

UNIVERSITE D'ETE OHADA 2008



RAPPORT GENERAL

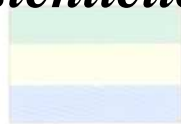
« *OHADA entre adolescence et âge adulte : une crise existentielle !* »



Congo



Côte d'Ivoire



Gabon



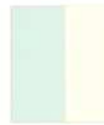
Guinée



Guinée-Bissau



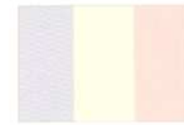
Guinée Équatoriale



Mali



Niger



Tchad



Togo



RD
République Démocratique
du Congo



Orléans, du 1 au 3 juillet 2008

A la Faculté de Droit de l'Université d'Orléans / France

Achille NGWANZA*

Secrétaire Général de Cercle Horizon

Au moment d'entamer ces observations conclusives, nous tenons à adresser notre profonde gratitude à l'assemblée si nombreuse avec une marque particulière pour tous les responsables institutionnels de l'OHADA, de même que pour les personnalités judiciaires et gouvernementales¹. Leur présence en ces lieux a permis de relever d'un lustre particulier le prestige de cette université d'été. A l'image de la convivialité de cet amphithéâtre, il nous est agréable d'avouer notre vive émotion en raison de la solide notoriété des précédents intervenants. Il est également plaisant de noter la grande finesse méthodologique du Club OHADA d'Orléans quant à la formulation de la thématique centrale de ce colloque. En effet, en énonçant la problématique de la sécurisation et de la fiabilisation en zone OHADA sous la forme affirmative, la réflexion s'éloigne des querelles idéologiques pour rester dans l'investigation scientifique. Ainsi, l'on étouffe dans l'œuf, toutes les polémiques relatives à l'avènement d'un nouvel avatar de l'hégémonie politico-culturelle de la puissance coloniale. Une telle démarche a le mérite de faire la part belle aux questions inhérentes à la quintessence de l'entreprise communautaire. Elle relègue au bas de l'échelle les débats visant les prétendus desseins inavoués de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Alors, disons-le sans ambages, bravo Cercle Horizon ! Le choix d'exposants issus de corporations juridiques professionnelles au détriment des affidés des joutes politico-doctrinales participe de cette logique. Dans ce sens, il est intéressant de souligner que ce colloque s'achève sur une note universitaire alors que seuls les praticiens ont planché². Simple curiosité, volonté délibérée de l'organisation ou choix conscient et orienté ?

Quelque soit la réponse donnée à ces interrogations, il est clair que la science juridique n'a de sens que dans un chassé croisé permanent entre droit vivant et droit savant. Pour ce faire, l'universitaire doit se garder d'aborder la réflexion du praticien avec une fâcheuse condescendance qui le conduit à opposer celui-ci une réflexion nébuleuse, dont le but ultime n'est qu'une forfanterie puérile. Conscient de ce danger, il nous appartient de replacer les interventions de ces deux jours sous un angle théorique après le passage en revue des nombreuses imperfections du droit africain. Dans cette optique, un arrêt sur image de la vie de l'OHADA permet de constater que l'Organisation³ a quinze ans, âge moyen de la puberté, c'est-à-dire la période de toutes les interrogations existentielles chez l'humain. Qui suis-je ? Quelles sont les orientations de mon avenir eu égard à mon histoire ? Telles sont exactement les questions que se pose l'OHADA et auxquelles les rapporteurs de cette Université d'été ont essayé de répondre. A l'évidence, le tronc commun de ces interrogations vise l'ipséité de l'OHADA, c'est à dire sa carte d'identité et son positionnement sur le marché des modèles juridiques. Il n'est donc pas excessif d'affirmer que l'ébullition intellectuelle autour de l'OHADA est une crise de perception. La solution à ladite crise passe par une thérapie de sens

* ATER en droit privé Université Paris Nord 13, doctorant Université Paris Sud 11.

¹ Pour avoir la liste des personnalités présentes lire le compte rendu de l'Université d'été disponible en ligne : <http://www.cerclehorizon.com/topic/cr-universit-d-t-.pdf>.

² Exception faite de l'intervention de Monsieur Patrick FONTBRESSIN qui est Maître de conférences à l'Université Paris 11. Il a présenté le Code IDEF OHADA annoté.

³ Chaque fois que le terme « organisation » débutera avec une majuscule, il désignera l'OHADA.

susceptible de dégager le fil d'Ariane de l'oeuvre d'harmonisation du droit des affaires. Pour atteindre cet objectif, il faut au préalable redéfinir l'essence de l'OHADA (I) avant d'envisager offensivement son marketing (II), principal gage de son succès.

I Une redéfinition ontologique de l'OHADA

De l'aveu général des participants, les dysfonctionnements de l'OHADA appellent un impérieux remodelage de ses institutions (A), ce qui implique une nouvelle organisation des rapports entre ordre communautaire et ordre interne (C). Ce travail de reformulation paradigmatique ne produira de résultat que s'il est complété par une clarification philosophique de la politique normative de l'OHADA (B).

A. Une urgente révision institutionnelle

Aux fins d'améliorer le processus d'harmonisation du droit des affaires, des modifications structurelles s'imposent tant à l'égard de l'organisation des institutions⁴ que de leur fonctionnement. Alors que le Traité de Port Louis⁵ pensait avoir doté l'OHADA d'organes suffisants pour atteindre ses buts, le constat de nombreuses zones d'ombre impose l'inférence d'une oeuvre imparfaite. L'analyse de l'architecture de l'Organisation révèle des carences tant à l'égard des organes existants que de ceux dont la création est souhaitée. Le triptyque⁶ Secrétariat Permanent (SP) – Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)⁷ – Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) peine à remplir les missions qui lui ont été assignées par le Pacte constitutif⁸. Au chapitre des principales incuries fonctionnelles de l'OHADA, il importe de signaler la logique isolationniste. Chacune des institutions semble frappée par le syndrome de Robinson Crusoë, l'ERSUMA forme les magistrats, la CCJA tranche les litiges et le SP se charge de préparer le Conseil des ministres. Tout se passe comme s'il s'agissait de structures totalement indépendantes alors qu'elles ont été conçues pour travailler en synergie. A ce titre, le Secrétaire Permanent a été vivement interpellé afin qu'il élabore une feuille de route à la CCJA et à l'ERSUMA⁹. Il s'agit de fixer des missions stratégiques qui vont au-delà des simples exigences textuelles. Il faut que le SP devienne la cheville ouvrière de l'édifice, qu'il assure une coordination entre toutes les institutions. Il n'est pas nécessaire d'être un exégète de la science administrative pour comprendre que l'harmonie de tout système repose sur l'efficacité d'un élément fédérateur. Cette fonction de supervision globale aurait permis de comprendre le déficit de communication de l'OHADA en général, de la CCJA et l'ERSUMA en particulier.

En effet, outre les lacunes communes, chacun des organes communautaires présentent des défauts spécifiques. Il est par exemple regrettable que les formations de l'ERSUMA soient

⁴ Vu le silence du Traité de Port Louis quant à la notion d'organe, ce dernier sera utilisé comme un synonyme du mot institution.

⁵ Il s'agit du traité portant création de l'OHADA signé en 1993.

⁶ Le Conseil des ministres non cité ci-dessus est l'organe législatif de l'OHADA, il n'est pas évoqué car son fonctionnement n'appelle pas de remarques particulières.

⁷ Le terme « Cour » sera alternativement utilisé à l'acronyme CCJA.

⁸ Il convient de préciser que les règles relatives aux institutions de l'OHADA ont été complétées par les Arrangements de N'djamena. Cet accord est largement contesté surtout en ce qui concerne la composition de la CCJA. Pour détails, lire la Communication de Félix ONANA ETOUNDI, « La révision du Traité OHADA de Port Louis ».

⁹ Félix ONANA ETOUNDI, op. cit.

limitées aux magistrats alors que toute la communauté des juristes en a besoin¹⁰. De plus, il serait judicieux de les délocaliser, ce qui aura l'avantage de baisser leurs coûts. Dans le même sens, un rapprochement avec les écoles de magistrature, les facultés de droit, les ordres nationaux d'avocats, de notaires et d'huissiers contribuerait à cerner les urgences de manière eidétique. L'ERSUMA doit devenir le temple du savoir OHADA, équipé d'une prestigieuse bibliothèque à la hauteur des enjeux. Cette méthode de travail devrait conduire à l'élaboration d'un solide plan d'action dont les principaux axes seraient réalisés au niveau national. Plus que jamais, la formation d'un corps de magistrats d'affaires rompus aux subtilités du droit économique africain est impérative. L'existence d'une catégorie spéciale de juges contribuerait à améliorer la qualité des décisions de justice. Ce dernier point permet d'évoquer le sentiment contrasté quant au bilan de la CCJA, l'analyste lucide est partagé entre la satisfaction d'une jurisprudence en croissance exponentielle et la déception d'une quasi indisponibilité des arrêts rendus.

La CCJA a été créée aux fins d'interprétation uniforme des textes, ce qui donne à ses décisions une vocation naturelle à large diffusion. Malheureusement, le recueil jurisprudentiel de la CCJA n'est accessible qu'à son greffe à Abidjan. De ce fait, le travail des juges est inconnu et les juridictions nationales sont abandonnées à leur indigence¹¹. A côté de ce manque d'information, s'ajoute le fait que la CCJA n'est point investie dans la formation alors qu'au regard des affaires portées à sa connaissance, elle dispose d'éléments suffisants pour identifier les textes litigieux. Ainsi, au-delà de ses fonctions contentieuses, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage pourrait être l'une des vigies du Conseil des ministres. Il s'agit d'envoyer au SP des notes annuelles analytiques sur les questions d'actualité du droit des affaires. Dans cette optique, particulières félicitations doivent être adressées aux membres de la CCJA ici présents en raison des pertinentes statistiques qui étayaient leurs interventions¹². Il a même été proposé un rapprochement avec les greffes des Cours suprêmes nationales et les Cours d'appels, à charge pour ces juridictions internes de disséminer le message des juges communautaires¹³.

Au titre des embûches parsemant le chemin de la CCJA, il convient aussi de citer la faiblesse des effectifs largement en deçà de l'abondant contentieux¹⁴. Bien que la révision du Traité OHADA envisage d'augmenter le nombre de juges de la Cour, l'on ne peut s'empêcher de s'interroger sur sa compétence dans la mesure où l'addition de magistrats ne règlera pas le problème fondamental de ses relations avec les Cours suprêmes nationales. Il va de soit que la CCJA arrive à gérer tant bien que mal la situation actuelle car seuls quelques Etats sont

¹⁰ A ce propos, Maître Bernard TCHOUNGANG a eu à affirmer sans détour que « la législation nouvelle vient remettre en question les assises juridiques des praticiens du droit et, du coup, " les sages" d'hier deviennent des "ignorants" ; cette situation les oblige à retourner à l'école de façon singulière », Contribution du Bâtonnier de l'Ordre des Avocats du Cameroun à l'Assemblée Générale du GICAM du 05/06/2003 sur le thème « le Traité OHADA : bilan et perspectives ».

¹¹ De nombreux tribunaux et cours se trouvent dans des zones technologiquement sinistrées, et ne peuvent pas profiter de l'important trésor bibliographique fourni par le site de l'UNIDA (www.ohada.com). Face à l'impossibilité d'accéder aux principes prétoriens dégagés par la CCJA, c'est la jurisprudence locale qui sera appliquée, situation à mille lieux de la quête d'unification normative.

¹² Voir les Communications de Messieurs Félix ONANA ETOUNDI « Etat de la Jurisprudence de la CCJA » et Maïnassara MAIDAGI, « Organisation et fonctionnement de la CCJA et Perspectives d'évolution ».

¹³ Félix ONANA ETOUNDI, op. cit.

¹⁴ A titre de comparaison, la Cour de Justice de la CEMAC est composée de 13 juges conformément à l'article 9 de la Convention de Libreville du 05/06/1996, pourtant elle n'est compétente que pour six pays contrairement aux seize Etats-Parties de l'OHADA. Les sept juges de la CCJA font figure d'armée désertée sur le champ de bataille face à leurs collègues d'Afrique centrale.

pourvoyeurs de litiges¹⁵. Pour autant, l'occurrence d'une inflation de recours n'est pas exclue, car si la grande campagne de sensibilisation du droit OHADA porte ses fruits, la Cour sera débordée. A ce moment, la question de la rétrocession des compétences aux juridictions supérieures nationales se posera avec une grande acuité¹⁶.

Quoiqu'il en soit, le rayonnement du droit des affaires ne sera possible que si l'OHADA se dote d'une structure de relais dans chaque Etat membre. L'idée n'est pas nouvelle, la notion de Commission Nationale OHADA (CNO) est connue de tous, mais c'est son statut juridique qui mérite réflexion. Le projet de révision du Traité constitutif prévoit l'officialisation des CNO afin de les sortir de leur actuel maquis institutionnel¹⁷. Il faut également uniformiser leur défectueux fonctionnement afin qu'elles soient les bras séculiers de l'action d'un Secrétariat Permanent plus ambitieux¹⁸. Inéluctablement, la mise sur pied des Commissions nationales ramène sur la table l'épineuse question du financement. En vérité, les divers problèmes ci-dessus évoqués sont étroitement liés à la précarité des ressources matérielles de l'OHADA. Conscient de l'importance du problème, le Conseil des ministres a engagé une étude aux fins de concevoir un mécanisme de ressources autonomes¹⁹. Les travaux suivent leurs cours et l'on reste suspendu à l'expectative d'une solution idoine, sachant que la comptabilité publique des pays de l'OHADA n'est pas des plus saines. C'est ici le lieu de s'interroger sur l'intérêt de créer une Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement et un Comité d'experts²⁰. Comment justifier l'adjonction de nouveaux postes de dépense au moment du redressement budgétaire, surtout s'agissant d'organes pouvant efficacement se réunir de manière *ad hoc* ?

En tout état de cause, le sujet appelle sérieuse cogitation à la différence de l'admission de quatre langues de travail²¹. Le plurilinguisme des Etats membres milite en faveur de ce choix quelqu'en soit le coût, sinon l'harmonisation restera l'affaire des Etats francophones, comme en atteste l'unicité linguistique des recours introduits devant la CCJA²². Sur ce terrain, il convient de tempérer le propos car il a été brillamment démontré que nonobstant l'article 42 du Traité de Port Louis prévoyant le français comme langue de travail, il est possible d'utiliser un autre idiome²³. Néanmoins, malgré la nécessité de traduire tous les textes OHADA dans les quatre langues officielles d'origine coloniale²⁴, le multilinguisme soulève des problèmes de

¹⁵ Félix ONANA ETOUNDI, *La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Edition Droit au service du développement, février 2008, pages 24 et 30-32.

¹⁶ Ce problème sera abordé infra dans la partie consacrée à la délimitation des frontières entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques internes.

¹⁷ Pour détails sur la question, voir Pr Joseph ISSA SAYEGH « l'OHADA, défis, problèmes et tentatives de solutions » communication rédigée pour les Actes du Colloque de Ouagadougou du 15 au 17 novembre 2007 sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats.

¹⁸ Au regard du rôle primordial des CNO leurs missions seront davantage exposées dans le cadre de l'amélioration des rapports Etats Parties – OHADA ainsi que pour le marketing du droit communautaire.

¹⁹ Lire la Communication d' André Franck AHOYO sur « Le financement de l'OHADA ».

²⁰ Le Dr Félix ONANA ETOUNDI dans sa Communication relative à la « La révision du Traité OHADA de Port Louis » nuance les réserves du Pr Joseph ISSA SAYEGH (op. cit) quant au Conseil des Chefs d'Exécutif. En revanche, il est opposé à la création d'un Comité d'experts, car son opportunité lui paraît d'ordre conjoncturel.

²¹ L'anglais, le français, l'espagnol et le portugais sont les langues envisagées. Le choix de ces dernières s'explique par le fait que tous les Etats membres de l'OHADA ne sont pas francophones, la partie occidentale du Cameroun est anglophone, la Guinée Bissau lusophone et la Guinée Equatoriale hispanophone.

²² Félix ONANA ETOUNDI, *La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, op.cit, page 32.

²³ Thierry LAURIOL, « La langue de l'OHADA », Revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial octobre 2001, pages 36-41, spécialement pages 39-41.

²⁴ Il est des pays où des dialectes locaux et l'arabe sont érigés en langues nationales concomitamment au français. C'est le cas du sango pour la République Centrafricaine (Article 18 de la Constitution), de l'arabe et du

fonds. En fait, le vocabulaire du droit est étroitement lié à la culture qui le génère. Une excursion vers les terres du droit comparé enseigne que la synonymie conceptuelle est parfois trompeuse. Aussi, les textes nés d'une approche comparatiste suggèrent-ils des définitions autonomes²⁵, précaution ignorée par le législateur africain d'où l'urgence de fixer le substrat axiologique devant innover la législation commune.

B. Un recadrage philosophique quant à la politique normative

Après avoir adopté huit actes uniformes, l'activité législative de l'OHADA devrait être créditée du sceau de l'efficacité, mais lorsque le curseur de l'analyse se focalise sur le contenu des textes, l'euphorie perd de sa consistance. Au-delà des nombreuses imperfections pratiques des Actes uniformes²⁶, les valeurs fondant la volonté de sécurisation du droit des affaires ne sont pas toujours celles retenues par les textes. L'immunité d'exécution dont bénéficient les entreprises publiques doit être rangée dans ce registre²⁷, elle ne contribue pas à rassurer les investisseurs qu'ils soient étrangers ou nationaux. Cette impunité des personnes morales de droit public confortée par l'incapacité de mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat²⁸ oblige à réfléchir sur l'étendue des matières harmonisables. En effet, il est impossible de s'interroger sur les moyens de contraindre l'Etat à respecter ses engagements sans glisser dans la sphère du droit administratif. La définition « lâche »²⁹ de l'article 2 du Traité OHADA ne facilite pas les choses, la latitude qu'il octroie au Conseil des ministres quant à la détermination du droit des affaires est source d'ambiguïtés. A défaut d'élaborer les frontières du droit communautaire, il importe de fixer les critères permettant d'identifier les disciplines pouvant faire l'objet d'unification³⁰. La proposition du Pr Joseph ISSA SAYEGH de circonscrire les législations communes au droit économique ne manque pas de pertinence³¹. Toutefois, le droit économique étant par essence un droit d'exception, l'extrapolation devrait être permise lorsque la cohérence des règles impose un détour vers le droit commun. Tel est le cas du droit des contrats, la catégorie spéciale des contrats commerciaux n'a de sens qu'en réflexion de la théorie générale³². Cette approche s'impose également en raison de l'anachronisme des

shikomor pour les Comores (article 1 de la Constitution), de l'arabe pour le Tchad (article 9 de la Constitution). Le Cameroun a la particularité d'avoir l'anglais et le français comme langues officielles (article 1.3 de la Constitution).

²⁵ Le commentaire officiel de l'article 1.6 des Principes Unidroit (Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Unidroit, 2004, page 15) est assez édifiant, il indique qu'il faut interpréter les dispositions et les concepts de façon indépendante, « ... et non par référence au sens qu'un droit interne particulier pourrait traditionnellement leur attacher ».

²⁶ Voir les communications de Maîtres Alain FENEON « La réforme de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif », Aude-Marie CARTRON « La réforme de l'Acte uniforme sur le droit commercial général ».

²⁷ Article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Dans son arrêt n° 043/2005 du 07 juill et 2005, affaire Aziablévy YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM (*La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, op.cit, page 357), la CCJA a réitéré la vigueur du droit communautaire en affirmant l'immunité des personnes morales de droit public indépendamment d'une législation interne contraire.

²⁸ Voir la communication de Maître Alexis Coffi AQUEREBURU « L'Etat Justiciable de droit commun ».

²⁹ Formule employée par le Pr François ANOUKAHA, « L'OHADA en marche », Annales de la Faculté de droit de Dschang, 2002, page 7, Ohadata D-04-36.

³⁰ Jean Yado TOE, « La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires », (Communication présentée au Colloque de Ouagadougou sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats : 15-17 novembre 2007) affirme à juste titre que « l'harmonisation tous azimuts pourrait transformer les systèmes juridiques nationaux en un écheveau juridique difficile à démêler ».

³¹ « L'OHADA, défis, problèmes et tentatives de solutions », op. cit.

³² Le Pr Paul Gérard POUGOUE, « L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », Ohadata D-07-41, note l'impossibilité de « dégager des règles générales applicables les unes aux contrats civils, les autres aux contrats commerciaux ».

règles de droit commun héritées de la colonisation³³, car toute attitude contraire serait source d'insécurité juridique. On aurait alors un régime juridique à deux vitesses, la modernité entre commerçants et la vétusté pour les actes mixtes³⁴.

Ceci étant, les problèmes de philosophie juridique inhérents à l'OHADA ne se résument pas à l'identification du périmètre du droit des affaires. Le silence du Traité de Port Louis au sujet de la source des règles devant régir les échanges commerciaux crée un autre souci tout aussi important. Il est vrai que la mention de la tradition juridique fondant un texte n'est pas habituelle. Néanmoins si le préambule du Pacte OHADA avait donné des indications dans ce sens, on aurait évité la controverse doctrinale soulevée par l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats (AUDC). Une plume experte parle de crise de référent³⁵ et conteste l'opportunité de s'inspirer d'un texte destiné aux contrats du commerce international³⁶. Pour séduisant qu'est l'argument, il est aisé de lui opposer que la moitié des Actes uniformes sont rédigés en s'appuyant sur des législations transfrontalières³⁷. En fait de textes internationaux, il s'agit plus exactement de travaux de droit comparé ayant abouti à la rédaction d'un corpus de règles soumis à la communauté internationale.

En cette ère de mondialisation, le droit comparé³⁸ apparaît plus que jamais comme étant le meilleur instrument de sécurisation des investissements à condition de respecter deux exigences préalables. Primo, le recours au comparatisme ne doit pas se faire en accordant la primeur à des considérations politiques au détriment de la technique juridique. Le précédent de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) est riche d'enseignements, plutôt que de trancher entre *common law* et droit civil, ses rédacteurs ont préféré des règles hybrides³⁹. La vigilance antérieure du législateur OHADA invite à

³³ Le droit des obligations contractuelles issu du Code civil Napoléon n'a été retouché qu'au Mali (Loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987) et au Sénégal (Loi n° 63-62 du 10 Juillet 1963 pour la partie générale et Loi n° 66-70 du 13 Juillet 1966 pour les contrats spéciaux).

³⁴ L'article 1 de l'Acte uniforme portant organisation des suretés (AUS) a bien perçu ce danger et règle le problème en prévoyant que l'AUS texte vise tant les sûretés civiles et que les garanties commerciales.

³⁵ Paul Gérard POUGOUE, op cit.

³⁶ L'AUDC a été préparé en s'inspirant des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (en abrégé Principes Unidroit). Pour plus détails sur la question, lire Marcel FONTAINE, « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », Revue de droit uniforme 2004, page 253.

³⁷ L'apport des règles internationales a été expliquée à suffisance par le Dr Gaston KENFACK (« L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA », Ohadata D-07-32) notamment en ce qui concerne la vente commerciale, l'arbitrage, le droit comptable et le transport de marchandises par voie terrestre. Le Pr Joseph ISSA SAYEGH (« Le nouveau droit des garanties de l'OHADA, Ohadata D-02-15 ») loue la démarche en déclarant que le régime juridique de la lettre de garantie à première demande « est inspiré par les règles les plus récentes de la Chambre de Commerce Internationale, ce qui lui confère un label de modernité ». (Mentions soulignées par nos soins).

³⁸ Le Pr Paul Gérard POUGOUE (« La notion de droit francophone a-t-elle un sens ? », Résumé d'une communication orale à Bordeaux le 17 septembre 2007 dans le cadre de la Deuxième Semaine du Droit comparé de l'Université de Montesquieu Bordeaux IV, Ohadata D-07-44) en d'autres temps a eu à expliquer l'actualité de l'approche comparatiste en droit camerounais en évoquant la réforme du Code de procédure pénale. Ce texte a été rédigé en empruntant simultanément au droit civil et à la *common law*. L'innovation à retenir c'est que l'auteur parle d'une volonté de fusionner l'enseignement du droit avec comme conséquence majeure, la disparition des départements de droit francophone et de droit anglophone. Il devrait seulement rester un **département de droit mixte**.

³⁹ L'article 16 de la CVIM est un bon exemple pour démontrer certaines failles de la méthode comparatiste. Ce texte prévoit que l'offre comportant un délai sera irrévocable en fonction du système du pollicitant, ce qui signifie que dans les pays de *common law*, la promesse pourra être retirée à tout moment tandis que dans les pays romano germaniques elle sera maintenue. Au final, il n'y a pas harmonisation des règles, chacun des systèmes en belligérance s'applique selon l'origine de l'offrant. Le choix inverse aurait conduit au refus de signer le texte

l'optimisme, il a pu corriger certains défauts de la CVIM⁴⁰. Etant donné que la vente commerciale OHADA s'abreuve des saveurs de la CVIM, on peut dire que les PU sont déjà partiellement en vigueur en OHADA comme en droit français⁴¹. La deuxième précaution vise la cohérence de l'ordre interne avec les normes d'inspiration exogène, il ne faudrait pas bouleverser brutalement les systèmes juridiques nationaux. Tel est l'un des griefs majeurs des adversaires de l'AUDC, ils lui reprochent de consacrer des principes étrangers à la tradition juridique française, pourtant majoritaire en OHADA⁴². Cette critique permet de toucher de plein fouet une question pertinente dont le traitement doit se faire sans aucun a priori.

Nul observateur sérieux ne peut nier la place prépondérante du droit français en OHADA bien que le droit hexagonal cohabite, doit-on le rappeler avec le droit traditionnel. L'article 10 du Traité OHADA n'abroge pas cette dualité, il se borne à affirmer la supériorité des normes communautaires⁴³. L'idée d'un monisme culturel est davantage bousculée par la vocation panafricaine de l'Organisation telle qu'elle ressort de l'article 53 du Pacte constitutif. Il serait présomptueux de penser que l'OHADA pourra s'ouvrir à des pays anglophones ou de droit musulman sous la forme rigide d'un contrat d'adhésion. Cela ne signifie pas que la tradition française cessera automatiquement d'être la mamelle nourricière principale, en la matière c'est l'occasion qui devrait faire le larron. Pour cela, il n'y a pas à émettre un rejet de principe du texte Unidroit, il faut le scruter en profondeur et y tirer ce qui correspond aux réalités africaines. Cet exercice d'appropriation aura le mérite de jumeler les sources à telle enseigne que certaines dispositions du Projet Catala⁴⁴ pourraient voler au secours des lacunes des Principes Unidroit. Il s'agit par exemple de l'article 1105-4 du Projet Catala qui prévoit expressément l'inefficacité de la révocation irrégulière contrairement au mutisme des Principes Unidroit.

Ceci dit, si le Conseil des ministres décide de rejeter l'AUDC, il lui appartiendra de tirer les conséquences qui s'imposent en termes de politique normative mais aussi et surtout d'extension de l'OHADA. Le message sera difficilement compréhensible ce d'autant plus que nombre d'Etats à travers le monde utilisent les Principes Unidroit pour rénover leur

par les Etats appliquant le système lésé. Résultat des courses pour un seul texte, on a deux solutions antagonistes, les sportifs y verraient un match nul tandis que les puristes parleraient d'un retour à la case de départ.

⁴⁰ L'article 211 de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général (AUDCG) prévoit l'irrévocabilité de l'offre comportant un délai à la différence de l'article 16 de la CVIM dont il s'inspire. L'AUDCG tranche le débat sans renvoyer au conflit de loi, l'origine de l'offrant ne joue aucun rôle quant à la force obligatoire de la pollicitation.

⁴¹ La section 1 du Chapitre 2 des Principes Unidroit reprend toutes les règles de la CVIM relatives à la formation du contrat, la nuance étant les textes supplémentaires des Principes Unidroit (article 2.1.3 et articles 2.1.12 à 2.1.22). Par ailleurs, la CVIM est entrée en vigueur en France depuis le 01/01/1988. Une excellente thèse de doctorat (Eddy LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, LGDJ 2003), revendique d'ailleurs l'extension des règles de la vente internationale de marchandises au droit interne français.

⁴² Gaston KENFACK « La coordination avec les autres uniformes », Communication présentée au Colloque de Ouagadougou sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats : 15-17 novembre 2007.

⁴³ On citera pour preuve la consécration législative de sûretés traditionnelles postérieurement à l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme sur les Sûretés (AUS) au Niger. Pour détails, lire Djibirilla ABARCHI, « L'introduction du " Tolme " ou " Djinguina " dans le nouveau Code de commerce nigérien : une tentative de revalorisation d'une sûreté traditionnelle aux suites incertaines », *Revue nigérienne de droit*, n°4, décembre 2001, page 55, Ohadata D-03-11. Dans le même sens, on peut également citer l'arrêt ANGOA Parfait rendu par la Cour Suprême du Cameroun le 10/12/1981 (François ANOUKAHA (dir), *Les grandes décisions de la jurisprudence civile camerounaise*, LERDA, page 85 et s) qui affirme qu'option de juridiction emporte option de législation, ce qui veut dire que la saisine du Tribunal coutumier en matière commerciale emporte application du droit économique traditionnel.

⁴⁴ Il s'agit de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription en France.

règlementation sans que cela n'aboutisse à des dénaturations systémiques⁴⁵. De toutes les manières, qu'il s'agisse d'intégration d'Etats pratiquant la *common law* ou d'Etats francophones, le plus important réside dans leur engagement politique en faveur d'une sage répartition des compétences entre le communautaire et le national.

C. Un nouvel ordonnancement des ordres juridiques communautaire et internes

La participation active des pays composant l'Organisation est incontournable car il ne suffit pas d'élaborer les Actes uniformes, encore faudrait-il les appliquer. Pour ce faire, deux pistes doivent être explorées, l'une concerne la mise en conformité de l'ordre interne avec les textes communautaires, l'autre étant d'ordre procédural. Plus de dix ans après l'adoption des premiers Actes uniformes⁴⁶, le droit pénal des affaires reste une chimère, les incriminations prévues par le droit OHADA ne sont pas suivies de sanctions nationales⁴⁷. Cette situation est la conséquence de l'article 5 du Traité OHADA, il fractionne la compétence législative en matière répressive, l'Organisation a la charge des incriminations et les Etats membres celle des sanctions. Ce partage des compétences a fait la preuve de ses limites en raison de la léthargie des législateurs nationaux peu enclins à emboîter le pas à leur homologue communautaire. Est-ce en raison d'une réticence au partage du « gâteau normatif » ou tout simplement par négligence ?

Au demeurant, aucune hypothèse n'est à exclure, et malheureusement c'est la sécurité juridique qui en prend un coup. Le principe de légalité des peines exigeant l'existence d'un texte préalablement à toute poursuite, les délinquants ne peuvent être inquiétés. Plus grave encore, la diligence de certains pays couplée à l'indolence des autres fait naître la notion de « paradis pénal », situation qui ramène la divergence législative ayant justifié la création de l'OHADA. Il y a deux moyens alternatifs de résoudre ce problème, chacun présentant des avantages distincts. Le premier consiste à abroger l'article 5 du Traité OHADA et transférer l'intégralité de la compétence pénale à l'Organisation, ainsi les Actes uniformes comporteraient les sanctions aux comportements incriminés. L'harmonisation juridique en sortirait renforcée du fait de l'uniformité des sanctions et leur entrée en vigueur serait à l'abri du pouvoir discrétionnaire des Etats membres⁴⁸. La seconde option consiste à utiliser les directives comme autre outil d'unification du droit répressif des affaires. La directive a la vertu

⁴⁵ Une littérature abondamment nourrie défend la conformité des Principes Unidroit avec de nombreux systèmes qui vont de la Russie au Québec en passant par Israël, le Vietnam et la Chine. Le succès international des Principes Unidroit plaide en faveur d'une solide réflexion totalement détachée des positions dogmatiques. On citera pour mémoire : Lefebvre. G et Jie. Jiao, « Les Principes d'UNIDROIT et le droit chinois : convergence et dissonance », RJT, 2002, 519 - Mordechai Rabello. A et Lerner. P, « The UNIDROIT Principles of international commercial contracts and Israeli contract law », RDU, 2003, 601 - Net. L, « Rules of interpretation of contracts under the UNIDROIT Principles and their possible adoption in Vietnamese law », RDU, 2002, 1017 - Nguyen. M. H, « Les Principes UNIDROIT: jurisprudence et expériences pour le Vietnam », RDAI 2005, pp. 619-636 - Razumov. K, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes UNIDROIT : pratique contractuelle commerciale russe », in *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts : A New Lex Mercatoria?* ICC Publication n° 490/1, 1995, 95 - Rolland. L, « Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : variations et mutations », RJT, 2002, 583 - Zhang. Y et Huang. D, « The new contract law in the people's Republic of China and the UNIDROIT Principles of international contracts a brief comparison », RDU 2000-2, 217.

⁴⁶ L'AUDCG, l'AUS et l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUDSCGIE) ont été adoptés le 17 avril 1997, leurs dispositions finales ont différé leur entrée en vigueur au 01/01/1998 (Articles 289 AUDCG, 151 AUS, 920 AUDSCGIE).

⁴⁷ Maître Aude-Marie CARTRON, op. cit, a évoqué le cas singulier du Cameroun qui a adopté une loi relative à la répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA (Loi n°2003/008 du 10 juillet 2003).

⁴⁸ Cette solution a le défaut majeur de heurter la sensibilité des Etats, car elle les contraint à renoncer à leur souveraineté pénale.

de laisser une marge de manœuvre aux Etats parties, tout en faisant peser sur eux l'épée de Damoclès du temps. En fait, les pays qui ne prendraient pas de textes dans un délai de péremption, seraient obligés d'appliquer la directive jusqu'au moment où ils se conformeraient à leurs obligations. De plus, la directive pourrait fixer une échelle de peines minimales et maximales, ce qui permettrait de garantir un niveau médian de peines à défaut de normes identiques. Quelque soit la solution choisie, l'édification d'un droit pénal africain ne sera réellement possible que grâce à l'action militante du SP et des CNO dont l'implication en faveur de la fluidité du droit processuel est vivement souhaitée.

Eu égard à la diversité de l'organisation judiciaire interne les Actes uniformes ont employé la formule de « juridiction compétente » pour déterminer le *for* devant trancher certains litiges⁴⁹. Cette terminologie neutre conçue pour être aisément adaptable, va se révéler d'un maniement délicat, n'eut été la sagesse de la CCJA⁵⁰. Le volumineux contentieux portant sur la notion de « juridiction compétente »⁵¹ traduit l'urgence de l'élaboration des annexes procédurales pour chaque Acte uniforme. La mission incombe aux CNO, car elles seules ont une connaissance endogène de la procédure civile⁵² et commerciale. Surtout elles peuvent peser sur les législateurs locaux aux fins de compléter un arsenal normatif inachevé ou ambigu. Pour compléter le dispositif, l'entrée en vigueur des Actes uniformes pourrait être subordonnée à l'élaboration des annexes procédurales, le SP permanent relayant l'action des CNO auprès des pays lents. Les CNO peuvent pareillement contribuer à l'amélioration des rapports entre la CCJA et les Cours suprêmes nationales. Il s'agit principalement de leur permettre de saisir la CCJA dans l'intérêt de la loi lorsqu'une juridiction supérieure interne refuse abusivement de décliner sa compétence. La doctrine a eu à décrier l'inexistence d'un recours dans l'intérêt de la loi⁵³, la consécration des CNO est une bonne occasion de lui donner du sens. Le maintien des normes constitutionnelles conférant l'intégralité du contentieux judiciaire aux juridictions locales est un facteur supplémentaire de complication qu'il faut rapidement éradiquer⁵⁴. L'octroi d'une voie de recours exceptionnelle aux Commissions nationales devrait permettre de tempérer le corporatisme judiciaire national très actif dans la bataille de la disparition de la fonction contentieuse de la CCJA⁵⁵.

Le lobbying énergétique des juridictions supérieures locales n'est pas totalement injustifié, la Cour de Justice des Communautés Européennes a une compétence préjudicielle⁵⁶. Ce schéma a le bénéfice de maîtriser l'engorgement de la Cour, ainsi l'opposition à l'AUDC basée

⁴⁹ Voir article 101 AUDCG pour le bail commercial, article 49 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUGE).

⁵⁰ De manière constante, la Cour considère qu'il faut entendre par jugement toute décision de justice, avec comme conséquence notable la compétence des juridictions de l'urgence pour la résiliation du bail commercial conformément au droit national. Elle refuse aussi avec bonheur de s'immiscer dans l'organisation judiciaire interne. Voir dans ce sens Avis n° 1/2003/EP du 04 juin 2003 (Félix ONANA ETOUNDI, *La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, op.cit, page 162).

⁵¹ Félix ONANA ETOUNDI, *La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, op.cit, pages 133-169.

⁵² La procédure civile est évoquée car l'article 1 de l'AUS étend le champ de l'OHADA aux sûretés civiles.

⁵³ François ANOUKAHA, « La délimitation de la compétence entre la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et les cours suprêmes nationales en matière de recouvrement des créances », *Juris périodique*, n° 59, juillet-septembre 2004, page 118, Ohadata D-06-26.

⁵⁴ Félix ONANA ETOUNDI, « La révision du Traité OHADA de Port Louis », op. cit, le recommande vivement.

⁵⁵ Pr Joseph ISSA SAYEGH « l'OHADA, défis, problèmes et tentatives de solutions », op. cit.

⁵⁶ Pierre MEYER, (« L'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : innovations et débats » RDAI, 291-317), est favorable à cette solution et cite pour sa part l'exemple de la Cour de justice de l'Union Economique et Monétaire l'Ouest Africaine (UEMOA) dont la compétence est également limitée à la technique de l'exception préjudicielle.

sur la lenteur de la CCJA perdrait sa raison d'être⁵⁷. De toutes les façons, indépendamment de l'AUDC, la Cour ne peut pas supporter tout le contentieux en cassation du droit des affaires, une application effective des huit Actes uniformes déjà en vigueur conduirait rapidement à sa saturation même avec un personnel plus élevé. L'hypothèse n'est pas théorique en ce moment où tout le monde s'accorde sur la nécessité d'une promotion acharnée du droit des affaires africain.

II Un marketing offensif

La diffusion efficace des règles OHADA suppose que celles-ci soient considérées comme un produit, situation qui postule une stratégie s'appuyant sur des commerciaux aguerris (A), et une bonne segmentation de son marché (B).

A. L'identité des commerciaux du produit OHADA

L'actualité des conférences relatives à l'OHADA fait apparaître un acteur particulier : les Clubs OHADA (CO). Il se passe difficilement une semaine sans que la lettre d'information du site de l'UNIDA (www.ohada.com) n'annonce un évènement ou un compte rendu d'activités de ces structures. A ce titre, nous adressons un vibrant hommage à Michel AKOUETE AKUE (Président du Club OHADA d'Orléans), dont le ferme engagement pour la cause OHADA frise le sacerdoce. Au sacrifice de sa vie privée, il parcourt le monde avec pour unique credo : la sécurisation des investissements. Le pastorat juridique bénévole auquel se livrent les Clubs OHADA crédibilise leurs actions, ce qui n'est pas sans soulever le problème de leur éclatement⁵⁸.

Les Clubs OHADA se constituent de manière générale sous la forme associative, ils sont majoritairement composés d'étudiants et / ou d'enseignants en droit. La liberté associative n'est pas un problème en soi, mais c'est le contenu du message transmis par les Clubs OHADA qui mérite un encadrement souple. Dans ce sens, il faut se féliciter de la déclaration de Ouagadougou portant création d'une Fédération Mondiale des Clubs OHADA (FMCO)⁵⁹. Cette structure devrait mutualiser les efforts afin de bâtir une arborescence tournée vers un partenariat étroit avec les Commissions nationales. Ces dernières pourraient utiliser les CO comme les relais de certaines de leurs actions de terrain, ceux-ci seraient chargés d'atteindre des cibles éloignées de celles-là. Les universitaires sont les premiers visés, ils ont une mission de formation que rien ne peut remplacer. Le droit OHADA ne figure pas dans tous les programmes universitaires ou se réduit à une peau de chagrin. Si l'OHADA n'acquiert pas ses lettres de noblesse dans les amphithéâtres, elle n'a aucune chance de réussite car les praticiens de demain sont les étudiants d'aujourd'hui. Le métier de juriste, à la différence d'autres corporations, exige l'obtention d'un diplôme universitaire préalablement à tout cursus professionnel. La réticence des enseignants doit être domptée si l'on veut réellement ancrer le droit communautaire au cœur de l'ordre juridique des Etats membres.

La collaboration CNO / CO permettra d'articuler le marketing de l'OHADA tant sur l'axe vertical que sur la trajectoire horizontale. Verticalement, les Commissions nationales amèneront vers le bas les préoccupations des institutions et les Clubs OHADA remonteront parallèlement les difficultés de la pratique. Horizontalement, les CNO devraient aider le SP à

⁵⁷ Pierre MEYER, op. cit, pages 310-311.

⁵⁸ L'annexe de la Communication de Michel AKOUETE AKUE, « Les Clubs OHADA, quelle utilité ! Quelle actualité ! », retrace fidèlement l'éparpillement des Clubs OHADA à travers le monde.

⁵⁹ Pour détails, lire la Communication de Michel AKOUETE AKUE, op. cit.

avoir un meilleur dialogue avec les responsables nationaux tandis que les CO s'occuperaient de la société civile au sens large du terme. Ce travail exige un minimum de ressources financières, mais nous avons l'intime conviction que les Clubs OHADA souhaitent d'abord une reconnaissance digne de ce nom. La création d'un label Keba M'BAYE par le SP en faveur des CO les plus actifs sera un stimulant efficace. Il en découlerait une émulation décuplée, le zèle des Clubs OHADA les porterait alors sur le chantier de l'extension géographique de l'Organisation.

B. La segmentation du marché OHADA

A qui doit-on vendre l'OHADA, selon quels critères ? Quel est le plan de distribution de la législation commune ? Des réponses à ces interrogations, dépend le triomphe du renouvellement du droit des affaires. *Prima facie*, il faut noter qu'une ouverture aveugle de l'OHADA à tous les Etats d'Afrique sera la garantie de son échec. S'il est incontestable que l'adhésion des pays anglophones d'Afrique de l'Ouest est facilitée par le Traite UEMOA⁶⁰, il reste de nombreux points à clarifier. L'organisation juridictionnelle et le droit processuel anglo-saxons ne procèdent pas du même paradigme que celui des nations de droit civil. Le Pr Claire MOORE DICKERSON pourtant très favorable à l'entrée des Etats anglophones, suggère de procéder à une reformulation conceptuelle préalablement à toute extension⁶¹. La précaution vaut la peine car au-delà des nuances notionnelles, les difficultés de détermination de juridiction compétente postule que l'OHADA établisse un cahier de charges pour chaque candidat à l'adhésion. Avant toute chose, le postulant devra fournir au SP les preuves de la conformité de son organisation judiciaire avec les Actes uniformes afin d'éviter d'incessants recours sur des questions de compétence. Il devra également établir que le droit des affaires est suffisamment enseigné sur son territoire, ce qui évitera de faire l'actuelle campagne de sensibilisation. Grosso modo, il faudra avoir un niveau minimal de connaissance du droit OHADA, pour cela, il serait utile que les formations de l'ERSUMA soient ouvertes aux magistrats des Etats désirant intégrer l'Organisation. La démarche de la République Démocratique du Congo cadre parfaitement avec les exigences précitées⁶², sous réserve que ces bonnes initiatives soient accompagnées d'une politique de distribution mieux définie que celle des actuels membres de l'Organisation.

Outre le problème de la disponibilité des décisions de la CCJA déjà évoquée, il y a celui de la circulation de la doctrine. En dépit des opérations de don d'ouvrages, du site internet de l'UNIDA (www.ohada.com) et du Code IDEF OHADA annoté, la littérature relative au droit africain est mal connue. Les technologies de la communication n'ont pas encore atteint leur vitesse de croisière en Afrique. Pour cela, les documents numérisés ne sont pas à la portée de tous. En conséquence, les bonnes initiatives de l'UNIDA et l'IDEF doivent être complétées par des supports physiques massivement répandus. Les ouvrages sont pour la plupart vendus dans le réseau interne alors que le droit communautaire concerne seize pays. Il serait bienvenu que les éditeurs et les auteurs songent à annoncer la publication des œuvres aux greffes des principales juridictions nationales, aux universités et aux ordres professionnels. Cette stratégie assurera la connaissance de la parution des ouvrages et surtout les risques commerciaux peuvent être limités puisque la reproduction des exemplaires se fera sur

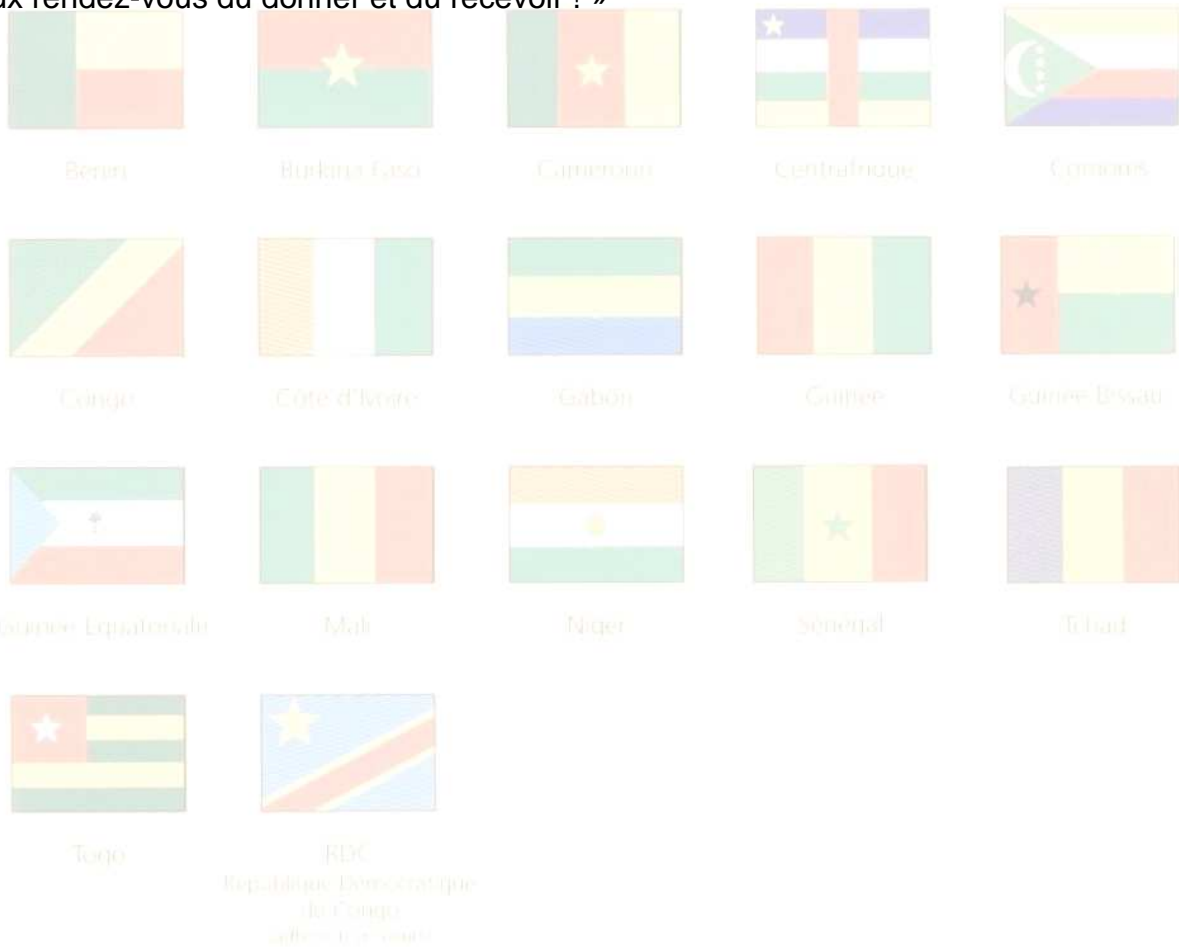
⁶⁰ Maître Akin AKINBOTE dans sa Communication « Ecowas Treaty as a Legal Tool for the Adoption of Ohada Treaty and Laws by Anglophone Ecowas States » développe un solide argumentaire dans ce sens.

⁶¹ « Le droit OHADA dans les Etats anglophones et ses problématiques linguistiques », Revue internationale de droit comparé, volume 1, 2008, page 7.

⁶² La République Démocratique du Congo a envoyé une délégation à la présente Université d'été, une telle action traduit une volonté de s'imprégner suffisamment des contours réels de l'OHADA.

commande⁶³. Il est impératif que la doctrine OHADA cesse d'être une affaire nationale, voire africaine, le droit communautaire doit se vendre à l'international afin de se positionner sur le marché des modèles juridiques.

Après avoir été totalement perméable à toutes les influences, l'OHADA donne l'occasion à l'Afrique de devenir une force de proposition. L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats est un outil pouvant efficacement servir cette ambition. Il ne s'agit pas de reprendre platement les Principes Unidroit, mais de les africaniser et rendre un texte de droit positif à la mesure du village planétaire⁶⁴. Cette entreprise réussie, nous pourrions aisément nous prosterner devant la tombe de Senghor pour lui dire : « nous voici dans ton fameux rendez-vous du donner et du recevoir ! »



⁶³ Le cas de l'ouvrage du Dr Félix ONANA ETOUNDI (*La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, op.cit) est édifiant, une vingtaine d'exemplaires a été vendue lors de ces deux derniers jours, l'offre étant inférieure à la demande. La majorité des participants a déploré la faiblesse des stocks, l'auteur leur a opposé le nombre réduit de tirages du fait de l'éditeur.

⁶⁴ La consécration d'un texte élaboré sur la base des Principes Unidroit sera un fait inédit car aucun des Etats les ayant utilisés n'a pour l'instant produit de législations en se projetant au-delà de son espace. Le but de l'OHADA étant d'attirer les investissements, tout opérateur économique pourrait y retrouver une part de son droit.