

L'OHADA, TRENTE 30 ANS APRES, BILAN ET PERSPECTIVES

Leçon inaugurale : des *perles* pour les noces ou des *noces* pour des perles ?¹

Joseph DJOGBENOU

Professeur à l'Université d'Abomey-Calavi

¹ Leçon inaugurale au colloque commémoratif du trentenaire de l'OHADA, prononcée à Kinshasa, le 18 octobre 2023.

INTRODUCTION	3
I – DES PERLES POUR DES NOCES : LE BILAN A LA LUMIERE DE L’ESPRIT DU DROIT OHADA	7
A - L’acquis de l’intégration	7
1 – Un modèle intégré assuré	7
2 – Un modèle intégral incertain	10
B – L’acquis de l’attractivité	11
1 – La flexibilité	11
2 – L’effectivité	14
II – DES NOCES POUR DES PERLES : DES PERSPECTIVES AU GRE DE L’HORIZON DU DROIT OHADA	16
A – Le défi de l’expansion	16
1 – L’expansion spatiale	16
2 – L’extension matérielle	17
B – Le défi de l’actualisation	18
1 – Les solutions politiques en vue d’une actualisation institutionnelle de l’OHADA	18
2 – Les solutions techniques en vue de l’actualisation efficiente du financement	21
Conclusion	22

INTRODUCTION

Les suffrages de la critique reconnue sont suffisants pour considérer que l'avènement de cette organisation d'intégration juridique, à une époque et dans un contexte d'affaiblissement de l'Etat africain, de dédain et de déclin des investissements nécessaires à la croissance structurelle de l'économie et porteurs du développement durable, restera, pour longtemps encore, salutaire.

Mais si déjà, après sa première décennie d'existence, dresser le bilan de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Ohada) avait paru « prématuré et fastidieux »², trente ans après, le jugement pourrait ne pas encore avoir la faveur de l'assurance de la doctrine pour laquelle le droit posé par l'organisation demeure « jeune et fragile ».³ Pourtant, ni la pertinence de l'entreprise ni sa vitalité, encore moins son originalité ou son audace ne furent remises en cause.

Il souvient à la mémoire collective que si le monde, en ce 17 octobre 1993 date de la signature à Port-Louis, à l'île Maurice, du Traité éponyme, fut gagné par une sorte de vague libérale, au plan politique avec, quelques années avant, la destruction du mur de Berlin, et un peu partout, en Afrique surtout, le retour en faveur de la démocratie libérale, la situation économique de maints Etats du continent était, pour le moins, préoccupante, sinon catastrophique. La raréfaction des investissements publics étrangers jadis en soutien à ces économies, la récession accentuée par la mise en œuvre de programmes d'ajustements et d'assujettissement ne pouvaient permettre d'asseoir une politique suffisante et rassurante de développement durable. La méfiance en l'Etat, ses émanations et sa politique, surtout celle en sa capacité de concevoir et de mettre en œuvre des politiques publiques à la hauteur des attentes de ses populations, achevaient de décourager toutes perspectives d'investissement privé, en raison surtout des risques juridiques et judiciaires dus à l'absence de législations nationales pertinentes et incitatives.

Or, les besoins en investissements en lien avec les potentialités naturelles et démographiques et l'extraordinaire perspective de développement de ces Etats, appelaient, pour être satisfaits une réponse courageuse au plan juridique et judiciaire à l'incitation à l'initiative privé et à la sécurisation des affaires. Le droit devrait proposer des solutions pertinentes et originales, de nature à surmonter ces défis qui engagent la paix sociale voire la survie des Etats. Ce fut l'objet de l'OHADA, et aussi sa vocation, à concevoir un modèle juridique (systémique ?), qui élabore et rend applicable des règles souples, adaptées qui, s'affranchissant des frontières, sont opposables à tous, dont l'application et l'interprétation par les juridictions nationales sont placées sous l'autorité d'une cour commune de justice.

² A. CISSE, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », in *Revue internationale de droit économique*, 2004/2, T XVIII, 2, p. 200.

³ P-G POUGOUE, « Les quatre piliers cardinaux de la sagesse du droit OHADA » in, *Les horizons du Droit OHADA, Mélanges Filiga Michel SAWADOGO*, CREDIJ, 2018, p. 391.

Afin de mieux nous installer dans le débat, faut-il d'abord convenir du sens de chacune des locutions de la triptyque commémorative du trentenaire, « **L'OHADA** », « **trente (30) ans** », « **après.** » ?

« **L'OHADA** », **une réputation affirmée.** L'OHADA, en acronyme, s'est imposée au cours de la triple décennie, comme le phénomène le plus connu dans l'espace juridique et économique et le plus commun aux ressortissants de cet espace.

Cette réputation semble d'abord avoir un lien avec une personnification du droit institué. On entend ainsi couramment « l'Ohada a dit ci... », « l'Ohada a fait ça... », « l'Ohada considère que... », « l'Ohada a ou n'a pas raison... », « l'Ohada ne comprend pas » etc. Si cet anthropomorphisme institutionnel ou juridique n'est pas nouveau, celui entretenu à l'égard de l'Ohada paraît singulier et profond, et ne peut être comparé qu'à celui attribué à la CEDEAO en ce qui concerne la perception sociale de son action dans le cadre de la rupture de la continuité démocratique dans la gouvernance politique de certains Etats membres.

Cette réputation a également un lien avec la constante référence à son espace, d'autant plus que, sous la poussée de la doctrine et de la jurisprudence, tout se passe en OHADA comme au Sahel ou en Amazonie, et nous serions tous devenus des « Ohadiens » et des « Ohadiennes » comme nous demeurerons toutes et tous, des « africaines » et des « africains ».

A la vérité, cette réputation et la notoriété qui la porte ne sont pas surfaites. Elle est construite avec une rare patience ainsi qu'une vive passion par une doctrine avant-gardiste et enthousiaste ainsi qu'une jurisprudence audacieuse et généreuse. Si, dans l'histoire du droit, la pratique précède et nourrit la loi et la doctrine, l'expérience OHADA donne à l'Ecole d'orienter et d'enrichir les Palais (où les lois sont adoptées et où elles sont exécutées). Cette prise de responsabilité de la doctrine africaine et étrangère est salutaire et confère à l'OHADA ses lettres de noblesse. Très tôt au cœur de l'enseignement dans les facultés et école de droit des Etats membres, l'OHADA investit durablement la recherche dans les unités de recherches fondamentales et appliquées. L'OHADA est devenue un temple où, sous le magistère de quelques grands maîtres, et la direction de maîtres engagés, la recherche en droit des affaires Ohada conditionne avec aisance la reconnaissance et l'éclosion scientifique de sorte qu'en droit privé, les autres domaines de la recherche en vue du mémoire ou de la thèse voire de la promotion en grade au Cames semblent condamnés à la réclusion périphérique. Le Code OHADA, gris bleu ou vert, comprenant le traité, les Actes uniformes et les règlements, commentés et annotés, ont accédé au cours de cette triple décennie de document de référence devant le jury du Concours d'agrégation en droit privé, évinçant progressivement le Code civil (de vénéré mémoire ?). On a coutume de penser et de considérer que cette conquête de la pensée juridique africaine par l'OHADA n'est le fait que de privatiste, prétendant exercer une prégnance exclusive et absolue sur un droit qui, cessant d'être nouveau se renouvelle constamment. Les publicistes manifestent avec ardeur un intérêt légitime à la réflexion. Il ne peut en être autrement si l'on considère d'une part, que le droit OHADA puise sa source dans les racines du droit public. Il est en effet le produit d'une organisation interétatique, à caractère internationale, d'intégration ou communautaire (la discussion est, à ce sujet,

assez vive)⁴. D'autre part, l'intra, l'inter et la pluridisciplinarité conduit l'OHADA et le droit qu'il génère à dépasser l'enclos privatiste pour saisir, au-delà du droit public, le droit et la science économique et de gestion, la sociologie et l'anthropologie.

Cette réputation est également le produit d'une pratique tout aussi enthousiaste et dynamique. Avocats, magistrats, arbitres, conseils juridiques, notaires et huissiers rendent effectif le droit Ohada, par leurs jugements, leurs conclusions, leurs exploits et autres actes. A ce sujet, on notera avec intérêt que cette dernière décennie n'a pas démenti les deux premières en ce qui concerne les Actes uniformes les plus sollicités : l'AUVE, l'arbitrage, l'AUDSGIE, l'AUDCG, l'AUPC.

L'OHADA, une réputation fondée. Cette exceptionnelle réputation et cet extraordinaire impérialisme du droit OHADA pouvaient-ils être évités. Il semble nécessaire de rappeler qu'ils trouvent leur fondement, d'une première part, dans le caractère indéfini des matières de références de l'OHADA, d'une deuxième part dans l'avènement de ce que les anthropologues qualifient de l'homo economicus, et, troisièmement, dans les techniques d'élaboration des règles de droit Ohada.

D'une première part, en effet, l'extensibilité du domaine du droit des affaires qui inclut, selon l'article 2 du traité, les règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, institue le droit OHADA en locomotive du droit national sous le rapport du droit privé, et l'investit à assurer, indirectement, la cohérence du droit interne aux options politiques de développement économique de l'espace. En vertu de ce pouvoir de primauté, les dispositions de droit interne, antérieur ou postérieur à l'entrée en vigueur d'un acte uniforme sont juridiquement privées d'effet. A cet égard, le droit OHADA exerce une fonction de traction du droit interne de l'Etat partie. Plus encore, le Conseil des ministres reçoit, de la même disposition du traité, pouvoir « d'y inclure », « toute autre matière », conformément à l'objet du traité, c'est-à-dire « garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement »⁵. Par ce positionnement référentiel de l'OHADA à l'égard du droit interne ainsi que son écho prétorien consistant pour le juge de cassation auquel est conféré le pouvoir d'évocation,

⁴ Pour certains, l'organisation instituée par l'OHADA n'est pas une communauté, au sens du droit international. Cf. H. M. M. MINKADA, in L'OHADA, le système juridique et le système judiciaire (première partie) », Lexbase, La lettre juridique, n°727 du 18 janvier 2018, pp. 4-5. Bien avant lui, Stéphane DOUMBI-BILLE s'était placé sur la même ligne. S. DOUMBI-BILLE, « A propos de la nature juridique de l'OHADA », in Mél. Madjid BENCHICK, Paris, Pédone, 2011, pp423 et s. Pour d'autres, l'OHADA est bien une communauté. C'est la position de Dorothé. Cossi. SOSSA : « c'est bien là, dans un statut communautaire que se positionne tant la production normative que l'architecture institutionnelle de l'OHADA au service de ses dix-sept Etats-membres ». D. C. SOSSA, « Une branche du droit controuvé : le droit pénal communautaire des affaires OHADA », Mél. Ndiaw DIOUF, p. 633. A la vérité, le débat a peu d'intérêt théorique. Qu'il soit « communautaire », « commun » voire « uniforme » le droit OHADA est de source interétatique, se fondant sur un traité au sens du droit international. Au demeurant, les questions relatives à la coexistence des ordres juridiques en son sein ainsi que des systèmes juridiques **se ne** sont pas résolues selon que l'on adopte l'une ou l'autre qualification. Sur ce sujet, Cf. P. MEYER, « Le droit OHADA et le droit international privé », Mél. F-M, SAWADOGO, Les horizons du Droit OHADA, CREDIJ, Cotonou, 2018, pp. 291-327.

⁵ Traité, Préambule, al. 5.

d'apprécier, en présence de litiges mixtes, les dispositions du droit interne, le droit OHADA exerce également une fonction d'attraction du droit interne vers sa doctrine législative et jurisprudentielle.

D'une deuxième part, l'impérialisme du droit OHADA les trente dernières années s'explique par l'inversion irréversible de l'étendue de l'accessibilité, entre le droit civil et le droit commercial. La doctrine libérale a investi maints champs de la vie humaines, jadis considéré comme détaché de toute transaction commerciale de sorte que l'*homo juridicus* en soit devenu un *homo economicus*. Cette inversion de l'accessibilité qui élève le droit des affaires à la dignité de droit commun eu dépens dans un contexte de droit écrit renforce l'hégémonie et l'impérialisme du droit OHADA.

D'une troisième part, enfin, la technique législative concourt également à cette hégémonie. Qu'il s'agisse de celle, exceptionnelle, d'harmonisation, consistant au renvoi conditionnel à la législation nationale pour régir une situation de droit, ou celle, d'uniformisation, consistant en l'éviction de la législation nationale par application de celle uniforme et commune.

« **Trente ans...** ». Dans la vie des êtres humains ou des sociétés, le trentenaire évoque une maturité joyeuse, remplie d'espérance, laquelle est fondée sur l'expérience des fragilités et autres vulnérabilités des premières années, dont on a la grâce de s'en relever. Le chiffre 30, multiple du chiffre 3, donne le ton de l'optimisme et de la perfectibilité. C'est cet éclat de la vie que symbolise le chiffre 30 que les époux s'offrent en suffrages des perles pour de telles noces. Celles que l'OHADA célèbre avec les Etats membres et leurs ressortissants, les partenaires et autres différents acteurs, ne manquent pas d'intérêt ni de légitimité. Après la première décennie, caractérisée par une aussi bien par une offensive législative qu'une hésitante pratique, la deuxième décennie est apparue comme celle de la lucide appréhension par les acteurs et de la réelle fascination à l'égard d'autre Etats. La troisième décennie consacre la maturation des fruits, avec la correction des dérives, le renouvellement des solutions et la poursuite de l'extension de l'espace.

« **Après** ». Le point mis en apposition à cette préposition de temps ne doit pas être considérée comme une invitation à la contemplation d'une œuvre aboutie à l'égard de laquelle le présent colloque poserait un regard de sidération ou de fascination. Il ne s'agit pas d'un point « final », qui figerait l'œuvre dans le temps. Bien au contraire, il apparaît comme une interrogation implicite qui ouvre les « perspectives » sur le devenir de ce modèle encore unique.

Aussi, à la célébration des noces de perle de l'OHADA, dans cette ville de Kinshasa, si belle et si chère à la mémoire collective africaine, capitale d'un Etat si grand à tous points de vue, dont l'adhésion grandit encore l'organisation, la République Démocratique du Congo, doit-on lui offrir des perles ? Les perles peuvent être dédiées aux noces et, sous cette vue, sanctionner le bilan, à la lumière de l'esprit du droit OHADA (**I**). De même, les noces peuvent attendre d'autres perles en fixant quelques perspectives en forme d'horizon du droit OHADA (**II**).

I – DES PERLES POUR DES NOCES : LE BILAN A LA LUMIERE DE L'ESPRIT DU DROIT OHADA

L'esprit est la substance fondatrice ou formatrice qui anime une institution, une organisation ou un corps juridiquement identifiable. C'est l'esprit qui donne à l'institution, à l'organisation ou au corps, sa raison et le sens de son action. C'est à la lumière de l'esprit que se mesure la réalisation par le phénomène juridique de sa mission ou l'exercice de sa fonction. L'esprit caractérise et cristallise l'essence et la sagesse de toute institution juridique. Et s'agissant de « la sagesse du droit OHADA », le dédicataire des mélanges autour de « l'esprit du droit africain »⁶ en a mis en relief « les quatre piliers fondamentaux »⁷ : l'intégration juridique, la sécurité juridique, l'attractivité, l'effectivité. Il est nécessaire de mesurer, à travers ces lignes forces, le chemin parcouru, d'autant que les dispositions préambulaires du traité en ont indiqué la voie⁸. Pour les noces consacrées à un compagnonnage éprouvé entre l'interne et le communautaire, les perles pourraient incarner adéquatement l'acquis de l'intégration (A) et celui de l'effectivité (B).

A - L'acquis de l'intégration

L'intégration juridique, en vue de l'intégration économique est, à l'évidence, la source baptismale de l'Organisation. Explicitement, par deux fois, la notion d' « intégration » a été invoqué par le préambule du traité : « convaincus que l'appartenance à la zone franc, facteur de stabilité économique et monétaire, constitue un atout majeur pour la réalisation de leur intégration économique et que cette intégration doit être poursuivie dans un cadre africain plus large ».⁹ Déjà, implicitement, ce choix apparaît d'emblée dès le premier souffle du préambule, puisque les Etats parties, à l'alinéa 1, affirment qu'ils sont « déterminés à accomplir de nouveaux progrès sur la voie de ***l'unité africaine***... » (nous avons souligné). A la vérité, l'intégration juridique apparaît comme la rampe efficace pour atteindre l'intégration politique et, surtout économique des Etats membres. Sous cette vue, à l'expérience de ces trente premières années, on peut affirmer avec une relative assurance que l'organisation est un modèle intégré (1). En revanche, c'est avec une hésitation certaine qu'on l'envisagera comme un modèle intégral (2).

1 – Un modèle intégré assuré

Au-delà du débat né de la question de savoir si le droit dérivé de l'OHADA est commun ou communautaire dont l'intérêt paraît assez marginal¹⁰, le modèle organique et le modèle matériel paraissent bien intégrés et, non sans succès, intégrants.

Au plan organique, l'intégration a connu des avancées certaines, aussi bien dans la mise en place des institutions de l'OHADA, dans leur animation que dans leur évolution.

⁶ P-G POUGOUE, De l'esprit du droit africain, Mélanges, Wolters Kluwer, CREDIJ, Paris, 2014, 802 pages.

⁷ P-G POUGOUE, « Les quatre piliers fondamentaux du droit OHADA », in F. M. SAWADOGO (Mél.), Les horizons du droit OHADA, CREDIJ, Cotonou, 2028, pp. 392-404.

⁸ Traité de l'OHADA, préambule.

⁹ Traité de l'OHADA, Préambule, al. 3.

¹⁰ Voir supra, note 3.

En superficie, les trois piliers opérationnels que constituent le secrétariat permanent¹¹, la Cour de justice et d'arbitrage¹² et l'Ecole régionale supérieure de magistrature¹³ portent les deux poutres politiques que cristallisent le Conseil des ministres¹⁴ et la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement¹⁵.

Clé de voûte de l'organisation, le Conseil des ministres est l'instance administrative sous la tutelle de laquelle sont placés les organes opérationnels, et qui, à ce titre, en recrute le personnel¹⁶, le contrôle et en assure la discipline¹⁷. Quelle que soit l'intensité des débats en son sein, dont la confidentialité en assure la crédibilité, le Conseil des ministres a toujours su prendre en considération, dans l'intérêt des Etats et celui de l'Organisation, les exigences d'efficience politique et d'efficacité managériale.

Le Conseil des Ministres est aussi l'assemblée législative de premier plan. A ce titre, il prend les règlements et, depuis la révision du Traité du 17 octobre 2008, les décisions prises pour son application¹⁸, adopte les Actes uniformes selon la procédure prévue à l'article 7 du Traité. A ce titre, il dispose du pouvoir d'extension du domaine de l'harmonisation, prérogative exercée en 2001 (le 23 mars à Bangui en République Centrafricaine) lorsque le domaine de l'harmonisation fut étendu au droit de la concurrence, au droit bancaire, au droit de la propriété intellectuelle, au droit des sociétés civiles, au droit des sociétés coopératives et mutualistes, au droit des contrats et à celui de la preuve. Il dispose, à ce titre également, du pouvoir d'adoption des Actes uniformes. C'est dans sa mission d'adoption des actes relevant du droit dérivé que le Conseil des Ministres impacte la vie de l'organisation et des Etats. L'organe, dont la République démocratique du Congo vient de présider la 55^{ème} rencontre, a effectivement tenue une moyenne de 1,83 session par ans, quasiment les deux sessions annuelles prévues à son agenda.

A la faveur de la révision du Traité, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement fut créé. Erigé en organe politique suprême, elle se réunit à titre exceptionnel et à pour vocation de prendre les décisions qu'impose la vie de l'organisation et, en priorité, d'introduire au traité, les modifications nécessaires.

¹¹ En 30 ans, l'organisation aura connu six (6) Secrétaires permanents : POLO Azégba (1997-2001), JOHNSON Kwawo Lucien (2001-2006), BOUTORA-TAKPA Koléka (2006-2010), SOSSA Cossi Dorothé (2011-2019), DARANKOUM Sidibi Emmanuel (2019-2023), MBAYE Ndiaye Mayatta à partir de 2023.

¹² La Cour commune de justice et d'arbitrage a connu huit (8) présidents : BA Seydou (1997-2005), M'BOSSO Jacques (2006), FALL Ndongo (2007-2010), OLIVEIRA Antoine Joachim (2011-2013), SAMBA Sérékoisse (2014-2016), D'ALMEIDA MELE Flora (2017-2018), ONDO MVE Appolinaire (2018-2021), NGO MOUTNGUI Epouse IKOUE, depuis 2022.

¹³ Depuis trente (30) ans, l'ERSUMA a connu six (6) directeurs généraux : SOME Timothé (2017-2004), NIAMBEKOUDOU GOU Mathias Pousbila (2004-2010), ONANA ETOUNDI Félix (2011-2016), MBACKIDI Médard (intérim) (2016), MBAYE Ndiaye Mayatta (2017-2023), HOUAGNI Emefa Valerie (Intérim), et Karel DOGUE le 17 octobre 2023.

¹⁴ Traité, articles 8 et 12.

¹⁵ Traité, article 3 al. 2.

¹⁶ Le mode de recrutement du personnel a été affiné au fil des années. Sans renoncer à la source politique de la désignation des principaux responsables (Conseil des Ministres), une sélection sur appel à candidature et sélection conduite par un cabinet d'experts dûment désigné par le Conseil des ministres est la règle.

¹⁷ Le Conseil des ministres engageant, à partir de 2017, la responsabilité disciplinaires des principaux dirigeants.

¹⁸ Art. 4 du Traité.

En hauteur, c'est la construction d'un édifice juridictionnel de consolidation d'un droit positif communautaire sous l'égide d'une juridiction suprême sui generis, à l'œuvre de laquelle est associé, les juridictions nationales de fond. En dépit des objections légitimes, cette ingénierie institutionnelle, qui coproduit finalement un droit dynamique, censé répondre aux défis économiques des Etats n'a d'égal dans les espaces d'intégration juridique.

Au plan matériel, l'intégration est plus sensible et féconde. Chacun admet en effet, que l'intégration juridique des quatorze (14) Etats, membres fondateurs, devenus dix-sept (17) Etats membres de l'organisation, est une réalité qui contribue considérablement à élever la qualité de l'accès à leurs marchés en les dotant d'instruments adaptés au commerce et à l'investissement. A cet égard, l'activité normative a permis d'édicter, au moyen de la technique de l'uniformisation et/ou de l'harmonisation, onze (11) « Actes uniformes », recevant application sans réserve et sans distinction non autorisée par le législateur communautaire, dans chacun des Etats membres. Il s'agit de :

- L'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, adopté le 17 avril 1997 à Cotonou et révisé le 15 décembre 2010 à Lomé ;
- L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, adopté le 17 avril 1997 à Cotonou, révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou ;
- L'Acte uniforme portant organisation des sûretés, adopté le 17 avril 1997 à Cotonou, révisé le 15 décembre 2010 à Lomé ;
- L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, adopté le 10 avril 1998 à Libreville, ~~dont la révision est engagée~~, dont la communauté juridique et judiciaire salue la révision intervenue à Kinshasa, ce 16 octobre 2023 ;
- L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, adopté le 11 mars 1999 à Ouagadougou, révisé le 23 novembre 2017 à Conakry ;
- L'Acte uniforme portant organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises, adopté à Yaoundé le 24 mars 2000, remplacé par l'Acte uniforme sur le droit comptable et sur l'information financière, adopté le 26 janvier 2017 à Brazzaville ;
- L'Acte uniforme relatif aux contrats de transport des marchandises par route, adopté le 22 mars 2003 à Yaoundé ;
- L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé ;
- L'Acte uniforme relatif à la médiation, adopté le 23 novembre 2017 à Conakry ;
- L'Acte uniforme relatif au système comptable des entités à but non lucratif, adopté le 22 décembre 2022 à Niamey, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2024, et qui complète l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière.

Ces Actes uniformes, qui ont valeur de loi, sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure. L'article 10 du Traité dispose à ce sujet que : « ***Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure*** ». L'harmonisation du droit des affaires dans les États-parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes

simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées et par l'encouragement du recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels, garantit ainsi la sécurité juridique au sein de l'espace et à l'intérieur des Etats.

A cet égard, on se souviendra encore des tentatives non abouties d'adoption d'Actes uniforme. En premier lieu, celle relative à l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit du travail, pourtant inclus dans le domaine de référence posé par l'article 2 du Traité. Le processus fut conduit par le Secrétariat permanent, mais l'hésitation finale du Conseil des Ministres ne manquait pas de rapport avec la prudence conservatrice des Etats de l'orientation libérale de l'économie générale de l'avant-projet. En second lieu, celle relative à l'avant-projet du droit des contrats dont il fut apparu, à une partie de la doctrine qu'il manquait de « cohérence »¹⁹ par rapport à la théorie générale du contrat ainsi qu'au domaine générale de l'uniformisation et de « référence »²⁰ par l'ancrage jugé inadapté aux principes Unidroit créant une « rupture épistémologique » dans l'espace OHADA. On a donc recommandé d'abandonner l'initiative d'uniformiser le droit des contrats et de préférer uniformiser le régime juridique de certains contrats d'affaires ou d'envisager d'enrichir le droit positif des Etats par une loi-type sur le régime des obligations. Engagée avec enthousiasme, cette solution paraît s'éroder. Il faut encourager le Secrétariat permanent à investir à nouveau le champ des contrats spéciaux nécessaires aux transactions commerciales spécifiques.

Le modèle intégré de l'OHADA ne manque pas d'intérêt. Il paraît même intégrant en ce que, comme une locomotive, il tire les droits internes vers les horizons commun. En témoigne le principe de primauté dont sont pourvus les Actes uniformes et en vertu duquel ceux-ci obligent nonobstant toute disposition interne contraire, antérieure ou postérieure. En témoigne, pour y parvenir, le pouvoir d'incursion conféré à la CCJA, à l'effet, au moyen de réponse à demande d'avis ou au moyen d'examen de pourvoi en cassation voire du pouvoir d'évocation, de conclure à l'anéantissement des règles de droit interne contraire à celles du droit OHADA. Pour autant, ce modèle peut-il se prétendre intégral ?

2 – Un modèle intégral incertain

L'OHADA n'a pas su et ne saurait le faire, prétendre à la dignité d'un modèle juridique intégral, entend qu'il est par lui-même suffisamment harmonisé et intégralement hiérarchisé. Pour y parvenir, faut-il encore constituer un ordre juridique ou un système juridique.

Par système juridique, il est bien considéré un ensemble d'éléments juridiques, phénoménaux ou substantiels, caractérisés par leur hétérogénéité, leur diversité et leur complexité mais entre lesquels sont établis ou reconnus des rapports de complémentarité et de cohérence et comportant une économie générale, théorique ou philosophique. Le système juridique apparaît comme le reflet de la nature cosmique ou sociétale qui, en dépit du caractère composite des éléments qui les composent, constitue un tout cohérent. C'est dans le système que l'unité établit un rapport de nécessité et de légitimité

¹⁹ P-G POUGOUE, « L'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », Ohadata D-07-41, p. 3 et s.

²⁰ Ibid, p. 7 et s.

avec la totalité et que la totalité se nourrit de l'unité. Sous cette vue, constitué de normes matérielles spécifiques à la matière des affaires, rendues applicables à l'intérieur des Etats suivant des procédés connus en droit international, le droit OHADA n'a pas vocation à établir un système juridique. Il enrichit le droit interne sans le soustraire de son système de référence.

Quant à l'ordre juridique, il apparaît comme l'ordonnement du droit, par rattachement à un système juridique, en vue de l'organisation sociale propre à une société, placée sous la souveraine volonté de celle-ci. En ce sens, l'ordre juridique est caractérisé par son unité, sa cohérence, sa complétude et son efficacité, l'efficacité étant le critère de son existence et de son affirmation. Sous ce regard, en dépit de sa caractérisation internationaliste, le droit OHADA est intégré à l'ordre interne, par incorporation *a priori*, le traité ayant été ratifié par les Etats membres. S'il n'est pas un ordre juridique en soi, désincarné, il se définit comme une composante de l'ordre juridique de chacun des Etats membres. Au demeurant, quoiqu'intégré et intégrant, mûri même d'un impérialisme lancinant, ne demeure pas moins un droit spécial, dont la finalité est la stimulation des affaires au sein de l'espace dont l'attractivité constitue la marque essentielle.

B – L'acquis de l'attractivité

Se positionnant sur les paradigmes économiques, on a défini « l'attractivité » comme « la capacité [du] droit OHADA à faciliter les affaires et à attirer les investisseurs »²¹. Il ne s'agit pas seulement de l'attraction, c'est-à-dire le fait de mobiliser, à titre de force, des ressources juridiques pour attirer les investisseurs, mais il s'agit surtout de séduire les acteurs économiques, en exerçant un charme qui dispense de la force et qui conduit à préférer l'espace de référence à d'autres concurrents. En ce qui concerne l'OHADA, l'attractivité fut éprouvée pendant la triple décennie par la flexibilité (1) et l'effectivité (2).

1 – La flexibilité

La flexibilité est inscrite au rang d'objectif de politique législative aussi bien dans les dispositions préambulaires « persuadés que la réalisation de ces objectifs suppose la mise en place dans leurs Etats d'un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises », qu'à l'article 1^{er} du traité : « le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées et par l'encouragement au recours de l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». Le sceptre de solutions, à la fois méthodologique et substantiel est à rechercher dans la contractualisation, dans la déjudiciarisation voire la déjusticiarisation et la dématérialisation.

²¹ P-G POUGOUE, Mél. F. M. SAWADOGO, p. 398. Voy. J. ISSA-SAYEGH, « Sécurité et attractivité économique du droit OHADA », in L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise, Claremont, efficacité et compétitivité, (1993-2013), Juta. Claremont, p. 39.

La contractualisation écloit sur les territoires de la justice et se laisse conquérir par toutes les vagues de contentieux²². Les contentieux du droit des affaires de l'OHADA ne sont pas en marge de la sidération qu'inspirent ces modalités transactionnelles d'obligations et de règlement des différends auxquels elles donnent lieu. Phénomène induit de la conquête par la volonté individuelle des espaces existentiels et sociaux, la contractualisation fait l'objet d'une exaltation qui se conjugue avec le retour en considération des doctrines du droit naturel, dans un contexte et à une époque où l'égalitarisme essentiel prôné par les droits fondamentaux de la personne et le libéralisme économique sont placés au frontispice de la pensée juridique.

La contractualisation semble avoir une double signification. D'une part, il s'agirait de la généralisation du recours au modèle contractuel. Elle caractériserait ainsi, de manière marquée, « l'intrusion »²³, « l'expansion »²⁴ ou la « conquête »²⁵ contractuelle dans les domaines dans lesquels la volonté prenait la forme d'une puissance imposée, et « traditionnellement regardée comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumise à des règles impératives, et/ou pour relever de décisions unilatérales de la puissance publique ne supposant pas l'accord des personnes intéressées ».²⁶ Il est vrai que le contrat, quoique « complexe »²⁷ est une notion²⁸ dont la flexibilité conduit l'*homo economicus* à y recourir au quotidien. La vie serait ainsi « tissée de contrats »²⁹ qui devient un instrument en plein

²² V. J. DJOGBENOU, « La contractualisation de l'instance civile en droit béninois », *Annales africaines*, nouvelle série, Janvier 2019, n° spéc. p.83 et s.

²³ P. ANCEL, « *Contractualisation* », in L. CADIET (Dir.), *Dictionnaire de la justice* (ci-après « *Dictionnaire* ») PUF, Paris, 2004, p.231.

²⁴ Ph. REMY, « *Droit des contrats : questions, positions, propositions* », in L. CADIET (Coord.), *Le droit contemporain des contrats*, ECONOMICA, Paris, 1987, p. 276.

²⁵ L. CADIET, *op. cit.* p.111, n°4.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Plusieurs auteurs ont déjà souligné la complexe réalité du contrat. Pour une analyse d'ordre général sur la difficulté à définir le contrat, notamment : Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Fr. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12^è éd., Montchrestien, Paris, n° 78, p. 88 et s. ; C. ATIAS, « *Qu'est-ce qu'un contrat ?* », in *Droit et économie des contrats*, Ch. JAMIN (dir.), Paris, LGDJ, coll. Droit & économie, 2008, p. 3 et s. ; A. CAILLE, « *De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement)* », in *La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Paris, Dalloz, coll. : Thèmes & commentaires, 2003, p. 27 et s. - *Sur la nature du contrat comme une norme*, G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, R. RODIÈRE (dir.), Thèse Paris I, 1965, p. 636 et s. ; H. KELSEN, « *La théorie juridique de la convention* », in *Le problème du contrat*, *Arch. Phil. Dr.*, 1940, p. 33 et s. - *Sur la nature individuelle ou collective du contrat*, L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *RTD. Civ., op.cit.*, p. 7. ; M. CABRILLAC, « *Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale* », in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, préf. J. MAURY, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s. - *Sur la nature du contrat considéré à la fois comme un lien et un bien*, J. MESTRE, « *L'évolution du contrat en droit privé français* », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, *op.cit.*, p. 41 et s.

²⁸ Selon M. GHESTIN, le terme « *contrat vient du latin contractus lui-même dérivé de contrahere qui signifie rassembler, réunir, conclure* ». J. GHESTIN, « *La notion de contrat* », *D.* 1990, chron., p. 147.

²⁹ Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Fr. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12^è éd., *op.cit.*, n° 17, p. 29.

renouveau³⁰ notamment en droit OHADA, dont la définition³¹ est « modernisée »³². La contractualisation n'est en effet pas « réductible à l'utilisation des contrats du droit civil »³³. Elle est surtout une appropriation et un recours systématique à la méthode contractuelle c'est-à-dire à « l'emploi d'une certaine procédure d'élaboration des normes, règles et décisions, qui est de type contractuel »³⁴. La contractualisation n'y est alors pas l'imposition du contrat comme un modèle, prêt à porter, au besoin avec quelques ajustements. Elle est plutôt une technique ou un procédé qui inspire la réalisation de fins spécifiques. Le droit OHADA étant une fontaine de droits substantiels subjectifs, sa domestication par les parties au moyen du contrat est plus aisée. Elle l'est du moins davantage que les droits substantiels fondamentaux dont la disponibilité semble hypothéquée³⁵.

On peut noter, à titre d'exemple, le pari en faveur de l'accord de volontés dans la résiliation du bail à usage professionnel peut être amiable (AUDCG, art. 133). Il s'étend en matière de sûreté avec le pacte comissoire de l'article 104 al. 2 de l'AUS : « Le créancier (gagiste) **peut aussi faire ordonner** par la juridiction compétente **que le bien gagé lui sera attribué en paiement** jusqu'à due concurrence du solde de sa créance et d'après estimation les cours ou à dire d'expert ». L'article 104 al. 3 du même acte uniforme disposant que : « Si le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, **les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribué au créancier gagiste** en cas de défaut de paiement. Il en va de même pour les autres meubles corporels lorsque le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel. En ce cas, le bien gagé doit être estimé au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, toute clause contraire étant réputée non écrite ». La faveur à la volonté des parties se retrouve à l'article 198 : « A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les règles de la saisie immobilière, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, **le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement**. Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du constituant ».

La déjudiciarisation renvoie, quant à son contenu, à une double signification : un sens précis, duquel on a fini par déduire un sens large. Au sens précis, il s'agit de la « **suppression du juge dans telle situation ne relevant pas, à proprement parler, de son**

³⁰ Sur cette thématique, voir, *La renaissance du phénomène contractuel*, Séminaire organisé à Liège les 22, 23 et 24 octobre 1970, Liège, Ed. Faculté de droit de Liège, 1971. Pour une étude plus récente, *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, J. Mestre (dir.), Aix-en-Provence, PUAM, Coll : Institut de Droit des Affaires, 2009.

³¹ Art. 1101 du Code civil en vigueur au Bénin. (Sauf précisions particulières, les références au Code civil renvoient à celui en vigueur en République du Bénin). Il faut cependant noter une évolution de cette définition dans le nouvel article 1101 du Code civil qui énonce que le contrat est « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

³² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Fr. CHÉNÉDÉ, *op.cit.*, n° 77, p. 88.

³³ P. ANCEL, « *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques* », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, Paris, 2007, pp. 15-29

³⁴ *Ibid.*

³⁵ J. DJOGBENOU, « *La contractualisation de l'instance...* », *op. cit.*, p.

pouvoir juridictionnel ». ³⁶ Le phénomène est désormais courant, dans la tendance générale de la contractualisation. On a vu, en droit français, la rupture du Pacte civil de solidarité est essentiellement déjudiciarisé, formalisée par la rupture unilatérale ou amiable. Le processus de déjudiciarisation du divorce est lui-même acté, à tout le moins discuté, qui verrait consacrer la rupture du mariage par le notaire. Il en est ainsi, en droit de l'exécution, aussi bien en droit français comme en droit OHADA, des procédures d'exécution mobilière, avec la suppression de la phase de la validation des mesures envisagées. Le juge judiciaire n'étant désormais saisi, non *a priori*, mais *a posteriori*, en cas d'incidents : le recours au juge de l'exécution est devenu, en principe, accidentel et exceptionnel. L'exécution immobilière n'est pas épargnée : en attendant une éventuelle suppression du juge, le législateur a déjà ouvert l'étude du notaire à la vente immobilière forcée. Le juge des criées n'est saisi que lorsque des contestations sont insérées au cahier des charges. L'audience dite éventuelle pourra alors se tenir et devenir une audience réelle.

De ce sens restreint, s'éclot le sens large, qui saisit la déjudiciarisation comme toute exclusion ou suppression de l'autorité judiciaire de la connaissance d'une situation déterminée : elle s'entend ainsi de la déjusticiarisation. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'incitation engagée par le Droit OHADA à la conciliation et à la médiation. Même si le droit communautaire n'en a pas le monopole, les droits internes ayant également consacré cette orientation, l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme sur la médiation et les propositions des commissions nationales OHADA en vue de la modification consécutive du traité et du règlement d'arbitrage en constituent un signal indicatif du choix politique. La déjudiciarisation serait un moyen de lutter contre le temps de la justice ainsi que son coût. On faciliterait le désengorgement des rôles des tribunaux.

Enfin, la dématérialisation est un défi encore plus considérable, dans un monde à la porte de l'intelligence artificielle. A observer la puissance de l'incursion voire de l'envahissement de la digitalisation en droit des affaires, l'introduction, il y a quelques années, de l'informatisation dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial générale, à l'occasion de la réorganisation du registre du commerce et du crédit mobilier³⁷ paraît anecdotique. La réorganisation du Registre du commerce et du crédit mobilier avec l'introduction de l'informatisation et des documents électroniques. Si la flexibilité a la vertu de rendre le droit OHADA attractif, l'effectivité a l'avantage de le rendre réel.

2 – L'effectivité

Au sens que le suggérait le Doyen Carbonnier et que nous adoptons volontiers, l'effectivité d'une règle ne s'entend pas seulement de son existence. Elle s'entend de son application, c'est-à-dire de sa réalisation.³⁸ Sous cette vue sociologique, l'effectivité du droit OHADA ne peut être seulement mesuré à l'aune de son accès et de sa connaissance par les sachants, dans les écoles et facultés, ainsi que dans les cénacles de discussions sur sa

³⁶ R. GUILLIEN et J. VINCENT, Lexique des termes juridiques, 17^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2009

³⁷ AUDCG, Articles 34 à 100.

³⁸ J. CARBONNIER, Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 10^{ème} édition, p. 136.

réalité, ses utilités et ses virtualités. Il est vrai que de ce côté-ci, le droit OHADA fait l'objet d'un succès certain, déjà souligné. Mais il faut encore qu'il soit dit et exécuté.

C'est pour cette raison que c'est plutôt à l'aune de la production jurisprudentielle que se mesure la réalisation du droit OHADA, encore que le juge n'intervienne qu'en cas de conflit et que fort heureusement, les sujets de droit appliquent la règle, dans les entreprises privées et publiques, dans la majorité des cas, *proprio motu*. Toutefois, l'application par le juge et le respect attaché à sa décision souligne au plus fort la mesure de la réalisation du droit.

Sur ce terrain, l'enjeu de l'effectivité du droit OHADA réside dans l'articulation entre les juridictions nationales et celle communautaire en ce qui concerne le règlement judiciaire des litiges impliquant l'application et l'interprétation du droit OHADA. Les juridictions nationales et la CCJA ont produit une œuvre jurisprudentielle considérable. En dépit de notables résistances de la première décennie, les nombreuses décisions rendues ont eu pour effet, de rendre le droit dérivé du traité plus accessibles et plus compréhensible. La réalité juridique s'est imposée aux acteurs du droit.

Toutefois, si en droit interne, il existe une stratification bien connue de saisine et de degré de juridiction permettant aux plaideurs d'avoir une vue globale du procès, l'avènement de l'OHADA crée un dépècement du procès quant aux organes appelés à connaître du contentieux né de l'application des actes uniformes. On le sait, l'organisation judiciaire de chaque Etat comporte quasiment la même structuration : d'un côté, les juridictions nationales de fond dont le rôle est de connaître les faits afin de leur appliquer le droit interne et, de l'autre, la Cour de cassation ou cour suprême nationale dont la mission est d'assurer l'unité d'interprétation du droit sur le territoire national³⁹. La mise en œuvre du droit institué par le législateur de l'OHADA repose sur deux ordres de juridiction dont la cohabitation s'avère nécessaire. Une cohabitation pacifique est organisée et procède, d'une part, de la reconnaissance de la primauté de la CCJA en matière d'interprétation des actes uniformes et, d'autre part, de l'instauration de la technique de renvoi réciproque en cas d'incompétence manifeste⁴⁰. L'organisation de cette forme pacifique de cohabitation n'absout pas cependant les germes d'un conflit de compétence en cas notamment de pourvoi mixte.

A la vérité, le conflit de compétence entre la CCJA et les cours nationales de cassation peut naître lorsque toutes les deux juridictions se reconnaissent concurremment apte pour connaître les litiges relatifs au droit communautaire et au droit matériel dérivé.

Le conflit de compétence présente le plus souvent une double manifestation. Dans un premier temps, les parties peuvent porter le pourvoi devant la juridiction suprême de cassation au plan national sans que celle-ci respecte la procédure prévue à l'article 15 du Traité, c'est-à-dire se déclarer incompétente au profit de la CCJA. La haute juridiction communautaire pourra-t-elle dans ce cas se saisir d'office ? Pourra-t-elle être saisie ?

³⁹ Conformément aux dispositions de l'article 13 du Traité qui prévoit « Le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats-parties ».

⁴⁰ A. S. ADJITA, « Les problèmes de cohabitation entre la Cour Commune de Justice et les cours nationales de cassation », *Ohadata* – 11 – 73, *Revue de droit Uniforme*, n°3, p.85.

L'autre manifestation de ce conflit de compétence est l'hypothèse d'un litige complexe ou hybride impliquant des questions de droit national interne et de droit communautaire OHADA⁴¹. Dans un tel cas, la logique voudrait que l'on procède à une répartition des rôles suivant que tel aspect du litige relève du droit interne des Etats ou des matières couvertes par l'OHADA. En procédant ainsi, l'on peut se heurter à des écueils évidents car la procédure est unique et le procès ne peut être divisé comme en droit international privé où l'on peut procéder au démembrement de la loi pour la rendre applicable. Par quelle juridiction faudrait-il commencer le procès à supposer qu'une telle scission eût été possible ? La logique du procès veut que l'on saisisse prioritairement la juridiction dont la solution peut conditionner la solution de l'ensemble du litige. On note dans cette solution un conflit entre CCJA et les cours suprêmes nationales la prévalence de la notion de « prépondérance »⁴² comme celle usitée en cas d'application concurrente entre règles du code civil et du Code CIMA⁴³. Mais cette solution est de nature à jeter un trouble dans l'esprit des sujets de droit dans la mesure où il eût été préférable d'envisager plutôt une « question préalable ».

Depuis 30 ans, le droit OHADA édifie le chantier d'un espace juridique unique, national tout en étant régional, africain surtout mais ouvert ; intégré sans être intégral, uniformisé autant qu'harmonisé. A l'analyse, l'étude établit que les perles sont dues pour les noces bien assumées. Cela suffit-il pour espérer que l'horizon laisse présager des noces renouvelées pour des perles encore plus heureuses ?

II – DES NOCES POUR DES PERLES : DES PERSPECTIVES AU GRE DE L'HORIZON DU DROIT OHADA

L'horizon du droit OHADA ne manque pas d'enjeux. L'horizon donne à fixer, du point de vue de l'observateur, une ligne imaginaire où le ciel et la terre paraissent en fusion. L'horizon est cette limite paradoxale du monde qui se présente à nos yeux : il est si loin et si proche à la fois. A l'occasion de commémorer ses trente ans, la limite horizontale de l'OHADA permet de fixer, en forme de défis, de lignes latérales : l'une, l'expansion ; l'autre, l'actualisation.

A – Le défi de l'expansion

Spatiale, elle appelle la poursuite de l'intégration des Etats. Substantielle, elle engage à relancer le processus d'élaboration et de révision des Actes uniformes et des règlements.

1 – L'expansion spatiale

L'expansion spatiale, par l'intégration de nouveaux Etats en vue de réaliser les objectifs de l'organisation a une double signification : elle est le témoignage de l'attractivité économique du modèle institué et la pertinence de la stratégie politique de l'intégration au moyen de la communauté juridique. Il ne peut en être autrement dans le contexte de

⁴¹ J. ISSA-SAYEGH, « Conflit entre droit communautaire et droits régionaux dans l'espace OHADA », Ohadata D-06-05, p.6.

⁴² Dans un arrêt en date du 16 août, la Cour suprême du Niger a eu à suivre cette voie. Cf. [www.ohada.com/jurisprudence/Ohadata J-02-28](http://www.ohada.com/jurisprudence/Ohadata-J-02-28) note Abarchi.

⁴³ Idem.

l'Accord de Kigali (République de Rwanda), de Libre-échange continentale africaine du 21 mars 2018. Celle-ci projette en effet de rendre effective la détermination stratégique de l'Union africaine en créant et en réalisant une communauté économique ouverte, réelle et efficace, afin de surmonter le défi lié aux chevauchements des communautés économiques régionales.

On note avec intérêt, d'une part une motivation partagée de la ZLECAF avec l'OHADA en ce que celle-ci souligne, dans le préambule de l'Accord, qu'elle vise à établir « des règles claires, transparentes, prévisibles et mutuellement avantageuses pour régir le commerce des marchandises et des services, la politique de concurrence et la propriété intellectuelle entre les Etats parties en résolvant les problèmes posés par les régimes commerciaux multiples et qui se chevauchent afin d'assurer la cohérence des politiques, notamment avec les parties tierces » et, d'autre part une identité d'objectifs en ce que, spécifiquement, la ZLECAF engage les Etats à coopérer « en matière d'investissement, de droit de propriété intellectuelle et de politique de concurrence » (Article 4-c), « dans les domaines liés au commerce » (article 4-d), et à établir « un cadre de règlement des différends concernant leurs droits et obligations » (article 4-f). Le chemin de la ZLECAF passe par un espace juridique OHADA encore plus élargi pour être encore plus efficacement et effectivement intégré. Au demeurant, la question de l'expansion de l'espace OHADA est d'une actualité constante. Au-delà de son espace originaire, l'OHADA n'est pas indifférent à l'entrée de d'Etats anglophones comme le Ghana et le Nigéria. La ratification par la République démocratique du Congo, le 27 juin 2012 du Traité renouvelle avec beaucoup d'espoir cet enjeu majeur de l'organisation et encourage à poursuivre et à conclure les négociations engagées dans ce sens avec Madagascar, le Burundi ainsi que le Rwanda. Cette expansion doit aller de pair avec l'extension substantielle ou matérielle du domaine harmonisé et/ou uniformisé.

2 – L'extension matérielle

Après les 15 premières années marquées par une extraordinaire fécondité, le processus d'élaboration des règles matérielles semble s'être ralenti. Certes, la relecture des Actes uniformes s'impose également, pour adapter les solutions qu'ils proposent à l'évolution du temps. A ce sujet, la relance saluée, sous la présidence congolaise, par l'adoption de l'AUVE ne doit pas constituer l'éclaircie dans un ciel assombri.

Mais le Secrétariat permanent doit tout aussi relancer le processus en faveur de l'élaboration des actes uniformes relatifs à certains contrats spéciaux, notamment l'affacturage et le crédit-bail objet de focalisation de maintes législations nationales et communautés économiques. Il importe également d'engager des études en vue de l'harmonisation du droit du numérique dont l'importance dans les transactions économique n'est plus à démontrer. Un corpus juris OHADA sans règle unifiée ou harmonisée du numérique entameraient sérieusement, sinon la vie, du moins le crédit de l'organisation. Au-delà, c'est tout le chantier de l'actualisation du droit OHADA qu'il convient d'engager.

B – Le défi de l’actualisation

Les échos dans le sens du renouvellement de l’esprit de l’organisation par la révision du Traité méritent d’être entendus et discutés avec intérêt. Elle porte, depuis longtemps, sur l’attelage fonctionnel entre la Cour commune de justice et d’arbitrage et les juridictions nationales de cassations, sur le renforcement de l’autonomisation de l’arbitrage institutionnel, à détacher de la veille *a priori* juridictionnelle et non moins paternelle de la Cour, sur la mise en place d’un mécanisme de représentation des Etats dans l’enceinte juridictionnelle et rechercher une solution pertinente de financement adapté de l’organisation. Aussi, envisagera-t-on les solutions politiques en vue d’une actualisation institutionnelle de l’OHADA (1) puis les solutions techniques en vue d’une actualisation financière de l’OHADA (2).

1 – Les solutions politiques en vue d’une actualisation institutionnelle de l’OHADA

Elles concernent l’implication des juridictions nationales dans leur rapport avec la Cour commune de justice et d’arbitrage, la représentation des Etats près la Haute juridiction commune et du renforcement de l’autonomisation de l’administration de l’arbitrage institutionnel OHADA.

En ce qui concerne l’implication des juridictions nationales dans leur rapport avec la Cour commune de justice et d’arbitrage, dans la situation actuelle, la CCJA intervient non seulement en qualité de juge de l’application en dernier ressort et de l’interprétation authentique du Traité et des Actes uniformes et, sous cette vue, apparait ainsi comme un juge du droit interne de chacun des dix-sept États membres de l’OHADA.

Contrairement au mécanisme éprouvé dans les ordres internes, la Cour de cassation qu’est la CCJA ne se contente pas de casser pour renvoyer l’affaire devant la juridiction nationale compétente. Elle évoque en cas de cassation et prive ces juridictions nationales compétentes d’avoir à connaître à nouveau de l’affaire et par-là, prive aussi les justiciables du droit d’être jugé par leur juge naturel. A ce titre, elle est la seule juridiction de la même nature à procéder ainsi, et, sous cette vue, devient une juridiction de fond.

Trois décennies après la mise en œuvre de ce modèle judiciaire, et en dépit des justifications légitimes, les inconvénients paraissent en effet heurter le droit fondamental d’accès des justiciables des Etats à la justice intégratrice et le renforcement de la contribution des juridictions nationales à l’application du droit uniformisé ou harmonisé.

Sur le premier point, le modèle éloigne encore plus les justiciables de l’examen au fond de leur litige et les prive raisonnablement du droit d’une défense utile en plus de celui d’un juge naturel. La CCJA, par sa nature hybride, ne permet pas nécessairement aux parties de se prononcer spécialement sur le fond de leur affaire lorsqu’elle décide d’évoquer. Elle se contente des échanges des parties sur les moyens du pourvoi et, éventuellement, des moyens des parties devant les juridictions de fond, y compris de l’évocation par elles du droit interne. Le traitement de l’affaire au fond donne donc des résultats parfois mitigés, notamment lorsque la solution de l’affaire au fond doit consister en une reprise d’une procédure ou en la mise en œuvre de mesures provisoires, sans compter les délais de prononcé des décisions, même s’ils s’améliorent au fil du temps.

Sur le second point, ce modèle associe moins les juridictions nationales au redressement de ce qui est mal jugé contrairement à l'ordre interne à l'intérieur duquel, en cas de cassation, la juridiction compétente de fond est appelée à corriger le mal jugé.

Au demeurant, ce modèle d'évocation conduit la CCJA à interpréter les règles de droit interne lorsque, à l'évocation, l'affaire pose à la fois un problème d'application d'un acte uniforme et des dispositions de droit interne (Code des personnes et de la familles, code de procédure, code des impôts etc.). Dans ces conditions, le juge qui n'est pas forcément outillé en droit interne de chacun des dix-sept États-parties est appelé de manière régulière à appliquer ces droits et, au-delà de la loi stricto sensu, à mettre en œuvre des décrets, arrêtés, ou autres dispositions, à prendre en compte des arrêts et jugements dont la portée n'est pas forcément saisie par elle, ou encore à orienter l'appréciation des dispositions procédurales de droit interne que le Traité et certains Actes uniformes ont cependant voulu expressément renvoyer aux lois nationales.

Le modèle d'articulation de compétence entre les juridictions nationales et la Cour commune de justice et d'arbitrage mérite d'être renouvelé et renforcé. De réfléchir au retrait du pouvoir d'évocation à la CCJA. La coopération entre l'ordre judiciaire interne et l'ordre judiciaire communautaire ne peut être réelle, adéquate et pertinente en l'état de l'attribution à la Cour de justice du pouvoir d'évocation.

Une plus grande implication des juridictions nationales est d'autant plus nécessaire et souhaitée que le diagnostic établi il y a trente ans de leur incapacité à soutenir la modernité porté par la politique législative communautaire est dépassée. D'une part, l'articulation actuelle avec la CCJA a renforcée l'ordre judiciaire national dans l'appréhension et la compréhension du traité et des actes dérivés. D'autre part, la formation continue, engagée sous l'égide de l'ERSUMA, en collaboration avec les chancelleries nationales et les juridictions suprêmes nationales renforce davantage celle de culture juridique intégrée au niveau de tous les acteurs judiciaires nationaux.

Il est possible d'envisager une solution dans le sens de conférer pouvoir à la juridiction nationale de cassation d'évoquer l'affaire à la suite d'un arrêt de cassation prononcé par la CCJA.

La faveur accordée à la juridiction nationale de cassation judiciaire est justifiée, d'une part, par le dialogue déjà engagé depuis longtemps entre les la CCJA et les juridictions suprêmes de cassation en matière judiciaire, en vue d'une meilleure cohérence et une meilleure prise en compte des influences réciproques entre l'ordre communautaire et l'ordre interne.

Elle est justifiée ensuite par la nécessaire maîtrise du renvoi en vue de l'évocation. En cela, la juridiction nationale de cassation recevra du traité, à titre exceptionnel, le pouvoir de juger en fait dans les conditions énoncées. Cette solution associe les juridictions nationales, de fond comme de cassation, à l'œuvre de réalisation du droit communautaire, préserve, pour l'essentiel, l'ordre judiciaire interne tout en permettant de satisfaire les objectifs de politique législative de l'OHADA. Il sera toujours possible de renforcer le mécanisme par les dispositions relatives à la circulation des décisions de justice et à la coopération judiciaire au sein de l'espace OHADA.

En ce qui concerne l'autonomisation de l'administration de l'arbitrage, l'adoption par la Plénière des Commissions nationales OHADA à leur session des 28 et 29 septembre 2023 à Cotonou de la proposition instituant le Centre d'arbitrage et de médiation de la CCJA (CAM-CCJA) est une évolution nécessaire. Il est possible d'aller au bout de la logique en rendant complètement autonome l'arbitrage institutionnel OHADA par l'institution dans le Traité du Centre commun d'arbitrage et de médiation autonome. Celle-ci deviendrait la Cour commune de justice (CCJ), mais conservera sa compétence pour le contentieux des sentences rendues sous les auspices du CCAM.

L'autonomisation du Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'OHADA vise à en faire une institution de référence en matière de modes alternatifs de résolution en Afrique.

Cette autonomisation renforcerait l'indépendance et l'efficacité du centre d'arbitrage dans la résolution des litiges commerciaux en Afrique mais également la crédibilité de l'arbitrage comme moyen de résolution des litiges commerciaux. L'objectif ainsi affiché permettra d'annihiler les réserves relatives à la double compétence de la CCJA : centre d'arbitrage et juridiction en charge du contentieux des sentences rendues sous son égide. De ce fait, les justiciables percevront le Centre d'Arbitrage et de médiation comme une institution neutre.

Il s'agit de créer un marché de l'arbitrage autour du Centre Commun d'Arbitrage et de Médiation de l'OHADA, ce qui permettra d'en récupérer toute l'économie captée actuellement par les institutions internationales telles que la CCI ou le CIRDI et de développer l'expertise et la logistique locale.⁴⁴

La création d'une institution arbitrale permettra également de réduire la charge de travail de la CCJA qui n'aura plus que des attributions juridictionnelles et consultatives. Elle permettra en outre de rendre efficace la gestion des procédures d'arbitrage et de médiation grâce à une institution spécialisée qui comportera en son sein des experts africains et étrangers. Elle pourra assurer enfin l'adaptabilité aux besoins du marché : Le Centre Commun d'Arbitrage et de médiation autonome peut réagir plus rapidement aux besoins changeants du marché de l'arbitrage, en adaptant ses règles et ses procédures pour mieux servir les parties et les professionnels du droit

En ce qui concerne enfin la création d'un organe de représentation des Etats près la CCJA, il est utile de rappeler que lors de la session tenue en juin 2015 à Yamoussoukro en République de Côte-d'Ivoire, le Conseil des Ministres de l'OHADA avait instruit le Secrétaire permanent à l'effet de mener une étude sur la possibilité de l'institution d'une représentation des Etats près la Cour commune de justice et d'arbitrage. Ces instructions avaient été réitérées à l'occasion du Conseil des ministres tenu les 16 et 17 juin 2016 à Brazzaville en République du Congo.

Lors de la session du Conseil des 27 et 28 octobre 2016, le Bénin avait été désigné pour présenter une initiative sur la question. Le Bénin a effectivement présenté son initiative

⁴⁴ Concrètement, il s'agit de la rémunération des avocats et arbitres africains et par ricochet de l'imposition desdites rémunérations en Afrique, ce contrairement aux experts étrangers qui ne paient aucun impôt en Afrique et sont rémunérés en devise. Il en va également de toute la logistique des procédures arbitrales, location de salles, traducteurs, hébergement, taxes aéroportuaires.

lors de la session de Conakry des 22 et 23 novembre 2017, sous la forme d'un amendement aux articles 15 et 31 du Traité.

La création d'un commissariat général des États près la CCJA présente des avantages importants.

La représentation de la Cour auprès du Conseil des ministres et du Secrétariat permanent est assurée par le Président de la Cour de Justice. Cette représentation, d'ordre hiérarchique, agit négativement sur l'indépendance et sur l'impartialité de la Cour qui, au titre du traité, peut en outre être saisi par le Conseil des ministres ou les Etats pour avis. Il est proposé que la représentation de la Cour auprès des organes interétatiques soit assurée par le Commissariats des Etats.

Le commissariat général des États pourrait veiller à ce que les décisions de la cour de justice soient en harmonie avec l'ordre juridique interne de l'État-partie. Cela garantit la cohérence entre les lois nationales et les décisions de la cour. Dans les hypothèses où **le contentieux de l'interprétation du traité de l'OHADA et des Actes uniformes** est mélangé à celui des lois nationales, et lorsqu'est en cause une situation impliquant l'ordre public interne, alors même que l'Etat lui-même n'est pas en cause, il est nécessaire que l'avis de l'Etat soient requis par voie de communication obligatoire de l'affaire, comme il est procédé dans l'ordre interne. Cette communication pourrait être adressée à un organe à instituer, le Commissariat des Etats auprès de la Cour de justice.

Enfin, la présence du commissariat général des États peut contribuer à la prévention des litiges en conseillant les Gouvernements des Etats parties sur la manière de conformer leurs politiques et lois au droit communautaire, réduisant ainsi le risque de contentieux.

2 – Les solutions techniques en vue de l'actualisation efficiente du financement

Il est établi qu'en dépit de ses succès, l'architecture institutionnelle est fragilisée par les difficultés de financement de ses initiatives et de son action. Heureusement que le crédit ~~les enjeux~~ et les enjeux de l'OHADA engagent des partenaires classiques dans la mise en œuvre des politiques retenues. Mais nul effort ne peut être maintenu ni renforcé si les Etats ne s'assurent d'un mécanisme pertinent de financement continu de l'organisation.

Les solutions éprouvées paraissent, à bien des égards, insuffisantes. Il semble pourtant possible d'envisager un prélèvement qui épargnent les autorités de l'OHADA crainte de soutenir, au-delà des activités, le personnel de l'organisation. Il faut rechercher une solution adaptée au financement spécifique de la Cour commune de justice, à l'effet de prévenir, en plus des aléas de mobilisation des ressources au profit de l'ensemble de l'organisation, quelques défaillances relationnelles avec l'exécutif communautaire qui atteignent le respect dû à leur indépendance.

Il faut enfin prendre en compte les demandes en vue du financement des activités des commissions nationales OHADA, composante essentielle des forces vives de l'organisation, dont la contribution technique mérite d'être reconnue et renforcée.

Conclusion

La présente étude n'a pas la prétention de l'exhaustivité. L'aurait-elle envisagé qu'elle ne le pût. Le présent cadre, si fécond à la discussion ne suffirait à éclore un bilan sans complexe et sans complaisance des trente premières années d'enracinement d'une organisation qui cristallise les intérêts vitaux de près de 250 millions d'âmes. Et les quelques feuillets consacrés à un survol rapide d'une ~~vie~~-institution, ne peuvent que recueillir quelques pistes éparées incitatives d'une étude plus approfondie.

Toutefois, on ne saurait méconnaître ni mésestimer quelques constances de ce dialogue avec le temps et les actes.

La première réside en l'opportunité *a posteriori* de l'entreprise et de l'expérience OHADA. La première justification n'est pas, à la vérité, la réalité de la communauté juridique. Au-delà, l'organisation a su créer, au plan psychologique, un véritable sentiment d'appartenance à une communauté, revendiquée par les acteurs juridiques et judiciaires, mais encore par les femmes et les hommes d'affaires. C'est une communauté désormais appropriée par ses sujets. Il nous semble là que c'est l'acquis véritable de ces années de tribulations et de satisfactions réelles.

La deuxième réside dans la réalité institutionnelle, source de l'intégration juridique. Les pères fondateurs ont su, en dépit des douleurs de tout enfantement, trouver les solutions institutionnelles adaptées et leur articulation fonctionnelle afin de réaliser les objectifs de l'organisation.

Enfin, la troisième constance paraît être la démocratisation du droit uniforme et son appropriation par les jeunes. Les actions en vue de son appropriation et de son imprégnation par une jeunesse heureusement convaincue de la nécessité de pérenniser l'action de l'OHADA et d'assumer le « fabuleux destin » de l'unité africaine par son intégration juridique et économique sont à encourager. C'est en ce sens qu'il est méritoire d'encourager les compétitions intellectuelles au profit des jeunes, comme le Concours international de génies en herbe OHADA.

Il demeure que rien n'est définitivement acquis. L'Organisation gagnerait à se renouveler pour affronter au mieux les défis du présent et du futur.

Kinshasa, ce 18 octobre 2023