

Droit communautaire¹ et droit national dans l'espace OHADA

Par Mayatta Ndiaye MBAYE, Agrégé des facultés de droit, Maître de conférences à l'UCAD

La grosse difficulté d'une organisation, c'est l'organisation parfaite ; l'organisation parfaite des moyens, l'organisation parfaite des pouvoirs. Cette difficulté se présente, comme dans toute communauté, dans l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) créée par le Traité relatif à l'Harmonisation du droit des Affaires en Afrique signé le 17 octobre 1993 à Port Louis (Ile Maurice) et entré en vigueur en 1995.

Ce texte, devant les multiples difficultés rencontrées dans l'organisation des institutions qu'il prévoit, a été modifié et complété par le Traité portant révision du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique signé le 17 octobre 2008 à Québec (Canada). Ce dernier traité, dont le processus de ratification par les Etats Parties se poursuit pour son entrée en vigueur, a vu notamment la création d'une nouvelle institution dans l'OHADA, la Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement, à côté des autres institutions qui existaient auparavant (le Conseil des Ministres, le Secrétariat Permanent, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA).

Toutefois, ce traité révisé ne répond pas à toutes les interrogations que soulève l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. En effet, se pose essentiellement la question du rapport entre le droit communautaire issu de

¹ La notion de droit communautaire ne doit pas ici être entendue au sens large. Elle se limite au droit communautaire de l'OHADA c'est-à-dire essentiellement les actes uniformes issus du traité de l'OHADA.

l'OHADA et le droit national des Etats parties, c'est-à-dire celle des rapports entre les actes uniformes issus de l'OHADA et les législations nationales des Etats parties. Cette question comporte deux aspects :

- le premier aspect est lié à la supériorité des dispositions des actes uniformes sur les législations nationales des Etats parties et partant à la portée abrogatoire de l'article 10 du traité OHADA ;
- le second aspect, quant à lui, est lié à l'application des dispositions des actes uniformes et des législations nationales, application qui se heurte au conflit de compétence entre la CCJA et les Cours suprêmes des Etats parties.

Ces deux aspects de la question des rapports entre le droit communautaire et le droit national dans l'espace OHADA ne sont pas autonomes ; ils s'imbriquent, le premier ayant un effet sur le second.

Ce sont ces deux aspects de la question des rapports entre droit communautaire et droit national dans l'espace OHADA qui nous intéressent aujourd'hui. Ces questions s'intéressent d'abord aux conflits de lois dans l'espace OHADA (premier aspect de la question) (I), ensuite aux conflits de juridictions dans l'espace OHADA (deuxième aspect de la question) (II).

I- Les conflits de lois dans l'espace OHADA

La notion de conflit de lois, dans le cadre de cette étude, ne porte que sur les conflits entre les règles communautaires et les règles nationales dans l'espace OHADA. Il n'est donc pas ici question d'appréhender les conflits de lois au sens classique du DIP dont le noyau dur est constitué par les conflits entre lois d'Etats souverains.

Ces conflits entre les règles communautaires et les règles nationales ont pour cause principale l'article 10 du traité de l'OHADA et l'interprétation qu'en a faite la CCJA.

En effet, dans le cadre de l'OHADA, par souci d'interprétation et d'application uniformes des textes issus de l'organisation, notamment du traité, des actes uniformes et des règlements, l'article 14 du Traité de Port-Louis a-t-il confié la tâche de l'interprétation à la CCJA².

Cette dernière, par l'avis consultatif du 30 avril 2001 demandé par l'Etat de Côte d'Ivoire le 19 octobre 2000, se prononce sur le sens et l'effet abrogatoire de l'article 10 du traité OHADA et des articles 1^{er} alinéa 1^{er} et 2 de l'acte uniforme sur le droit commercial général, 1^{er}, 916 alinéa 1^{er} et 919 alinéa 1^{er} de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et les GIE, 257 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, 35 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage et 336 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution (A).

Mais, il faut reconnaître que si cette interprétation avait pour but d'éclairer le sens des dispositions précitées, elle rend beaucoup plus flou le sens des règles établies et partant, beaucoup plus complexe l'impact de l'unification par l'OHADA des règles du droit des affaires sur le droit interne des Etats parties (B).

A- La portée abrogatoire reconnue aux dispositions communautaires par l'interprétation faite par la CCJA

Selon l'article 10 du traité de l'OHADA, « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». Sur la question de savoir

² En effet, aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 14 : « La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure dans les Etats parties l'interprétation et l'application commune du présent traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes. »

si cet article 10 abroge tout texte législatif ou réglementaire de droit ayant le même objet que les actes uniformes ou uniquement les dispositions d'un texte législatif ou réglementaire de droit interne ayant le même objet que celle d'un acte uniforme et étant contraires à celles-ci, la CCJA a procédé par une interprétation large du texte pour apporter une réponse complexe à la question posée :

En effet, elle considère d'abord qu'en principe, l'effet abrogatoire de l'article 10 concerne l'abrogation ou l'interdiction de l'adoption de dispositions législatives ou réglementaires ayant le même objet que celle de l'acte uniforme et contraires à celles-ci.

Ensuite, elle précise que cette abrogation concerne aussi les dispositions de droit interne identiques à celles des actes uniformes.

Cette dernière partie de la réponse signifierait alors qu'en règle générale, et sauf dispositions contraires expresses des actes uniformes, toutes les dispositions d'un texte législatif ou réglementaire de droit interne ayant le même objet que celle de l'acte uniforme sont abrogées dans leur ensemble, qu'elles soient antérieures ou postérieures, contraires ou conformes aux textes résultant de l'acte uniforme.

Concernant l'article 1^{er} alinéa 1^{er} et 2 de l'acte uniforme portant droit commercial général et l'article 1^{er} de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciale et du GIE, la CCJA considère que lorsque toutes les dispositions d'une loi ou d'un règlement ayant le même objet qu'un acte uniforme sont contraires à ce dernier, la loi ou le règlement est abrogé dans son ensemble. En revanche, si seules quelques dispositions de cette loi ou règlement sont contraires à l'acte uniforme les dispositions non contraires à celles de ce dernier demeurent applicables. En outre si la subsistance des dispositions législatives ou réglementaires de droit interne spécifique auxquelles sont soumises les sociétés

bénéficiant d'un régime particulier ne pose aucune difficulté car résultant de l'application du principe « *specialia generalibus derogant* » ,l'acte uniforme sur les sociétés n'ayant rien prévu les concernant hormis les règles générales applicables à toutes les sociétés, les réponses sur les dispositions abrogatoires des articles 257 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif et 35 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage restent également insatisfaisantes .

En effet, relativement à ce dernier article, après avoir admis que l'acte uniforme s'est substitué à toutes règles de droit interne relative à l'arbitrage, elle ajoute que cette substitution est sous réserve des dispositions non contraires susceptibles d'exister en droit interne. La CCJA enfreint donc la règle unanimement reconnue selon laquelle « il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas », l'article 35 de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage ayant prévu qu'il tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans tous les Etats parties.

Par ailleurs, la CCJA affirme que les dispositions abrogatoires contenues dans les actes uniformes sont conformes à l'article 10 du traité OHADA. Or, après lecture des textes abrogatoires spécifiques des actes uniformes, le principe qui paraît le plus évident est la subsistance des textes de droit interne conformes aux dispositions issues de l'OHADA.

Il faut relever que cette interprétation des textes de l'OHADA engendre quelques conséquences pratiques.

B- Les conséquences pratiques de l'interprétation faite par la CCJA

Le maintien des dispositions de droit interne conformes aux actes uniformes pose la question de leur application.

Devant une affaire appelant l'application des textes identiques mais de sources différentes dans un domaine (les uns issus de l'OHADA, exemple : les actes uniformes ; les autres faisant partie du droit interne de l'Etat partie), le juge compétent dans l'Etat partie sera amené à choisir entre le droit interne conforme à l'acte uniforme et l'acte uniforme lui-même.

Dans ce cas, le juge enfreindra-t-il le principe de la supranationalité pour appliquer le droit interne en écartant le droit communautaire ou appliquera-t-il le droit communautaire en tenant compte de sa supranationalité ?

La première option renie tout intérêt à l'unification du droit et la seconde montre que le maintien du droit national est sans intérêt. Il apparaît donc clairement que la subsistance des textes de droit interne n'a point de sens car la CCJA interprète l'article 10 du traité comme instituant une règle de supranationalité et, par voie de suite dans tout conflit opposant le droit interne des Etats parties et le droit résultant de l'OHADA, c'est ce dernier droit qui sera appliqué.

La survie du droit interne dans les domaines des affaires n'a d'intérêt que lorsque ce droit complète les quelques lacunes, qui ne sont pas pour le moins inexistantes, des textes issus de l'OHADA. Nous l'avons senti notamment avec l'abrogation de la quatrième partie du COCC qui a emporté avec elle toute la législation en matière de nationalité des sociétés (loi de 1998).

La meilleure rédaction est celle de l'article 336 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Selon ce texte : « *Le présent acte uniforme abroge toutes les*

dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats parties». Ce texte répond le mieux à l'esprit de l'unification du droit, mécanisme utilisé dans le cadre de la communautarisation du droit dans l'espace OHADA.

L'interprétation d'une règle est capitale pour son appréhension. Mais, à vouloir trop éclaircir, on finit par tout obscurcir. Cela se manifeste dès lors dans l'application des textes par l'existence de conflits de juridictions dans l'espace OHADA.

II- Les conflits de juridictions dans l'espace OHADA

L'application des actes uniformes pose essentiellement un problème de détermination de la juridiction compétente. Cela ne se présente aux premier et second degrés de juridictions. En revanche, en cassation, l'application des actes uniformes oppose les juridictions nationales de cassation et le CCJA. Lorsque l'affaire ne demande que l'application d'un acte uniforme, il n'y a aucune difficulté, l'affaire est de la compétence de la CCJA. De même, lorsque l'affaire ne demande l'application d'aucun acte uniforme, l'affaire est de la compétence de la juridiction de cassation de l'Etat partie concerné.

Les conflits de juridictions dans l'espace OHADA étudiés ici concerne les conflits entre la CCJA et une juridiction de cassation d'un Etat partie dans une affaire qui demande aussi bien l'application du droit communautaire que celle de la législation nationale.

Ce type de conflit, qui mérite d'être illustré (A), ne présente pourtant pas de difficulté, sa solution résultant d'une simple interprétation des textes du traité (B).

A- Illustration d'un conflit de juridictions dans l'espace OHADA

L'hypothèse de l'existence de ces conflits est née d'un arrêt célèbre de la cour suprême du Niger du 16 août 2001.

Statuant sur un pourvoi formé pour violation par la cour d'appel de l'article 809 du code de procédure civile (...), le défendeur au pourvoi a soulevé une exception d'incompétence de la cour suprême (...) dans l'application en cassation de l'article 516 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

La cour a jugé qu'il résulte aussi bien de l'article 14, que de l'article 15 du Traité créant l'OHADA, qu'il appartient aux parties demanderesses au pourvoi de saisir la Cour Commune. Si cela n'a pas été fait, la cour suprême nationale saisie, peut elle-même saisir la Cour Commune lorsqu'elle estime que la cause à elle soumise relève de la compétence de cette Cour.

Par ailleurs, l'examen de l'article 18 du traité de l'OHADA permet de se rendre compte que la compétence de la Cour Commune n'est pas exclusive de la compétence des juridictions nationales des Etats parties au Traité ; sauf la possibilité de recours ouverte à la partie ou aux parties ayant soulevé l'incompétence dans le délai prévu à l'article 18 du Traité précité. Aux termes de l'article 18 du Traité de l'OHADA : « Toute partie qui, après avoir soulevé l'incompétence d'une juridiction nationale statuant en cassation estime que cette juridiction a, dans un litige la concernant, méconnu la compétence de la CCJA peut saisir cette dernière dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision contestée » ;

La cour suprême du Niger a alors déduit de la combinaison des articles précités que la CCJA n'est compétente que pour l'application des Actes Uniformes. Ainsi, lorsque le pourvoi n'est pas exclusivement fondé sur les actes uniformes, comme c'est le cas en l'espèce où des dispositions du Code de Procédure Civile, du Code Civil et du Code Cima sont invoquées, il appartient à la Cour Suprême nationale de saisir la Cour Commune des questions spécifiques aux actes uniformes.

Dans ce cas, elle ne peut d'ailleurs le faire que si l'application des actes uniformes a été prépondérante pour la prise de la décision attaquée, et que le pourvoi est surtout basé sur ces actes. Qu'en l'espèce le moyen mis en exergue est la violation de la procédure du référé.

Dans cette affaire, la Cour a rejeté l'exception d'incompétence et s'est déclarée compétente.

Quelles solutions peut-on apporter à un tel conflit de juridictions. La réponse se trouve dans le traité lui-même.

B- La solution au conflit de juridictions dans l'espace OHADA

Les conflits de juridictions dont nous venons de donner une illustration ont leur origine dans l'interprétation large des compétences de la CCJA et donc des articles 14 et 15 du Traité de l'OHADA.

L'article 14 précise que la CCJA est compétente pour l'application du traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes.

Quant à l'article 15 du traité, il prévoit que « Les pourvois en cassation prévus à l'article 14 sont portés devant la CCJA, soit directement par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes ».

Il apparaît clairement que ces deux dispositions sont contradictoires : la première limite la compétence de la CCJA à l'application du droit communautaire alors la seconde lui reconnaît compétence pour connaître d'une affaire soulevant des questions de droit interne dès lors que l'affaire soulève également des questions de droit communautaire.

C'est d'ailleurs cette interprétation qu'en a faite la cour suprême du Niger pour se déclarer compétente pour connaître d'une affaire soulevant des questions de droit interne à côté des questions de droit communautaire.

Toutefois, la cour suprême du Niger va plus loin en estimant d'abord que l'article 15 lui reconnaît juste la faculté de saisir la CCJA mais qu'elle n'est pas obligée de la saisir en cas de défaillance des parties ; ensuite que la CCJA n'a pas une compétence exclusive dans l'application des actes uniformes ; enfin qu'elle a la possibilité de connaître des questions soulevant l'application d'un acte uniforme lorsqu'elles ne sont pas prépondérantes dans l'affaire. Bref, elle se donne également compétence pour appliquer les actes uniformes, le droit communautaire.

Cette position n'est pas à rejeter dans son intégralité. En effet, il est difficile pour la CCJA de connaître des questions de droit interne car dans ce cas, les 9 juges qui la composent doivent connaître les droits nationaux des 16 Etats parties, bientôt 17 avec l'adhésion de la RDC.

Il est également inconcevable de retirer de la compétence de la juridiction nationale toute affaire qui comporte une question, fut-elle bénigne, relevant de l'application d'un acte uniforme.

Dès lors, l'article de 15 du traité doit être interprété de manière restrictive c'est-à-dire considéré comme reconnaissant à la CCJA compétence pour connaître toutes les questions relevant de l'application d'un acte uniforme.

La CCJA n'est donc pas compétente pour connaître des affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes mais plutôt des seules questions relatives à l'application des actes uniformes. Ainsi, si la CCJA est saisie en premier, elle doit transmettre les questions préjudicielles relatives à l'application du droit national. De même, la juridiction nationale saisie doit transmettre, sous forme de questions préjudicielles, les questions de l'affaire

relatives à l'application d'un acte uniforme. C'est, à notre sens, cette interprétation qui permet de résoudre le conflit de juridictions entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation. L'article 16 du traité semble d'ailleurs vouloir aller dans ce sens en prévoyant in limine que « la saisine de la CCJA suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée ».