitée la compétence matérielle de l'OHADA. *A priori*, aucune incertitude ne devrait peser sur la détermination du droit substantiel à uniformiser dans la mesure où le domaine de l'uniformisation est expressément défini par cette liste établie par le Traité OHADA et révisé par le Conseil des Ministres. Pourtant, le principe posé par le Traité lui-même n'apparaît pas aussi nette qu'on le souhaiterait, si bien qu'on peut « *hésiter sur son contenu et ses contours* »²⁷. Cela d'autant plus qu'on peut toujours considérer cette liste comme indicative et non exhaustive dont le contenu peut être à tout moment modifié.

11. Autant le champ de compétence de l'OHADA est élastique, autant la technique utilisée est discutable. En effet, lorsqu'il est question de procéder à l'intégration de plusieurs pays au sein d'une même organisation pour qu'ils appliquent un seul et même corps de règles, plusieurs techniques peuvent être utilisées : l'harmonisation, l'unification ou encore l'uniformisation²⁸. A cet effet, l'acronyme OHADA signifie « *Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires* », et l'article 1^{er} du Traité précise que le « *Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires des Etats parties* », ce qui suggérerait que la technique employée pour intégrer les Etats membres est celle de l'harmonisation. Néanmoins, tous les auteurs²⁹ s'accordent pour dire que la technique

²⁶ Déc. n° 002/2001/CM du 23 mars 2001 relative au programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique, déjà cité.

²⁷ J.ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration : l'exemple des actes uniformes », *Rev. droit unif.*, 1999-1, p.7.

²⁸ Sur ces différentes techniques, cf. I.F. KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *Rev. droit unif.* 709, 2008, pp.709-744. V. égal. M. JEAMMAUD « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 35-55.

²⁹ Il n'est pas opportun de citer ces auteurs étant donné que tout le monde est unanime sur la question de la technique d'intégration utilisée par l'OHADA.

utilisée est l'uniformisation³⁰. C'est d'ailleurs ce que reconnaissait, Kéba MBAYE, responsable de la mission d'experts puis du Directoire. Celui-ci précisait que « finalement, l'option retenue a été l'harmonisation, bien que l'analyse du système actuellement en vigueur au sein de l'OHADA, c'est-à-dire l'adoption par le Conseil des Ministres de la Justice et des Ministres des Finances, d'actes uniformes qui sont immédiatement applicables sur le territoire de chaque Etat partie, soit véritablement une œuvre d'unification »³¹.

Mais au-delà de cet écart terminologique, il s'avère que — une idée que nous partageons avec la majorité de la doctrine — l'uniformisation était la technique la mieux adaptée pour que l'OHADA assume pleinement son rôle d'instrument d'intégration juridique des Etats membres. En effet, comme l'écrit J. PAILLUSSEAU, pour réaliser l'intégration économique des Etats africains, il faut « *un droit unique, un droit adapté au particularisme des économies africaines, un droit adapté aux besoins réels des entreprises, un droit qui assure la sécurité des créanciers, des tiers et des investisseurs, un droit qui peut favoriser et accompagner l'essor économique des économies des pays... de la région toute entière* »³².

13. La pertinence des observations de cet auteur ne fait plus l'ombre d'aucun doute sur la place que doit occuper le droit dans le processus de l'intégration africaine. A ce titre, l'OHADA doit sécuriser les affaires et servir d'instrument de développement des pays africains. Bien évidemment cette mission ne peut être assumée que grâce à une structure institutionnelle bien élaborée.

B. La structure institutionnelle de l'OHADA

³⁰ Pour J.ISSA-SAYEGH, « *l'uniformisation ou l'unification du droit est une forme plus brutale mais aussi plus radicale d'intégration juridique. Elle consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation unique, identique en tous points pour tous les Etats membres, dans laquelle il n'y a pas de place, en principe, pour des différences* », v. J.ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration : l'exemple des actes uniformes », *op.cit.*, p.9.

³¹ Discours de KEBA MBAYE in : *Séminaire sur l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats africains de la zone franc*, déjà cité.

³²J. PAILLUSSAU, « Le droit OHADA - Un droit très important et original », *La semaine juridique* n° 44 du 28 oct. 2004, supplément n°5, p2.

14. Tout en respectant le principe non écrit de l'équilibre des pouvoirs, le Traité met en place les conditions d'un fonctionnement efficient de l'Organisation impliquant la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement (1), secondée par le très actif Conseil des Ministres (2), lui-même assisté d'un Secrétariat Permanent(3) auquel est rattaché l'Ecole supérieure de la magistrature (ERSUMA), assurant une formation en droit des affaires (4)³³. Même si la Cour commune est considérée par le Traité OHADA comme l'un des organes, elle ne fait pas partie des organes légiférant³⁴.

1. La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement

15. La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement est l'organe suprême de l'OHADA³⁵. Elle est composée des Chefs d'Etats et de Gouvernement des Etats parties. Elle est présidée par le Chef de l'Etat ou de Gouvernement du pays qui assure la présidence du Conseil des Ministres. Elle se réunit en tant que de besoin, sur convocation de son Président, à son initiative ou à celle du tiers des Etats parties. La Conférence est compétente pour statuer sur « toute question relative au Traité »³⁶. Elle ne délibère valablement que si les deux tiers des Etats parties sont représentés et les décisions sont prises par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des Etats présents³⁷.

2. Le Conseil des Ministres de l'OHADA

³³ Pour plus de détails sur le système institutionnel de l'OHADA, V. BOLMIN-BOUILLET, G. CORDONNIER et K. MEDJAD, « Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc », *JDI* (Clunet) 1994, n° 1, p. 375 ; T. GERVAIS DE LAFOND, « Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *op. cit.*, p.2 et s.; L. LARGA, « L'OHADA, ses institutions et ses mécanismes de fonctionnement », *Revue Burkinabé de Droit* n° 39-40, numéro spécial, 2001.

³⁴ Cf. nos développements *infra*, n° 73 à 78.

³⁵ Le Traité de Port-Louis dans sa version originelle n'avait pas prévu de Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement. Si l'institution de la Conférence peut donner une nouvelle impulsion à l'action de l'OHADA, S. TOE est d'avis que la création de cette instance présente un certain nombre de risques. Pour des détails v. S. TOE, « Les enjeux et les perspectives du Traité OHADA révisé », *op.cit.*, p.360.

³⁶ Art. 27 du Traité de Québec. Mais comme le fait observer P. TIGER, les attributions de la Conférence ne sont pas très claires. Cf. la communication de P. TIGER, « L'institution de la Conférence des chefs d'Etats et de Gouvernement par le Traité de Québec du 17 oct. 2008: Etudes critiques », Colloque OHADA en hommage au Président Abdou Diouf, Paris, 12 nov. 2009, Acte du colloque (à paraître).

³⁷ Article 27 du Traité de Québec.

40. Le Conseil des Ministres de l'OHADA est l'organe le plus actif. Comparé aux conseils des ministres des autres organisations, cet organe se trouve être original tant par sa composition (a) et son fonctionnement (b) que par ses attributions (c).

a. Composition du Conseil des Ministres

16. Le Conseil des Ministres de l'OHADA est composé des Ministres de la Justice et des Ministres des Finances des Etats membres. Eu égard à la pratique, il s'agit là d'une composition « *originale* »³⁸, voire « *révolutionnaire* »³⁹. En effet, en règle générale, les conseils des ministres des organisations sous régionales ou régionales sont composés de ministres d'un même département. Selon A. MOULOUL, trois raisons peuvent expliquer la composition conjointe du Conseil des Ministres de l'OHADA. D'abord, une raison historique car l'idée du projet d'harmonisation est une idée des Ministres de la justice qui a été reprise par les Ministres des Finances. Ensuite, les domaines relevant du droit des affaires ont surtout une prédominance économique et financière. Enfin et surtout, pour responsabiliser les Ministres des Finances quant au devenir de l'OHADA car nombre d'organisations ont cessé d'exister par manque de crédits. Les Ministres des Finances étant souvent réticents à effectuer des inscriptions budgétaires et/ou débloquer des crédits pour des contributions aux organisations sous régionales ou régionales, au motif qu'il existe d'autres urgences ou priorités. Réticence que l'on comprend aisément quand on connaît les difficultés financières auxquelles sont confrontés les Etats parties au Traité OHADA.

Bien évidemment et au-delà de ces considérations, la « *mixité* » de cette composition peut être révélatrice de la volonté des Chefs d'Etat de faire de cette Organisation un instrument d'intégration techniquement performant et bien conduit. Il est incontestable que la présence du Ministre de la Justice est un gage du respect des normes

³⁸ A. MOULOUL, *Comprendre l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, *op. cit.*, p.31.

³⁹ D. ABARCHI, « La supranationalité de l'OHADA », *Revue burkinabé de droit*, n° 37, deuxième semestre 2000 ; *Revue internationale de droit africain EDJA* n° 44, janv.- févr.-mars 2000, p.7.

juridiques pour l'élaboration des Actes, tandis que celle du Ministre des Finances est un gage de respect des engagements économiques et financiers pris par les Etats membres dans le cadre de leur intégration, le tout constituant un ensemble cohérent⁴⁰.

b. Fonctionnement du Conseil des Ministres

17. La présidence du Conseil est assurée, à tour de rôle, par chaque Etat membre pour un mandat d'une année⁴¹. Toutefois, le Traité ne mentionne pas lequel du Ministre des Finances ou de celui de la Justice d'un même Etat assure la présidence du Conseil. Dans le silence dudit texte, il convient de considérer que la présidence est assurée suivant la pratique de chaque Etat membre. Aussi, le Conseil sera sans doute présidé par l'un ou par l'autre suivant que l'Etat qui en assure la présidence considère la prééminence des aspects juridiques ou celle des aspects économiques ou financiers. En réalité, il s'agit d'un débat théorique car en règle générale, s'agissant surtout de questions juridiques, le Conseil est présidé par le Ministre de la Justice. Le Conseil des Ministres se réunit au moins une fois par an sur convocation de son Président, à son initiative ou à l'initiative d'un tiers des Etats parties. L'ordre du jour de la réunion est arrêté par le Président du Conseil sur proposition du Secrétaire Permanent de l'OHADA. Lorsqu'il est réuni, le Conseil délibère valablement lorsque les deux tiers des Etats parties sont représentés. Chaque Etat dispose d'une voix et les décisions sont valablement adoptées à la majorité absolue des Etats présents et votants. Toutefois, les décisions relatives à l'adoption des Actes Uniformes sont prises à l'unanimité des Etats présents et votants.

c. Attributions du Conseil des Ministres

18. Le Conseil des Ministres est à la fois un organe exécutif et législatif. A ce titre, le Conseil des Ministres exerce deux types de fonctions : des fonctions administratives et

⁴⁰ Animée par la même préoccupation, la Déclaration de Québec sur le mécanisme de financement autonome de l'OHADA confie aux Ministres des Finances la mission de prendre toutes les dispositions utiles pour l'application effective du mécanisme de financement autonome découlant du Règlement n° 002/2003 du 18 oct. 2003 relatif au mécanisme de financement autonome de l'OHADA.

⁴¹ Les Etats adhérents assurent pour la première fois la présidence du Conseil des Ministres dans l'ordre de leur adhésion, après le tour des pays signataires du Traité (art. 27 du Traité OHADA révisé).

réglementaires d'une part et des fonctions législatives d'autre part⁴². Dans le cadre de ses fonctions administratives et réglementaires, le Conseil des Ministres est chargé d'adopter le budget annuel du Secrétariat Permanent et de la CCJA, d'arrêter les cotisations annuelles des Etats membres, d'élire les membres de la CCJA, de nommer le Secrétaire Permanent et le Directeur Général de l'ERSUMA, de designer les commissaires aux comptes pour la certification des comptes de l'Organisation, d'approuver les comptes annuels de l'OHADA, de définir par voie de règlement l'organisation, le fonctionnement, les ressources et les prestations de l'ERSUMA, d'adopter le règlement de procédure de la CCJA et plus généralement de prendre les règlements et les décisions nécessaires pour l'application du Traité⁴³. Dans le cadre de ses fonctions législatives, le Conseil des Ministres approuve les programmes annuels d'harmonisation du droit des affaires⁴⁴ et adopte les actes uniformes. Dans ses fonctions, le Conseil des Ministres est assisté quotidiennement par le Secrétariat Permanent.

3.Le Secrétariat Permanent de l'OHADA

19. Le Secrétariat Permanent est l'organe administratif de l'OHADA. Un Accord de siège a été signé entre le Gouvernement du Cameroun et l'OHADA le 30 juillet 1997, en vertu duquel le siège du Secrétariat Permanent est fixé à Yaoundé (Cameroun). Selon les termes de cet Accord, le Gouvernement camerounais reconnaît au Secrétariat Permanent la personnalité juridique, avec tous ses attributs, assure la protection de ses locaux, qui sont par ailleurs inviolables. Le Secrétariat bénéficie d'une immunité de juridiction, peut détenir ou transférer des fonds en toutes devises et bénéficie de divers immunités et

⁴² Un certain nombre d'auteurs se sont posés la question de savoir comment un Conseil de Ministres peut exercer au niveau communautaire un pouvoir normatif dans un domaine relevant en droit interne de la compétence du pouvoir législatif. Sur ces interrogations v. not. D. NDOYE, « Le Traité relatif à l'OHADA, la Constitution sénégalaise et les principes de droit processuels », *Revue internationale de droit africain EDJA* n° 22, juil.-sept. 1994, p.15 et s. ; D. ABARCHI, « La supranationalité de l'OHADA », *op.cit.*, p.7 et s.; J.ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *OHADA- Harmonisation du droit des affaires, op.cit.*, 2002.

⁴³ Les Règlements ont une portée générale et sont directement applicables. Les décisions peuvent être de portée générale ou de portée individuelle selon les cas.

⁴⁴ V. not. la Décision n° 002/2001/CM relative au programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique (déjà citée) et la Décision n°005/2009/CM/OHADA portant orientation stratégique quinquennale de l'harmonisation du droit des affaires (déjà cité).

privilèges⁴⁵. Le Traité OHADA ainsi qu'un Règlement d'application⁴⁶ déterminent l'organisation du Secrétariat (a) ainsi que les attributions du Secrétaire Permanent (b).

a. Organisation du Secrétariat Permanent

20. Le Secrétariat est dirigé par un Secrétaire Permanent nommé par le Conseil des Ministres pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois. Le Secrétaire Permanent nomme ses collaborateurs de manière autonome selon les critères de recrutement définis par le Conseil des Ministres et dans les limites des effectifs prévus par le budget du Secrétariat Permanent. Le Secrétaire Permanent est assisté de trois directeurs chargés respectivement des affaires juridiques et des relations avec les institutions, de la finance et de la comptabilité, de l'administration générale et du Journal officiel de l'OHADA.

b. Attributions du Secrétaire Permanent

21. Les fonctions du Secrétariat Permanent sont purement administratives et auxiliaires. Elles consistent entre autres à assister le Conseil des Ministres dans l'exécution de ses fonctions législatives. Dans ce cadre, le Secrétaire Permanent propose au Président du Conseil des Ministres l'ordre du jour du Conseil ainsi que le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires⁴⁷. Il prépare les projets d'actes uniformes, les présente aux Etats membres pour l'examen et sollicite ensuite l'avis de la Cour commune avant leur adoption. A l'issue de cette procédure, il élabore les textes définitifs des projets et les propose pour inscription à l'ordre du jour du Conseil des Ministres. Après leur adoption, le Secrétariat Permanent publie les actes uniformes au Journal officiel de

⁴⁵ Pour plus de détails, cf. l'Accord entre la République du Cameroun et l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) relatif au siège du Secrétariat Permanent de l'OHADA au Cameroun (*J.O.de l'OHADA* n° 4, 1997, p.17).

⁴⁶Règlement n° 001/2001/CM portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Permanent de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

⁴⁷ Art. 11 et 29 du Traité OHADA.

l'OHADA. Cette publication rend les actes uniformes opposables dans tous les Etats membres sans autre formalité⁴⁸.

En dehors de l'assistance administrative au Conseil des Ministres, le Secrétariat Permanent assure la coordination des activités des différents organes de l'OHADA⁴⁹. Il assure ensuite la liaison avec les gouvernements des Etats parties ainsi qu'avec les autres institutions partenaires de l'OHADA. Enfin, le Secrétaire Permanent dresse la liste des candidats aux élections de juge de la CCJA et assure la tutelle de l'ERSUMA dont il est Président du Conseil d'administration.

4. L'Ecole régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA)

22. En vue de remédier à l'insuffisance de formation juridique, au faible niveau de spécialisation des magistrats ainsi qu'à l'absence de système de formation continue, les parties contractantes à Port-Louis ont décidé de créer une école pour la formation et le perfectionnement des magistrats et auxiliaires de justice⁵⁰ : l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA)⁵¹. Justifiant la création de l'Ecole communautaire, le Directeur Général de l'ERSUMA déclarait qu'« *on ne peut pas réussir l'harmonisation du droit des affaires si l'on ne forme pas des hommes capables de connaître ce droit, de*

⁴⁸ Art. 9 du Traité OHADA. Cf. égal. C.A. du Centre (Cameroun), n° 333/Civ., 2-8-2002 : *KINGUE Paul Eric c/ HAJAL MASSAD*, (ohadata J-04-470), *obs.* Jimmy KODO.

⁴⁹ Pour les modalités de cette coordination, cf. le Règlement n° 001/2001/CM du 23 mars 2001 portant organisation et fonctionnement du Secrétariat Permanent de l'OHADA (*J.O.* de l'OHADA du 01 janv. 2002, n° 11, p.31) tel que modifié par le Règlement n°001/2009/CM/OHADA du 22 mai 2009 mai 2009 portant attributions et organisation du Secrétariat Permanent de l'OHADA (*J.O.* de l'OHADA du 01 nov. n° 20, p.21).

⁵⁰ Le Traité de Québec n'a pas repris expressément l'ERSUMA parmi les organes de l'OHADA. En cas de silence, il y a lieu de penser que l'ERSUMA garde son statut antérieur.

⁵¹ Le siège de l'ERSUMA est fixé à Porto-Novo (Bénin). Le Statut régissant l'ERSUMA, adopté par le Conseil des Ministres réuni à Bamako les 2 et 3 oct. 1995 a été révisé par le Conseil des Ministres du 17-20 déc. 2009. Le Statut révisé de l'ERSUMA détermine ses missions, son organisation, son fonctionnement, ses ressources ainsi que les prestations qu'elle offre. Pour plus de détails sur l'Ecole régionale supérieure de la magistrature v. J.J. RAYNAL et M. RAYNAL, Rapport préliminaire en vue de la création de l'Ecole régionale supérieure de la magistrature, ERSUMA, ; T. SOME, « La formation des magistrats africains par l'OHADA » in : *L'OHADA et les perspectives d'arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.199.

le faire connaître, de le comprendre et de l'appliquer de manière efficace et uniforme dans l'ensemble de l'espace communautaire ohada »⁵².

Outre cette mission de formation et de perfectionnement, l'ERSUMA est aussi un centre de documentation en matière juridique et judiciaire, chargé de la promotion et du développement de la recherche en droit africain, d'œuvrer à l'harmonisation du droit et de la jurisprudence en relation avec la juridiction communautaire et les juridictions nationales. L'Ecole peut aussi assurer toute mission qui lui serait confiée par le Conseil des Ministres ou son Conseil d'Administration⁵³. Par ses prestations, l'ERSUMA joue un rôle incontournable dans la consolidation du système juridique et judiciaire de l'OHADA.

5. La Cour commune de Justice et d'arbitrage (CCJA)

23. « *Tout droit réclame des juges pour le servir* » disaient Gérard CORNU et Jean FOYER⁵⁴. En effet, instituer un *corpus* de règles juridiques communes ne suffit pas. Encore, faut-il songer à leur interprétation et application, de préférence par une institution judiciaire résolument indépendante des pouvoirs politiques, chargée du règlement des litiges nés à l'occasion de cette application et au besoin de l'unification de la jurisprudence. De même, le souci de vulgariser l'utilisation de l'arbitrage pour le règlement des différends commerciaux, associé à la volonté de promouvoir une nouvelle conception de l'arbitrage, qui ne devait plus être perçu comme une défiance au magistrat, ont amené le constituant OHADA à faire intervenir une juridiction communautaire dans le processus de la décision arbitrale⁵⁵. Appréciant la pertinence de la création de cette

⁵² Actes du séminaire de sensibilisation au droit harmonisé tenu à Niamey les 9 et le 10 juin 1998.

⁵³ Les organes de l'ERSUMA sont : le Conseil des Ministres, le Conseil d'Administration, le Conseil d'établissement et la Direction (celle-ci comprend la Direction Générale, la Direction des études et des stages et la Direction des affaires administratives et financières).

⁵⁴ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, coll. Thémis, PUF, Paris, 1996, p.2.

⁵⁵ A l'occasion du séminaire d'Abidjan, les 19 et 20 avril 1993, les travaux de l'atelier n° III se sont focalisés sur la question de savoir s'il n'est pas plus adéquat de créer deux juridictions distinctes : l'une pour la fonction juridictionnelle et l'autre pour la fonction d'arbitrage, mais compte tenu des problèmes financiers et du manque de personnel qualifié, il a été décidé de créer une seule juridiction qui n'intervient qu'en lieu et place des cours suprêmes et qui, si besoin il y a, peut se réunir sur le territoire d'un Etat partie autre que l'Etat du siège (Côte d'Ivoire). Cette possibilité de session foraine répond aux inquiétudes financières pouvant résulter des frais de déplacement des justiciables.

juridiction, le Pr Gilles CISTAC soulignait que l'«*attractivité du système OHADA procède largement de la confiance en une instance judiciaire supranationale, à l'abri de l'incompétence, de la corruption, des pressions politiques et du trafic d'influence. Ainsi, la création d'une juridiction supranationale contribue à promouvoir la sécurité judiciaire*»⁵⁶.

24. L'organisation de la Cour commune de justice et d'arbitrage, ses compétences et son fonctionnement sont régis, outre les dispositions éparpillées dans le Traité de Port-Louis, par le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage⁵⁷; les Statuts du personnel de l'OHADA⁵⁸ ainsi que le Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage⁵⁹.

25. La Cour commune, «*garante de l'interprétation*»⁶⁰ et de l'application du droit uniforme est composée de neuf juges⁶¹ et d'un secrétariat-greffe élus selon des critères et une procédure définis par le Traité OHADA. Les neuf juges sont élus pour une période de sept ans renouvelable une fois, par le Conseil des Ministres de l'OHADA parmi les candidats ressortissant des pays membres présentés par ces derniers. Pour prétendre à un poste à la Cour commune, deux conditions cumulatives sont nécessaires : une liée à la fonction exercée par le candidat (magistrats ayant exercé de hautes fonctions juridictionnelles, avocats membres de barreaux de l'Etat partie, professeurs de droit) et l'autre liée au nombre d'années d'expérience professionnelle (dans tous les cas le

⁵⁶ G. CISTAC, « L'intégration juridique dans « tous » états : SADC et OHADA » in : *L'harmonisation du droit commercial et avantages pour les investissements chinois en Afrique*, Université de Macao, Faculté de droit, 27 nov. 2007.

⁵⁷ Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage du 18 avril 1996 (*J.O. de l'OHADA* du 1^{er} nov. 1997, n° 4 p.9).

⁵⁸ Règlement n° 002/98/CM du 30 janv. 1998 portant Statuts du personnel de l'OHADA (*J.O. de l'OHADA* n° 5 du 1 juil. 1998, p.18).

⁵⁹ Règlement intérieur de la CCJA de l'OHADA en matière d'arbitrage (*J.O. de l'OHADA* n° 11 du 1 janv. 2002 p.35) tel que complété par le Règlement intérieur de la CCJA de l'OHADA en matière contentieuse et consultative (*J.O.* n° 11 du 1 janv. 2002, p.49).

⁶⁰ E. NSIE, « La Cour commune de justice et d'arbitrage », *Penant* n°828, 1998, p.308.

⁶¹ Le nombre de juge de la CCJA est passé de sept (prévu par l'ancien Traité) à neuf dans le Traité révisé.

candidat doit avoir quinze ans d'expérience)⁶². Ces critères assez restrictifs sont en grande partie expliqués par les compétences dont disposent la Cour commune de justice et d'arbitrage.

26. Le Traité de Port-Louis confère deux domaines d'attributions à la Cour commune qui a, d'une part des attributions juridictionnelles et d'autre part des attributions non juridictionnelles⁶³.

⁶²Sur les conditions d'éligibilité comme juge de la Cour commune, v. E. NSIE, *op.cit.*, p.308 et s.

⁶³ Dans l'exercice de ses activités contentieuses et consultatives, la CCJA a rendu de nombreuses décisions judiciaires et donné des avis consultatifs. V. à ce sujet K.M. BROU, « Bilan de l'interprétation des actes uniformes par la Cour commune de justice et d'arbitrage », *Le Juris-ohada* n°2/2003, p.2., ohadata D-04-04 ; J.ISSA-SAYEGH, « Le bilan jurisprudentiel du droit uniforme ohada : incertitude législative et turbulences jurisprudentielles » in : *Le rôle du droit dans le développement économique*, 31ème Congrès de Lomé, disponible sur <http://www.institut-idef.org> (consulté le 12 avril 2010).