



HAL
open science

Environnement juridique des affaires en Afrique : Système juridique et judiciaire de l'OHADA

Emmanuel Kagisye

► **To cite this version:**

Emmanuel Kagisye. Environnement juridique des affaires en Afrique : Système juridique et judiciaire de l'OHADA . 2017. hal-01495642

HAL Id: hal-01495642

<https://auf.hal.science/hal-01495642>

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 juridique des affaires en Afrique : *Système juridique et judiciaire de l'OHADA* »*

Par Dr.Emmanuel KAGISYE*

1. 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 Français¹. L'Organisation rassemble aujourd'hui dix-sept pays africains et reste ouverte à tout État membre de l'Union africaine et à tout État, non membre de l'Union africaine, invité à y adhérer d'un commun accord des États parties. Une analyse de la nature juridique de l'OHADA met en exergue une singularité de l'Organisation par rapport aux modèles classiques d'organisations internationales. *A priori*, l'OHADA est une organisation « *interétatique* » ayant pour mission d'élaborer des règles harmonisées pour les Etats membres. Ce n'est donc pas une « *union politique* » ou une « *communauté économique* ». D'où l'utilisation par certains auteurs du concept d'« *espace* »². En réalité, cet « *espace* » a institué un véritable système juridique (A) et judiciaire (B).

A. Le système juridique de l'OHADA

2. Compte tenu de sa vocation d'harmoniser le droit des affaires dans ses Etats membres, l'OHADA a institué un système juridique constitué d'un « *ensemble de normes structuré et cohérent* »³. Ce système juridique dispose de ses propres sources (I) et de caractéristiques spécifiques (II).

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

¹ 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.

² V. not. P.G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires » in : *Encyclopédie OHADA*, P.G. POUGOUE(sous dir.), Lamy, Paris, 2011, p.1328.

³ P.G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires » in : *Encyclopédie OHADA*, *op.cit.*, p.1328 ; v. P.G. POUGOUE, « Notion de droit ohada » in : *Encyclopédie OHADA*, *op.cit.*, p.1203.

I. Les sources du droit ohada

3. Parmi les sources du droit ohada, il y a lieu de distinguer le droit originaire (a), qui met en place et organise le cadre juridique et institutionnel de l'harmonisation et le droit uniforme dérivé (b), issu des actes uniformes qui constituent le « *socle matériel* »⁴ du droit des affaires⁵.

a) Les sources du droit primaire

4. Le droit primaire de l'OHADA est constitué par le Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ainsi que par les textes d'application que sont les règlements et les décisions⁶. Le Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires a été signé en date du 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice), d'où l'appellation du « *Traité de Port-Louis* »⁷. A l'origine, ce Traité a été signé par quatorze pays dont le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, la Côte d'Ivoire, le Congo, les Comores, le Gabon, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Ces pays ont été rejoints plus tard par la Guinée Bissau⁸ et la Guinée Conakry⁹ et

⁴ P.G. POUGOUE, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires » in : *Encyclopédie OHADA, op.cit.*, p. 1329.

⁵ A ces sources principales, on peut y ajouter des sources subsidiaires comme la jurisprudence et les principes généraux. V. à ce propos, J. GATSI, « La jurisprudence, source du droit ohada », en ligne sur www.juriscope.org, (consulté le 12 oct. 2012). V. eg. C.S. DJUITCHOKO, « Les sources du droit ohada », *Penant* n° 843, avril-juin 2003, p.140 et s.

⁶ En marge du Traité OHADA, il a existé un accord appelé « *Arrangements de N'Djamena* » du 18 avril 1996 sur la répartition des différents postes au sein des institutions de l'OHADA. Outre que cet Accord n'avait pas de valeur juridique, ces arrangements ont eu pour conséquence de constituer un élément de blocage des institutions et de frustrations des Etats exclus. Les chefs d'Etats ont mis un terme à cet Accord par la « *Déclaration de Québec sur les Arrangements N'Djamena* » du 17 oct. 2008.

⁷ Le Traité de Port-Louis est entré en vigueur le 18 sept. 1995. Pour des commentaires sur le Traité de Port-Louis, v. T. GERVAIS de LA FOND, « Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Gazette du Palais*, 1995, 20-21 sept. 1995, D.p.2 ; J. YOUNIS, « Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Commentaire », *Juridis périodique* n°30 avril-mai-juin 1997, p.98.

⁸ Ratifié le 15 janv. 1994 et entré en vigueur le 18 sept.1995.

⁹ Ratifié le 5 mai 2000 et entré en vigueur le 21 nov. 2000.

la République Démocratique du Congo¹⁰. Quinze ans après la création de l'OHADA, les Etats membres ont révisé le Traité de Port-Louis à Québec en date du 17 octobre 2008.

5. Pour la mise en application du Traité OHADA, il est prévu que les organes prennent des règlements et des décisions. L'article 4 du Traité OHADA révisé qui énonce les actes ne précisent cependant pas leur régime juridique. D'où de nombreuses questions portant notamment sur l'objet des règlements et décisions, sur la typologie de ces actes, sur leurs auteurs, sur leurs portée et force contraignante, sur les conditions de leur adoption et sur les modalités de leur entrée en vigueur¹¹. Si les réponses à ces questions ne font pas l'unanimité au sein de la doctrine¹², il y a lieu de convenir que les règlements et les décisions « visent un seul dessein »¹³, à savoir l'organisation et le fonctionnement des organes et institutions de l'OHADA, y compris leurs relations avec les Etats parties, destinataires du droit uniforme.

b) Les sources du droit uniforme

6. L'objectif de l'OHADA est bien tracé dès l'article 1^{er} du Traité de Port-Louis : harmonisation du droit des affaires par l'adoption des règles communes. A cet effet, l'article 5 du même Traité le complète en précisant que les actes pris pour l'adoption des règles communes sont qualifiés d'« *actes uniformes* ». Les articles 6 et suivants du Traité déterminent la procédure d'adoption des actes uniformes. Théoriquement, le Secrétariat Permanent prépare les projets d'actes uniformes qu'il propose aux Gouvernements des Etats parties. Ceux-ci disposent d'un délai de quatre-vingt-dix jours pour transmettre

¹⁰ Ratifié le 27 juin 2012 et entré en vigueur le 12 sept. 2012.

¹¹ Sur l'ensemble de ces questions, v. P.G. POUGOUE, I. KERE, J. FOMETEU et A.B. OMGBA MBARGA, « Règlement et décisions » in : *Encyclopédie OHADA, op.cit.*, p.1567-1599.

¹² Sur les différentes opinions, v. not. D. GUEYE et S.N.TALL, « Commentaires du Traité OHADA » in : *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, Paris, 3^e éd., 2011, p.27 ; M. KAMTO, « Commentaire du Traité de Québec » in : *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, op.cit.* (en annexe).

¹³ *Idem*, p.1568.

leurs observations au Secrétariat Permanent¹⁴. A l'expiration du délai imparti, le Secrétaire Permanent établit un rapport auquel il joint les observations des Etats membres et le projet d'acte uniforme. L'ensemble est transmis à la CCJA pour avis. Celle-ci dispose de soixante jours pour émettre son avis. Au terme de ce délai, le Secrétaire Permanent prépare le texte définitif du projet d'acte uniforme qu'il propose à l'ordre du jour de la prochaine session du Conseil des Ministres.

En pratique cependant, une procédure non prévue par le Traité est souvent utilisée. En effet, chaque Gouvernement fait examiner le projet par sa commission nationale qui fait des observations ou propose des amendements qui seront transmis au Secrétariat Permanent. Après réception des observations des commissions nationales, le Secrétariat Permanent organise une session desdites Commissions avant que le projet ne soit transmis à la CCJA pour avis. Au regard de cette procédure, tous les Etats participent à l'élaboration des Actes Uniformes. Ainsi, bien que cela ne soit pas explicite dans le Traité OHADA, trois organes interviennent dans la préparation des actes uniformes. Il s'agit du Secrétariat Permanent de l'OHADA, les commissions nationales et la CCJA, avant qu'ils ne soient adoptés par le Conseil des Ministres de l'OHADA. Cette procédure enlève aux parlements et aux organes de l'exécutif leur pouvoir législatif exercé désormais, pour toutes les matières concernées par l'harmonisation, par le Conseil des Ministres de cette Organisation.

7. A ce jour, neuf actes uniformes ont été déjà adoptés. Il s'agit de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE)¹⁵, de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG)¹⁶, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUDS)¹⁷, de l'Acte uniforme portant

¹⁴ Aux termes de l'article 7 al 2 du Traité révisé, ce délai « peut être prorogé d'une durée équivalente en fonction des circonstances et de la nature du texte à adopter, à la diligence du Secrétariat Permanent ».

¹⁵ Adopté le 17 avril 1997 et entré en vigueur le 1^{er} /01/1998 (*J.O.* de l'OHADA n° 2 du 1^{er} oct. 1997), révisé à Ouagadougou le 30 janvier 2014.

¹⁶ Adopté le 17 avril 1997 et entré en vigueur le 1^{er} /01/1998. L'Acte uniforme a été révisé en date du 15 déc. 2010 (déjà cité).

¹⁷ Adopté le 17 avril 1997 et entré en vigueur le 1^{er} /01/1998 (*J.O.* de l'OHADA n° 3 du 1^{er} oct. 1997). L'acte uniforme a été révisé le 15 dec.2010 (*J.O.* de l'OHADA n° 22 du 15 janv. 2011)

organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE)¹⁸, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP)¹⁹, de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUDA)²⁰, de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation de la comptabilité des Entreprises (AUHCE)²¹, de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR)²², et de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives²³. Deux des actes uniformes ont fait l'objet de révision en date du 15 décembre 2010. Des projets d'autres actes uniformes sont en cours, notamment le projet d'acte uniforme sur le droit du travail, le projet d'acte uniforme sur le droit des contrats et le projet d'acte uniforme sur la vente aux consommateurs.

Si l'OHADA a innové par la dénomination des instruments servant à l'harmonisation du droit des affaires, il se trouve que l'« *acte uniforme* » de l'OHADA se rapproche en réalité du « *règlement* » pratiqué par les autres organisations d'intégration avec lequel il partage les mêmes caractéristiques.

II. Les caractéristiques du droit uniforme de l'OHADA

8. Par sa nature propre, le droit uniforme de l'OHADA possède une force spécifique de pénétration dans l'ordre juridique des Etats membres. D'une part, la norme uniforme acquiert automatiquement statut de droit positif dans l'ordre interne des Etats et y est susceptible de créer par elle-même des droits et des obligations. Il s'agit de l'applicabilité immédiate et de l'effet direct des normes ohada (b). D'autre part, la norme uniforme prend place au sein de l'ordre juridique interne avec rang de priorité et y abroge toute

¹⁸ Adopté le 10 avril 1998 et entré en vigueur le 10/07/1998 (*J.O. de l'OHADA* n° 6 du 1^{er} juil. 1998).

¹⁹ Adopté le 10 avril 1998 et entré en vigueur le 1^{er} /01/1999(*J.O. de l'OHADA* n° 7 du 1^{er} juil. 1998), révisé à Grand Bassam (Cote d'Ivoire) le 10 septembre 2015.

²⁰ Adopté le 11 mars 1999 et entré en vigueur le 11 juin 1999 (*J.O. de l'OHADA* n° 8 du 15 mai 1999).

²¹ Adopté le 23 mars 2000 et entré en vigueur le 1^{er} janv. 2001 (pour les comptes personnels des entreprises) et le 1^{er} janv. 2002 (pour les comptes consolidés et les comptes combinés) (déjà cité).

²² Adopté le 22 mars 2003 et entré en vigueur le 1^{er} janv. 2004 (*J.O. de l'OHADA* n° 13 du 31 juil. 2003 pp. 1-23).

²³ Adopté le 15 déc. 2010 et entré en vigueur le 15 mai 2012 (*J.O. de l'OHADA* n° 23 du 15 févr. 2012).

disposition contraire de droit interne : c'est l'application exclusive des normes ohada (c). Avant d'examiner cette force de pénétration et de subrogation des normes uniformes au sein des ordres juridiques des Etats membres, il importe de préciser que le droit uniforme de l'OHADA constitue un ordre juridique autonome (a).

a) Autonomie de l'ordre juridique ohada.

9. A l'instar d'autres organisations d'intégration, l'OHADA a institué un ordre juridique autonome²⁴. Dégagée pour la première fois par la Cour de justice de l'Union européenne, l'autonomie de l'ordre juridique communautaire signifie que l'ordre juridique communautaire est un « *ordre propre, intégré au système juridique des Etats membres* »²⁵, qu'il est issu d' « *une source autonome* » et qu'il est « *indépendant des Etats membres* »²⁶. Il convient de préciser toutefois que cette référence à l'intégration du droit uniforme dans l'ordre interne ne signifie nullement l'absorption des normes uniformes par les droits nationaux. Au contraire, le droit uniforme intégré dans les systèmes juridiques des Etats membres constitue une source du droit national mais en tant que droit uniforme, avec ses caractéristiques propres²⁷.

En pratique, l'autonomie du droit communautaire présente deux dimensions : d'un côté, il y a l'autonomie de validité et d'effectivité qui signifie que la validité du droit uniforme ainsi que ses effets dans l'ordre juridique des Etats membres ne pourraient être affectés par une éventuelle atteinte de ce droit par des sources de droit national²⁸. C'est manifestement ce que s'emploie à dire l'article 10 du Traité OHADA, en précisant que le droit uniforme s'applique nonobstant toute législation interne. Dans le même sens, la

²⁴ Sur le contenu de cette notion, cf. nos développements *supra*, n° 6.

²⁵ CJUE, 15 juil. 1964, *Costa/Enel*, déjà cité.

²⁶ CJUE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, déjà cité.

²⁷ En ce sens v. G. ISAAC et M. BLANQUET, *op.cit.*, p. 262.

²⁸ Cf. G. ISAAC et M. BLANQUET, *op.cit.*, p. 262.

Cour de justice a clairement affirmé que « *la validité du droit communautaire ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire* »²⁹.

10. D'un autre côté, il y a l'autonomie d'interprétation qui concerne la signification à retenir pour les notions de droit communautaire, c'est-à-dire les qualifications juridiques. En ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a dégagé des notions autonomes communautaires qui ont une dimension, un sens et une portée communautaire, différents des droits nationaux³⁰. Dans la même logique, la Cour commune de justice et d'arbitrage, emboîtant le pas à la Cour de justice de l'Union européenne, a vu, dans son arrêt n° 13 du 18 avril 2002³¹, dans l'article 49 de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement du passif et les voies d'exécution³², non pas un renvoi au droit national mais un renvoi aux règles générales de l'Acte uniforme posant les principes généraux des voies d'exécution figurant dans le titre I du livre II aux articles 28 et suivants. La Cour commune a réaffirmé à cette occasion l'autonomie de l'ordre juridique ohada.

11. Force est de reconnaître cependant que l'autonomie de l'ordre juridique ohada est fortement amputée par le fait que l'application de certaines dispositions des actes uniformes est subordonnée à l'existence des dispositions de droit interne notamment en matière pénale. Cette limitation est imposée par le Traité OHADA lui-même³³. Dans cette matière, le législateur ohada est compétent pour définir les éléments constitutifs des infractions mais pas les sanctions pénales encourues qui doivent être définies par les Etats parties. Ainsi, l'application des dispositions pénales des actes uniformes dépend de l'existence de telles sanctions en droit interne³⁴. Dans d'autres matières également on

²⁹CJUE, 17 déc. 1970, *internationale handelgesellschaft*, aff.11/70, Rec.1125.

³⁰Pour une analyse approfondie, v. D. SIMON, « *Les fondements de l'autonomie du droit communautaire* » in : *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Pedone, Paris, 2000, pp.207-249.

³¹Arrêt déjà cité.

³² Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement du passif et les voies d'exécution, adopté le 10 avril 1998 et entré en vigueur le 10/07/1998 (*J.O. de l'OHADA* n° 6 du 1^{er} juil. 1998).

³³Cf. Traité OHADA, article 5 al. 2.

³⁴ Sur la problématique du droit pénal dans le droit ohada, v. N. DIOUF, « Actes uniformes et droit pénal des Etats signataires du traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire dans l'espace OHADA », *Revue burkinabé de droit* n° 39-40, 2001, pp.63-74 , M. MAYOUBE, « Le système

retrouve pareille contrainte. En effet pour respecter les spécificités sociales et économiques des Etats parties, le législateur ohada a, dans certains actes uniformes, purement et simplement renvoyé au droit national. Il en est ainsi du montant de l'exécution provisoire, des montants de quotité disponible, des montants déterminant la nécessité de l'écrit pour la constatation des engagements, actes authentiques ou sous seing privé, pour la forme des statuts des sociétés commerciales, des actes constitutifs d'hypothèques, *etc.* Malgré cette amputation, il faut reconnaître aujourd'hui que l'autonomie de l'ordre juridique ohada est incontestable³⁵ et implique la reconnaissance des rapports particuliers avec l'ordre juridique des Etats membres dans lesquels il est immédiatement applicable.

b) Applicabilité immédiate et effet direct des normes uniformes ohada

12. Dans la pratique communautaire, il est de coutume que l'application de certains instruments communautaires ne soit pas subordonnée à sa réception par les organes étatiques compétents. Il en est de même en droit uniforme ohada qui est immédiatement applicable dans tous les Etats membres (1) et qui produit un effet direct à l'égard des particuliers (2).

1. Applicabilité immédiate des normes uniformes ohada

13. L'efficacité de l'ordre juridique ohada dans les Etats parties implique son insertion dans le droit positif des Etats parties. C'est sans doute dans cette logique que le Constituant ohada a édicté que « *les actes uniformes sont directement applicables dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou*

pénal ohada ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant* n° 846, janv.- mars 2004, p.87 et R. SOCKENG, *Droit pénal des affaires ohada*, Presses MINSI Le competing, Douala, 2007.

³⁵ Cette autonomie a été reconnue également par la Cour de justice de l'UEMOA qui déclare que « *le fait de viser dans un règlement communautaire les règles statutaires et légales de l'OHADA ne fait-il pas de ce texte un acte d'intégration dans le droit communautaire, en d'autres termes ne s'agit-il pas d'une immixtion dans un ordre juridique autonome ?* ». Cf. Cour de justice de l'UEMOA, Avis n° 001 du 2 févr. 2000, ohadata J-02-62, note de Y. BATCHASSI.

postérieure »³⁶. Se trouvent ainsi précisées, non seulement la règle de l'applicabilité directe des actes uniformes mais aussi son ampleur dans les Etats membres de l'OHADA.

Si la portée de l'article 10 du Traité OHADA a suscité des controverses³⁷. Il est aisé d'y déceler l'idée que les actes uniformes puissent produire leurs effets dans les Etats membres de manière directe, c'est-à-dire, sans passer par une mesure nationale d'introduction ou d'incorporation, encore moins de transformation. Il s'agit de ce que l'on peut appeler la validité automatique des actes uniformes dans les systèmes juridiques des Etats membres. D'une part, la règle signifie qu'il n'est pas nécessaire, pour rendre applicables les actes uniformes dans les Etats membres, de prendre des mesures nationales quelconques, qu'il s'agisse de mesures d'approbation ou de ratification ou de mesures transformant les actes uniformes en règles de droit interne. D'autre part, elle implique qu'il n'est pas nécessaire, pour rendre applicables les actes uniformes dans les Etats membres, de prendre des mesures nationales d'abrogation. En d'autres termes, l'abrogation expresse des dispositions de droit interne ne constitue pas une condition d'application des actes uniformes. Néanmoins, une telle abrogation pourrait faciliter l'application des actes uniformes dans les Etats membres. C'est ainsi que certains Etats ont entrepris, dans le cadre de l'OHADA, des travaux de mise en conformité de leur droit interne avec les actes uniformes³⁸.

14. Pour mieux saisir l'ampleur de la règle de l'applicabilité directe des normes de l'OHADA, il convient encore de préciser ce qu'il faut entendre par les termes « *nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* » inscrits au niveau de l'article 10 *in fine* du Traité. Encore une fois ces termes ont donné lieu à une controverse. Ils consacrent, selon J. ISSA-SAYEGH, plus que l'interdiction de contredire l'applicabilité directe des actes uniformes, le caractère inopérant de toute

³⁶ Article 10 du Traité Ohada.

³⁷ V. à propos les différentes lectures qui en a été faites, v. nos développements *infra*, n° 67 et s.

³⁸ Ces Etats sont la Cote d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Conakry et le Sénégal. Sur cette question v. J.I.SAYEGH, « Réflexion et suggestions sur la mise en conformité du droit des Etats membres avec les actes uniformes et réciproquement », *Penant* n°850, 2005, p.7 ; ohadata D-04-12.

disposition de droit interne qui viendrait à contredire cette applicabilité directe³⁹. C'est donc une règle de l'applicabilité directe absolue des actes uniformes qui est ici consacrée. Comprendre la signification de cette règle de l'applicabilité directe passe également par l'identification des droits de ses destinataires.

2. Effet direct des normes uniformes ohada

15. L'effet direct du droit uniforme signifie que ce droit peut créer directement des droits et des obligations au profit ou à la charge des justiciables et que ces derniers peuvent, sans autre condition, invoquer les normes ohada à l'appui d'un recours devant le juge national. Comme le faisait constater si bien le Président R. LECOURT, dans le cadre des communautés européennes « *ou bien la Communauté est, pour les particuliers, une séduisante mais lointaine abstraction ..., ou bien elle est pour eux une réalité effective et par conséquent, créatrice de droits* »⁴⁰. Sur la même lancée, il définira l'effet direct comme étant « *le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions communautaires, et l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève* ». ⁴¹

De la sorte, l'effet direct constitue aujourd'hui l'« *une des caractéristiques essentielles à l'ordre juridique communautaire* »⁴². Pour cause, l'effet direct du droit communautaire est un caractère consubstantiel à la nature même de la Communauté⁴³. Consacré pour la première fois par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Van Gend en Loos*, le juge de Luxembourg y constate que l'objectif du Traité de Rome est d'« *instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la communauté* ». La Cour de justice précisera également que « *le droit*

³⁹V. une des lectures de l'article 10 du Traité OHADA faites par J.ISSA-SAYEGH, *infra* n° 69 et s.

⁴⁰R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 248.

⁴¹*Ibidem*.

⁴²CJUE, 14 déc. 1991, avis 1/91, I.6079, point 21.

⁴³J.M. FAVRET, *Droit et pratique de l'Union européenne*, Gualino, Paris, 6^e éd., 2009, p.369.

*communautaire (...), de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ».*⁴⁴

17. *Mutatis mutandis*, le principe dégagé par la Cour de justice des communautés européennes s'applique sur le droit uniforme ohada. Le droit uniforme ohada concerne inévitablement et directement les ressortissants des Etats membres qui sont des sujets à part entière de l'ordre juridique communautaire ohada. Il en résulte ainsi que le juge national a l'obligation de garantir l'exercice des droits que les ressortissants des Etats membres de l'OHADA tirent du droit uniforme.

Toutefois, le principe d'effet direct n'a pas une portée générale et absolue. Il ne vaut pas pour toutes les normes communautaires. En droit européen, une norme ne produit d'effet direct que dans la mesure où elle satisfait à certains critères (clarté, précision, inconditionnalité)⁴⁵. De plus, l'invocabilité d'une norme d'effet direct (son aptitude à être invoquée à l'appui d'un recours devant le juge national) a une portée variable ; dans certains cas, la norme communautaire ne pourra être invoquée que par un particulier à l'encontre d'un Etat membre (effet direct vertical) ; dans d'autres hypothèses, elle pourra être également invoquée entre les particuliers eux-mêmes (effet direct horizontal). Aujourd'hui, si le droit OHADA nous offre encore peu de pratique pour ce qui est du Traité OHADA et ses règlements d'application⁴⁶, il reste évident que l'effet direct des actes uniformes ne fait l'ombre d'aucun doute. La jurisprudence de la Cour commune nous indiquera à l'avenir si le droit primaire peut produire de l'effet direct et sous quelles conditions, comme ce fut le cas pour l'application exclusive des actes uniformes.

⁴⁴ CJUE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, précité. La signification de l'effet directe sera encore précisée dans l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978. Pour plus de détails v. CJUE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* 1978, p.629.

⁴⁵ CJUE, 12 nov. 1969, *Stauder*, aff.29/69, *Rec.*, 1969, p.419.

⁴⁶ A ce jour, plusieurs règlements d'application ont déjà été adoptés par le Conseil des Ministres de l'OHADA. Il y a lieu de citer entre autres le Règlement relatif à la procédure de la CCJA adopté le 18 avril 1996 ; le Règlement d'arbitrage de la CCJA adopté le 11 mars 1999 ; le Règlement financier des institutions de l'OHADA et le Règlement portant statut des fonctionnaires et le régime applicable au personnel de l'OHADA adopté le 30 janv. 1998.

c) Application exclusive des normes uniformes ohada

18. Parmi les dispositions du Traité OHADA, l'article 10 occupe une place de choix. Cette disposition régit en effet, non seulement la pénétration du droit ohada dans les ordres juridiques internes des Etats membres, mais aussi les rapports entre les actes uniformes et les dispositions de droit interne des Etats membres. A cette qualité de disposition charnière s'est greffée celle de disposition controversée, la doctrine se demandant si réellement cette disposition est susceptible de fonder la suprématie du droit uniforme sur le droit interne. Face aux incertitudes liées à la portée exacte de l'article 10 du Traité et à la demande de la République de Côte d'Ivoire⁴⁷, la Cour commune a rendu un avis consultatif en date du 30 avril 2001⁴⁸. L'occasion a donc été saisie par la Cour commune pour affirmer tour à tour la portée supranationale (1) et abrogatoire (2) de l'article 10 du Traité OHADA.

1. Supranationalité du droit uniforme ohada

19. De nos jours, la supranationalité des actes uniformes tirée de l'article 10 du Traité OHADA est présentée par la doctrine comme une évidence. L'idée est assénée sans la moindre tentative d'explication, ni de son bien-fondé, ni de la méthode utilisée pour parvenir à l'interprétation de cette disposition. Pour les uns, l'article 10 consacre la suprématie du droit harmonisé sur le droit interne⁴⁹, pour les autres il est le siège de la règle de la primauté du droit ohada sur le droit national des Etats membres⁵⁰, pour d'autres encore, il est à l'origine de la supranationalité⁵¹. Cette démarche caractéristique est d'autant plus frappante que l'article 10 ne contient aucun terme qui entretiendrait une

⁴⁷ V. Demande d'avis de la République de Côte d'Ivoire enregistré au greffe de la CCJA sous le n° 002/2000/EP du 19 oct. 2000.

⁴⁸ CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, obs. I.J. SAYEGH, *Recueil de jurisprudence de la CCJA* n° spécial, janv. 2003, p.74, ohadata J-02-04.

⁴⁹ En ce sens v. D. ABARCHI, « La supranationalité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », *Revue internationale de droit africain EDJA*, n° 4, 2000, pp.7-31.

⁵⁰ I.K. DIALLO, « La problématique de l'intégration africaine : l'équation de la méthode », *Le bulletin de transport multimodal*, janv.-mars 2004, n°00, p.8 et s., ohadata D-05-16.

⁵¹ D. ABARCHI, « La supranationalité de l'OHADA », *EDJA*, n°44, janv.-févr.-mars 2000, p.7 et s.

quelconque synonymie avec l'idée de supériorité des actes uniformes. Sans pour autant défendre l'idée qu'une supranationalité ne soit pas concevable en la matière, il nous paraît souhaitable de comprendre le raisonnement ayant permis à la Cour commune de conclure à une quelconque supranationalité des actes uniformes.

20. En revanche, avant l'avis de la Cour Commune, certains auteurs ne se sont pas limités à affirmer simplement le principe de supranationalité des actes uniformes. Ils ont surtout tenté de lui trouver une explication à travers une interprétation, à vrai dire textuelle, de l'article 10 du Traité. Pour F. M. SAWADOGO, les actes uniformes se situent au-dessus des lois internes en raison du fait qu'ils « *l'emportent sur les dispositions internes postérieures, de même qu'ils l'emportent sur les dispositions internes antérieures en raison du principe qui veut que la loi nouvelle l'emporte sur la loi ancienne* »⁵². Cette idée a été reprise et développée par Pierre MEYER qui a dégagé deux principes par rapport à la cohérence de tout système juridique : un principe temporel qui veut qu'une norme postérieure abroge une norme antérieure de rang identique et un principe hiérarchique qui, supplantant le principe temporel, veut qu'une norme inférieure même postérieure ne puisse abroger une norme supérieure. Pour cet auteur, la cohérence du droit OHADA est exclusivement assurée par ce dernier principe dont la mesure est donnée par l'article 10 du Traité à travers le qualificatif « *postérieur* ». Partant de l'idée que seule une norme hiérarchiquement supérieure peut rendre caduque une norme postérieure, il soutient que l'article 10 « *établit clairement et sans aucun doute possible la supériorité hiérarchique du droit porté par les Actes uniformes sur les dispositions législatives et réglementaires de droit interne* »⁵³.

21. Cette position a été confirmée par la Cour commune dans son avis du 30 avril 2001. Dans sa première branche, la question consistait à savoir si l'article 10 du Traité contient une règle de supranationalité. La Cour répond que « *l'article 10 du Traité [...] contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans*

⁵² F.M. SAWADOGO, « Les actes uniformes de l'OHADA: aspects techniques généraux », *Revue Burkinabé de droit*, n° 3940, n° spécial 2001, p.37.

⁵³ P. MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant* n° 855, 2006, p.158-159.

les Etats parties des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures ». Ainsi, la règle de la supranationalité découlerait selon la Cour, d'une part de l'applicabilité directe et obligatoire des actes uniformes dans les Etats membres et d'autre part, de leur suprématie sur les dispositions de droit interne. Faut-il regretter cette réponse de la Cour commune face à une question qui a longtemps préoccupé la doctrine ? C'est la démarche qui est frappante. En effet, la Cour répond à la question posée presque brutalement, sans explication ni raisonnement juridique. Cela vaudrait donc la peine de savoir quelle est la méthode d'interprétation ici privilégiée par la Cour et surtout quelle est la justification d'une telle supranationalité. On peut en dire autant de l'affirmation de la portée abrogatoire de l'article 10 du Traité OHADA.

2. Abrogation des dispositions de droit interne par le droit uniforme

22. Des années après l'entrée en vigueur et l'application des actes uniformes de l'OHADA, de nombreux praticiens et même les Etats s'interrogeaient sur la portée abrogatoire, en droit interne, des actes uniformes⁵⁴. Ces interrogations portaient d'une part, sur la portée *ratione materiae* de l'abrogation, c'est-à-dire abrogation totale ou partielle. Dans sa demande d'avis, la Côte d'Ivoire posait la question en ces termes : « *faut-il comprendre cette abrogation comme concernant tout texte ayant le même objet général ... que l'Acte uniforme ou simplement telles ou telles dispositions précises d'un texte national contraires à celles des actes uniformes ayant le même objet bien délimité* »? D'autre part, la Côte d'Ivoire posait la question de la cohérence des dispositions abrogatoires du Traité de Port-Louis et celles contenues dans les actes uniformes ?

23. La Cour commune a saisi l'occasion pour affirmer la portée abrogatoire de l'article 10 en ces termes : « *en vertu du principe de supranationalité qu'il consacre, l'article 10 [...] contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les actes*

⁵⁴Cf. J.ISSA-SAYEGH, « La portée abrogatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats parties », *Revue burkinabé de droit*, n° spécial (2001), n° 39-40, p.51, ohadata D-02-14.

uniformes »⁵⁵. Selon la Cour, la règle de supranationalité contenue dans l'article 10 du Traité constitue le fondement de l'abrogation du droit interne par les actes uniformes. En d'autres termes, les actes uniformes sont abrogatoires des dispositions de droit interne en raison du fait qu'ils leur sont supérieurs.

Dès l'instant que la règle de l'abrogation est affirmée, il restait à en préciser la portée abrogatoire. A cette question, la Cour commune juge que « *sauf dérogations prévues par les actes uniformes eux-mêmes, l'effet abrogatoire de l'article 10 du Traité [...] concerne l'abrogation ou l'interdiction de l'adoption de toute disposition, d'un texte législatif ou réglementaire de droit interne, présent ou à venir ayant le même objet que les dispositions des actes uniformes et étant contraires à celles-ci* »⁵⁶. C'est donc une abrogation partielle qui rallie clairement les suffrages de la Cour commune. Sont donc considérées comme abrogées ou interdites d'adoption deux séries de dispositions : les dispositions ayant le même objet que celles des actes uniformes et qui leur sont contraires d'une part, et les dispositions identiques à celles des actes uniformes d'autre part. Par dispositions contraires, il faut entendre, précise la Cour commune, « *tout texte législatif ou réglementaire contredisant dans la forme, le fond et/ou l'esprit les dispositions d'un acte uniforme* ».

24. Du raisonnement de la Cour commune, on peut déduire deux situations dans lesquelles les dispositions de droit interne des Etats membres demeurent applicables. La première concerne les dispositions de droit interne qui, ayant le même objet que les actes uniformes, ne leur sont pas contraires et la seconde les dispositions de droit interne qui ne sont pas identiques aux dispositions des actes uniformes. Les dispositions de droit interne non contraires et celles non identiques ont ainsi vocation, simultanément, à rester en vigueur. Or, il nous paraît difficile de concilier le maintien de ces deux types de dispositions. Car des dispositions non contraires — en l'espèce maintenues selon le raisonnement de la Cour — peuvent correspondre à des dispositions identiques censées être abrogées, et inversement des dispositions non identiques — en l'espèce maintenues

⁵⁵ CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, déjà cité.

⁵⁶ CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, déjà cité.

selon le raisonnement de la Cour — peuvent équivaloir à des dispositions contraires censées à leur tour être abrogées. La Cour a mis sur le même plan deux situations dont l'une constitue en réalité une composante de l'autre. Au lieu d'une approche horizontale, la Cour aurait pu privilégier une approche verticale. Selon cette dernière approche, ce sont les seules dispositions contraires qui doivent être abrogées. Sont donc maintenues les dispositions non contraires et qui sont de deux types: les dispositions non contraires et identiques et les dispositions non contraires et non identiques⁵⁷.

C'est à ce stade du raisonnement que le deuxième niveau d'abrogation peut intervenir. Sont alors abrogées les dispositions non contraires et identiques. Cette solution peut se justifier par un souci de cohérence et de sécurité juridique consistant à ne pas laisser coexister deux types de dispositions à tout point de vue identiques⁵⁸. Sur la nature des dispositions abrogées ou interdites d'adoption, la Cour utilise l'expression « *texte législatif ou réglementaire* ». Il est permis de penser que la Cour commune entend par là épargner de l'abrogation les dispositions à valeur constitutionnelle des Etats membres.

25. Quant à la cohérence des dispositions abrogatoires du Traité de Port-Louis et celles des actes uniformes, avant même de préciser l'ampleur de l'abrogation qu'elle tire de l'article 10 du Traité, la Cour commence par annoncer une dérogation à la règle qu'elle va poser en utilisant les termes « *sauf dérogations prévues par les actes uniformes eux-mêmes* ». Cela voudrait-il dire que les actes uniformes dérogent à l'article 10 du Traité quant à l'ampleur de l'abrogation des dispositions de droit interne ? La question est d'autant plus intéressante que certaines dispositions abrogatoires des actes uniformes ne semblent pas consacrer la solution de l'abrogation partielle des dispositions de droit interne retenue par la Cour commune⁵⁹. De même, d'autres dispositions abrogatoires des

⁵⁷ P. DIEDHIOU, « L'article 10 du Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale? », *Rev. droit unif.*, 2007, vol.12 -2, p. 265, ohadata D-08-05.

⁵⁸ L'abrogation large semble avoir également eu les faveurs de la doctrine pour des raisons d'efficacité. V. en ce sens J.ISSA-SAYEGH, *op.cit.*, p.21 ; F.M. SAWADOGO, « Les actes uniformes de l'OHADA: aspects techniques généraux », *Revue Burkinabède droit*, n° 3940, n°spéc. 2001, p. 46; B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S.THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, LexisNexis Litec, Paris, 2004, n°72.

⁵⁹ C'est le cas de l'article 35 alinéa I de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui dispose que « *le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats parties* », c'est surtout le cas de

actes uniformes ne semblent pas abroger les dispositions postérieures contraires⁶⁰. D'où l'intérêt de la dérogation que semble accorder la Cour commune aux actes uniformes sur la question de l'ampleur de l'abrogation. Par conséquent, si l'on répond par l'affirmative à la question de la valeur dérogatoire des actes uniformes quant à l'ampleur de l'abrogation, alors les solutions abrogatoires particulières prévues par ces actes uniformes devraient être applicables.

Pourtant, la Cour a considéré, en réponse à la cinquième branche de la quatrième question, que l'article 257 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif abroge les dispositions antérieures contraires, autant qu'il interdit l'adoption de dispositions postérieures contraires. Elle a de même considéré, en réponse à la sixième branche de la quatrième question, que l'article 35 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage doit être interprété comme n'abrogeant pas les dispositions non contraires susceptibles d'exister en droit interne. Elle aurait pu en dire autant de l'article 336 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Se trouve ainsi affirmée, d'une part, la portée abrogatoire des actes uniformes par rapport à l'article 10 du Traité de Port-Louis, et d'autre part, déclarée la conformité des dispositions abrogatoires des actes uniformes à l'article 10 du Traité de Port-Louis⁶¹.

26. En définitive, la portée supranationale et abrogatoire de l'article 10 du Traité OHADA proposée par la doctrine a été effectivement consacrée par la Cour commune. Mais autant la doctrine a peiné à justifier clairement et de façon convaincante de telles solutions, autant la Cour commune n'a pas brillé par l'ingéniosité de sa démarche. Ainsi,

l'article 336 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution selon lequel « *le présent Acte uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les États parties* ». On pourrait être fondé à considérer que ces deux dispositions consacrent une abrogation totale des dispositions de droit interne, sans distinguer selon leur contrariété ou non aux dispositions des actes uniformes.

⁶⁰ L'exemple nous est fourni par l'article 150 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés et par l'article 257 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui utilisent la formule selon laquelle « *sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à celles du présent Acte uniforme* ».

⁶¹ En réponse à la deuxième branche de la deuxième question, la Cour commune affirme que « *les dispositions abrogatoires contenues dans les Actes uniformes sont conformes à l'article 10 du Traité* ».

pour la doctrine, la question de la justification de la supranationalité et de la portée abrogatoire des actes uniformes en vertu de l'article 10 du Traité reste donc toute entière et attend encore des réponses plus claires de la part de l'instance judiciaire de l'OHADA.

B. Le système judiciaire de l'OHADA

27. « *Tout droit réclame des juges pour le servir* » disaient Gérard CORNU et Jean FOYER⁶². 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 perçue comme une défiance au magistrat, ont amené le constituant OHADA à faire intervenir une juridiction communautaire dans le processus de la décision arbitrale⁶³. Appréciant la pertinence de la création de cette 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*»⁶⁴.

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'arbitrage⁶⁵; les

⁶² G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, coll. Thémis, PUF, Paris, 1996, p.2.

⁶³ 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.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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).

Statuts du personnel de l'OHADA⁶⁶ ainsi que le Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage⁶⁷. A la lumière de ces différents textes, il convient d'examiner la composition (I) ainsi que les compétences (II) de cette Cour communautaire.

I. Composition de la Cour commune de justice et d'arbitrage

28. La Cour commune, « garante de l'interprétation »⁶⁸ et de l'application du droit uniforme est composée de neuf juges⁶⁹ 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 candidat doit avoir quinze ans d'expérience)⁷⁰. Ces critères assez restrictifs sont en grande partie expliqués par les compétences dont disposent la Cour commune de justice et d'arbitrage.

II. Compétences de la Cour commune de justice et d'arbitrage

⁶⁶ 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).

⁶⁷ 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).

⁶⁸ E. NSIE, « La Cour commune de justice et d'arbitrage », *Penant* n°828, 1998, p.308.

⁶⁹ Le nombre de juge de la CCJA est passé de sept (prévu par l'ancien Traité) à neuf dans le Traité révisé.

⁷⁰ Sur les conditions d'éligibilité comme juge de la Cour commune, v. E. NSIE, *op.cit.*, p.308 et s.

29. Le Traité de Port-Louis confère deux domaines d'attributions à la Cour commune qui a, d'une part des attributions juridictionnelles (a) et d'autre part des attributions non juridictionnelles (b)⁷¹.

a) Les fonctions juridictionnelles de la CCJA

30. En tant que juridiction, la Cour commune siège en formation plénière comprenant les neuf juges ou en chambres de trois ou de cinq juges présidées par le Président ou l'un des vice-présidents. Sa compétence d'attribution est déterminée par l'article 14 alinéa 3 du Traité de Port-Louis qui en fait la juridiction de cassation connaissant de tous les litiges relatifs à l'application du droit harmonisé et des règlements prévus par ledit Traité. C'est donc uniquement devant la CCJA que les parties peuvent se pourvoir en cassation en attaquant les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions nationales en vue d'en obtenir l'annulation. Par ailleurs, dans cette matière le Traité de Port-Louis a fait une grande innovation : en cas de cassation la Cour commune évoque et statue sur le fond de l'affaire⁷². A ce titre, la Cour commune constitue un troisième degré de juridiction⁷³.

b) Les fonctions non-juridictionnelles de la CCJA

31. Dans ces fonctions non-juridictionnelles, la Cour commune ne tranche pas les litiges. Elle donne des avis consultatifs et joue un rôle en matière arbitrale. Le rôle consultatif de la Cour commune est prévu dans deux cas. D'une part, lors de l'élaboration des actes uniformes, la Cour commune donne un avis sur les projets d'actes uniformes présentés

⁷¹ 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).

⁷² Sur cette technique originale d'évocation v. spéc. B. DIALLO, « Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la CCJA dans le cadre du Traité OHADA », *Penant* n° 858, p. 40 ; ohadata D-07-23.

⁷³ L'expression « troisième degré de juridiction » ne fait pas l'unanimité. Sur ce point v. spéc. E.A. ASSI, « La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ? », *RIDC* n°4, oct.-déc. 2005, p.943 et s. ; B. DIALLO, *op.cit.*, p. 40 et s.

par le Secrétariat Permanent de l'OHADA. A ce titre et comme le souligne T. GERVAIS DE LAFOND, c'est « *en tant que gardienne du Traité, mais aussi qu'elle aura, une fois les actes uniformes adoptés, mission d'en assurer l'interprétation et la bonne application dans les Etats parties que la Cour commune est consultée pour avis* »⁷⁴. D'autre part, la Cour commune peut être consultée sur des questions relatives à l'application du droit harmonisé et des règlements prévus par le Traité OHADA. La demande de consultation peut émaner d'un Etat partie, du Conseil des Ministres ou des juridictions nationales, c'est-à-dire les tribunaux et cours d'appel saisis d'un contentieux relatif à l'application des actes uniformes⁷⁵.

32. Au titre de fonction non juridictionnelle, la Cour Commune joue également un rôle dans une procédure d'arbitrage. En effet, les parties à un litige né ou à naître peuvent choisir de le régler par voie extra juridictionnelle en désignant librement et d'un commun accord, à la suite d'une convention, un ou plusieurs arbitres chargés de trancher leur différend. Cependant, si le Traité de Port-Louis laisse aux parties une liberté certaine dans le choix des arbitres, il prévoit une intervention de la Cour commune à trois niveaux de la procédure d'arbitrage⁷⁶. La Cour commune a d'abord un pouvoir de confirmation ou de nomination des arbitres par défaut. Lorsque les arbitres ont été désignés par les parties et que la question ne soulève aucune contestation, la CCJA se contente de les confirmer dans leurs fonctions. Elle ne procède à leur nomination qu'à défaut de désignation par les parties ou d'accord entre elles dans le délai de trente jours à compter de la notification de la demande d'arbitrage. Ensuite et en dehors de la confirmation ou de la désignation par défaut des arbitres, la Cour commune examine les projets de sentences arbitrales. La décision de l'arbitre n'est régulière que si elle a été soumise à la Cour commune qui ne

⁷⁴ T.GERVAIS DE LAFOND, « Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *op.cit.* p.2.

⁷⁵ Il convient de préciser ici que la demande d'avis est différente de la question préjudicielle, sur cette question v. not. C. GLAUBERT, « La question préjudicielle en droit ohada et droit communautaire », *ohadata* D-05-20.

⁷⁶ Pour des précisions sur les fonctions de la CCJA, cf. A. BAMBA, « La procédure d'arbitrage devant la Cour commune de justice et d'arbitrage », *Penant* n°833, 2000, numéro spécial, p.147 ; G. KENFACK, « L'arbitrage CCJA », *Rev. camerounaise de l'arbitrage* n° 6, 1999,p. 3 et s. ; J. M'BOSSO, « Le fonctionnement du centre d'arbitrage CCJA et le déroulement de la procédure arbitrale », *Rev. camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial 2001, p. 42 et s.; P. MEYER, *Droit de l'arbitrage. Manuel de droit ohada*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

peut y apporter que des modifications de forme. Enfin, la Cour commune est juge de l'exequatur de la sentence arbitrale. De ses différentes interventions, parfois *sui generis*, la Cour commune façonne l'ordre juridique de l'OHADA.