

A PROPOS DE LA NATURE DE L'OHADA

PAR STÉPHANE DOUMBE-BILLE

Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3

L'OHADA (Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique) est une organisation internationale économique ; certainement l'une des plus importantes qui ait été mise en place, à l'heure de la globalisation économique, sur un continent africain toujours profondément marqué par le sous-développement cinquante ans après les indépendances. L'importance et la spécificité des organisations économiques internationales a été relevée en droit international¹. Cependant, dans son ouvrage « Droit international du sous-développement »², le dedicataire de ces lignes n'avait pas manqué de souligner la relation problématique entre « les organisations internationales et le sous-développement », tant en ce qui concerne leur « rôle »³ que du point de vue de la fonction de « démocratisation des relations internationales »⁴ qu'elles sont invitées à exercer en vue d'asseoir véritablement un nouvel ordre international. Alors que les Etats africains ont depuis lors créé leurs propres formes institutionnelles de coopération économique régionale, il apparaissait intéressant d'examiner dans quelle mesure celles dans lesquelles ils se retrouvent dans une large majorité confirment l'analyse réaliste du professeur Madjid Benchikh. Un tel test de validité serait d'autant plus révélateur de l'action des organisations régionales africaines en faveur du développement qu'il s'applique ici à une organisation sur qui reposent tous les espoirs régionaux d'un « développement par le commerce » que promeut au plan universel l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Il est à peine besoin de dire qu'à cet égard et sous l'angle particulier du droit des affaires, cette organisation suscite certainement la plus grande attention. Créée par le traité de Port-Louis (Île Maurice) du 17 octobre 1993⁵, sa dénomination résume totalement le but que se sont fixés ses 14 membres fondateurs entre

¹ Cf. Belanger M. : *Institutions économiques internationales*, Economica, 1997, 218 p.

² V. Benchikh M. : *Droit international du sous-développement. Nouvel ordre dans la dépendance*, Berger-Levrault, coll. Mondes en devenir, 1983, 331 p.

³ Cf. p.p.264-279, spec. pp. 269 et s. où l'auteur qualifie les organisations internationales comme des « instruments » à la fois de « lutte contre le sous-développement » et de « développement des pays sous-développés ».

⁴ Cf. p.p.279-297.

⁵ V. J.O. OHADA n° 4, 01/11/97, p.p. 1 et s.

lesquels celui-ci est entré en vigueur le 18 septembre 1995: réaliser dans le cadre d'une zone monétaire particulière, la zone franc, une harmonisation du droit des affaires en Afrique. Il est remarquable et peu indifférent à l'analyse de relever que cette harmonisation est réalisée au moyen « d'actes uniformes » (titre II du traité, art. 5 à 12) qui font du « droit OHADA », expression largement entrée dans le vocabulaire courant, un « droit unifié »⁶. L'article 1^{er} résume parfaitement ce projet paradoxal d'une harmonisation par l'uniformisation normative en introduisant une nouvelle expression, peu banale également, de « règles communes »⁷.

Quiconque lit cependant le commentaire des 63 articles que font les professeurs Babacar Gueye et Seydou Nourou Tall⁸ ne peut manquer d'être frappé de perplexité. Il en ressort en effet que l'harmonisation, analysée de manière générale comme « la coordination des systèmes juridiques différents dans le but de réduire ces différences pour atteindre des objectifs communs », en réalité « diffère de l'uniformisation, c'est-à-dire l'instauration dans une matière juridique donnée de règles identiques, pour tous les Etats membres, et incorporées à des droits nationaux différents » et également « se distingue aussi de l'unification qui consiste en l'instauration de règles identiques appartenant à un droit communautaire unique »⁹.

La présentation est juste. Elle souligne en effet une forte variation terminologique, à bien des égards source de grande confusion. Il faut de ce fait admettre que le traité OHADA n'aide pas beaucoup à clarifier des concepts et techniques juridiques qu'il emploie invariablement alors qu'ils sont assez bien connotés en droit international. Son article 3 se borne à indiquer que « la réalisation des tâches prévues au présent Traité est assurée par une organisation dénommée Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) comprenant un Conseil des Ministres et une Cour commune de justice et d'arbitrage »¹⁰. C'est à peu près tout et il faut bien reconnaître que ce n'est guère assez, même dans le cadre d'un nouveau traité révisé¹¹, pour déterminer

⁶ Cf. Mbaye K. : « Préface » au « Code » OHADA, traités et actes uniformes commentés et annotés (coord. J. Issa-Sayegh, P.G. Pougué, F/M/ Sawadogo), Juriscope, 3^{ème} ed. 2008, p. 9. Cette expression est utilisée dans son « avant-propos » audit code par le professeur J. David (p. 11). On relèvera qu'au terme de sa brève préface, l'éminent juriste souligne ce qu'est à ses yeux l'OHADA, « un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance » (idem, p. 9).

⁷ Il importe d'en reproduire la formulation afin d'opérer d'éventuelles clarifications : « 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 à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

⁸ Cf. OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^{ème} ed. 2008, p. 21-62.

⁹ Cf. Commentaire de l'article 1^{er}, p. 23.

¹⁰ Un alinéa supplémentaire stipule que « Le Conseil des Ministres est assisté d'un Secrétariat permanent auquel est rattachée une Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature ».

¹¹ La révision du traité a été adoptée entre les 16 pays membres à Québec (Québec, Canada) le 17 octobre 2008. Elle concerne une amélioration de la rédaction du préambule du traité, dans lequel est introduit (à la place de l'établissement d'un climat de confiance) la « volonté de renforcer la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA) ».

avec précision la nature de cette organisation. L'article 3 du traité consolidé demeure en effet aussi vague que sa version initiale en restant muet sur le statut de l'organisation qu'il crée. Il faut donc s'en remettre à l'impressionnisme juridique qui se dégage des structures mises en place, de la nature du financement (art. 43 à 45), du statut du personnel (art. 46 à 50), du régime dit des « clauses protocolaires » du titre VIII (art. 52 à 60) et des modalités de révision et de dénonciation (titre IX, art. 61 à 63) pour conclure à la création d'une organisation internationale au sens du droit international.

Les choses auraient pu d'ailleurs en rester là, comme c'est le cas de nombreuses organisations existantes, si une littérature existante, essentiellement privatiste il est vrai, ne tendrait pas à tirer de ce silence trompeur des conséquences elles-mêmes erronées sur la nature du droit matériel applicable dans ce qui est alors désigné comme « l'espace OHADA »¹². La structure du raisonnement tend à en inverser les prémisses et à considérer que du fait qu'il tend à s'imposer aux droits issus des différents ordres juridiques constitués entre les différents membres de l'Organisation, le « droit OHADA » est un droit communautaire. L'organisation chargée de secréter un tel droit apparaît alors elle-même comme une organisation communautaire.

Des travaux privatistes récents, menés par le hasard des circonstances au sein de la même université, dans le cadre de thèses de doctorat et sanctionnés positivement avec la plus haute distinction académique¹³, mettent à nouveau en lumière cette double nature. La double conséquence qui en est implicitement mais nécessairement tirée incite les internationalistes publicistes à un effort de réflexion sur une question importante, posée dans un contexte de « concurrence des organisations internationales africaines »¹⁴.

Un tel effort repose sur une idée simple. Si en effet rien de décisif ne ressort directement de la charte institutive de l'OHADA, la lecture coordonnée de plusieurs dispositions permet néanmoins de déterminer une nature assez précise de cette organisation, qui « impacte » fortement la nature du droit applicable. Ce sont ces deux points, respectivement relatifs à la nature de l'Organisation (I) et à la nature du droit (II), qui feront l'objet de ces brèves réflexions.

¹² On doit toutefois nuancer le propos sur ce point car quelques auteurs, souvent particulièrement autorisés, ne s'inscrivent pas dans cette ligne d'analyse. Tel est le cas notamment des professeurs Paul Gérard Pougué et Yvette Rachel Kalieu Elongo dans leur *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008, 225 p. Examinant « l'originalité de l'institution », ils relèvent avec justesse que « la nature particulière de l'OHADA (...) ne s'identifie pas a priori à un espace prédéterminé » (cf. ouvrage op. cit. p. 32).

¹³ Cf. J. Megam : *Le régime des investissements privés étrangers dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun*, Thèse de doctorat en droit (droit des affaires), Université Jean Moulin - Lyon 3, novembre 2009, multigraphiée, 618 p. ; G. Ngoumtsas Anou : *Droit OHADA et conflit des lois*, Thèse de doctorat en droit (droit international privé), Université Jean Moulin - Lyon 3, novembre 2009, multigraphiée, 497 p.

¹⁴ Cf. Le colloque organisé à l'Université Montesquieu Bordeaux IV par le CERDRADI et l'UCAD les 28 et 29 septembre 2009 sur *La concurrence des organisations internationales africaines*, Actes à paraître.

I. NATURE DE L'ORGANISATION

L'OHADA demeure une organisation encore trop peu connue, en dépit d'une activité de plus en plus importante de certains de ses organes¹⁵, en particulier le Conseil des Ministres pour « l'édiction » des Actes uniformes (article 5 du traité) et la Cour commune de justice et d'arbitrage, essentiellement (mais pas seulement)¹⁶ dans l'encadrement des procédures d'arbitrage (article 21 du traité). Si d'ailleurs un certain intérêt s'est manifesté ces dernières années pour cette organisation spécialisée, c'est surtout en raison de l'attrait que présente actuellement en Afrique ce mode de règlement des différends commerciaux, tant certainement pour l'accès aux fonctions d'arbitre OHADA que pour l'intérêt que le recours à l'arbitrage présente pour les parties¹⁷.

Cette « spécificité » de la procédure d'arbitrage dans le cadre de l'OHADA a d'ailleurs largement alimenté les réflexions portant sur la nature intrinsèque de l'Organisation qui contrôle de fait l'ensemble du contentieux de l'interprétation et de l'application de ses actes uniformes, auquel est consacré le titre III du traité (articles 13 à 20). M. Gérard NGOUMTSA ANOU écrit à cet égard que « plus qu'un droit uniforme, l'OHADA institue un véritable système juridique pourvu d'institutions propres (dont) l'autonomie institutionnelle est encore confortée par la création d'un organe juridictionnel chargé d'assurer la cohérence de l'ensemble du système »¹⁸.

La tentation a été de ce fait particulièrement forte de considérer celle-ci comme étant une organisation communautaire. Ainsi, après avoir constaté le caractère « significatif (des) attributions juridictionnelles » de la CCJA, M. Gérard NGOUMTSA ANOU observe que celle-ci « statue comme Cour de cassation communautaire unique pour toute question d'interprétation et d'application du droit OHADA »¹⁹.

Il convient cependant de se défier fortement des apparences (A) et, sans nier en rien l'autorité institutionnelle de l'Organisation, sa nature réelle doit certainement être réévaluée (B).

A. APPARENCE (S)

Les apparences sont en effet ici fortement trompeuses. En apparence tout au moins, la nature de l'OHADA est d'abord celle d'une organisation

¹⁵ Aux organes prévus par le traité initial, s'est ajouté en vertu de la réforme de Ndjamena du 17 octobre 2008 une conférence des chefs d'Etats et de gouvernements qui « statue sur toute question relative au traité » (article 27 du traité révisé).

¹⁶ La CCJA exerce également et de manière classique une double fonction consultative et juridictionnelle, dans les conditions prévues par l'article 14 du traité.

¹⁷ Selon l'article 23 du traité « tout tribunal d'un Etat partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si une partie le demande et renverra, le cas échéant, à la procédure d'arbitrage prévue au présent traité ».

¹⁸ Cf. G. Ngoumtsa Anou : Thèse préc. p.p. 13-14.

¹⁹ Idem, p. 15.

supranationale. Cette nature apparente est encore plus renforcée par l'autorité que son droit semble exercer sur celui d'autres organisations de nature semblable, constituées en communautés sous régionales et ayant à ce titre des compétences dans le champ d'activités de l'OHADA²⁰. Au regard de ces dernières, l'Organisation apparaît à bien des égards comme une organisation supra communautaire.

1) Considérer l'OHADA comme une organisation communautaire peut être a priori tentant. Tout en réalité y incite fortement, à commencer par l'environnement terminologique dans lequel elle baigne à travers ses diverses caractérisations. Comme le souligne avec justesse M. Ngoumtsa Anou, « la véritable spécificité de l'OHADA réside cependant dans la nature de l'institution » que l'auteur compare aux « regroupements régionaux d'Etats (ayant) pour but l'intégration économique », pour conclure que celle-ci constitue « une Communauté juridique à finalité économique »²¹.

On aurait pu d'ailleurs s'arrêter là, tant il est vrai que les organisations internationales forment des communautés juridiques ou plus exactement des ordres juridiques à part entière. Or les termes ne sont pas neutres et la comparaison faite généralement avec l'ex Communauté européenne renvoie évidemment au modèle d'une « communauté de droit » par laquelle le juge communautaire détermina au début des années 60 dans l'arrêt *Costa c/ ENEL* la nature juridique des communautés européennes.

L'analyse ne manque ni de solidité ni de cohérence, d'autant qu'elle s'appuie sur des interprétations parfois particulièrement autorisées, comme celle par exemple du juge Keba Mbaye qui joua un rôle important dans l'élaboration et l'adoption du traité. Ce dernier, en préface à un ouvrage important, avait ainsi analysé la nature de l'Organisation comme « une intégration juridique qui doit préparer avec d'autres organisations la consolidation de l'Union africaine par une intégration économique »²².

2) Il ne s'agit cependant pas seulement de jouer avec les mots mais plus probablement de multiplier leur interchangeabilité, pour souligner la finalité institutionnelle de l'Organisation à travers les différentes étapes qu'elle est amenée progressivement à franchir²³. A cet égard, comme on le verra par la suite, peu importe que le droit secrété par l'Organisation soit un droit harmonisé ou unifié, dès lors qu'il a vocation à s'appliquer directement dans les divers droits nationaux et à asseoir sa primauté sur eux comme une part entière de ces droits ainsi que sur les règles des communautés sous régionales qui lui seraient contraires.

²⁰ Cf. P.G. Pougoue : « Présentation générale du système OHADA », in A. Akam Akam (dir) : *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, p.p. 11-19.

²¹ Cf. Thèse préc. p. 21.

²² Cf. K. Mbaye : « Préface » à B. Martor et al. : *Le droit africain des affaires issu de l'OHADA*, LITEC, 2^{ème} éd., 2009.

²³ V. not. K. Mbaye : « L'unification du droit en Afrique », *Revue sénégalaise de droit*, n° 10, 1971, p.p. 65 et s. ; v. égal. « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », Les petites affiches, n° 20, spécial, 13/10/2004.

Cette situation souligne en retour ce que M. Ngoumtsa Anou nomme « l'autonomie institutionnelle » de l'Organisation, qui appartient en propre à toute institution sociale ainsi que Maurice Hauriou le montra naguère mais qui désigne ici une forme de centralité institutionnelle qui n'est justifiée ni par la lettre du traité ni par la diversité des lectures qui pourraient en être faites.

Comment dès lors ne pas s'interroger sur une nature purement apparente qui, si l'on n'y prenait garde, pourrait se fonder désormais plus solidement sur une hypothétique théorie des apparences ?

B. RÉALITÉ

Il faut en revenir au silence du traité à l'égard de la nature exacte de l'Organisation. Certes, dotée de la personnalité internationale, elle apparaît bien comme étant une organisation internationale. Est-elle pour autant une organisation d'intégration ou de coordination ? A l'évidence, un tel silence n'induit pas la qualification apparente qui tend à prospérer. En revanche, en vertu de la conception restrictive de l'interprétation des actes constitutifs des organisations internationales, il est possible d'en inférer une organisation de coopération interétatique.

1. Présentation

C'est d'abord ce qui paraît découler de la nature des organes mis en place, qui ont un caractère intergouvernemental et technique. Dans la version initiale du traité, signé il faut le rappeler par des chefs d'Etats et de gouvernements, l'objectif d'harmonisation du droit des affaires, tel que défini à l'article 1^{er} non concerné par la révision, était confiée à deux types d'organes²⁴ : d'une part, un organe politique, le Conseil des Ministres, assisté par un Secrétariat permanent, chargé de « l'élaboration et adoption de règles communes » ; d'autre part, un organe juridictionnel, la CCJA, investie d'une double mission juridictionnelle et consultative²⁵. La révision de l'article 3 introduit logiquement un 3^{ème} organe, politiquement supérieur au Conseil des Ministres : la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement. Certes, Celui-ci pouvait dans l'ancien modèle institutionnel apparaître comme l'organe central de décision²⁶.

²⁴ Ceux-ci ne sont pas directement désignés par l'article 1^{er} mais par l'article 3 dans sa version de 1993. Or cette clause a été légèrement amendée en 2008 afin d'introduire une conférence des chefs d'Etat et de gouvernement dont le rôle unique semble être de décider du transfert du siège de l'OHADA « en tout autre lieu » (article 3 alinéa 3 nouveau).

²⁵ L'article 2 se borne à évoquer les deux branches de la mission juridictionnelle : d'une part, mettre en œuvre des procédures judiciaires ; d'autre part, encourager le recours à l'arbitrage pour les litiges contractuels. La fonction consultative n'est évoquée qu'à l'article 14 alinéa 2 en vue d'éclairer les Etats, le Conseil des Ministres et les juridictions nationales sur le sens et la portée de « l'interprétation et l'application commune » du droit OHADA tant primaire que dérivé.

²⁶ Un autre ajustement technique réalisé par un amendement également léger de l'article 4 ajoute désormais à son champ d'action, outre les règlements pour l'application du traité, l'adoption de « décisions » à la majorité absolue.

Un tel constat doit cependant être sérieusement nuancé. On peut en effet légitimement douter que le rôle central ne revienne pas désormais, même implicitement aux mains de la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, dès lors qu'elle a été institutionnalisée. Le caractère générique de son rôle et des conditions dans lesquelles elle se réunit incitent, à la lecture de l'article 27-1 l'Organisation, qui ne peut valablement délibérer « que si les deux tiers des Etats parties sont représentés » et prend ses décisions « par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des Etats présents » (article 27-1 alinéas 4 et 5).

Du même coup, la fonction exécutive du Conseil des Ministres apparaît plus clairement. Investi du pouvoir de décision dans le cadre de son mandat, son bipartisme gouvernemental présente un caractère original, doublement d'autre part. La révision de l'article 3 permet cependant de mieux délimiter son champ de compétences, en particulier par rapport aux missions assignées au secrétariat permanent qui acquiert de ce fait une réelle autonomie institutionnelle.

Dans la version initiale du Traité, on pouvait effectivement parler d'une fonction exécutive plénière du Conseil des Ministres, le Secrétariat permanent se bornant à l'assister. Le Secrétariat permanent apparaissait alors dans cette configuration comme un simple organe administratif chargé d'agir au nom du Conseil dont il était essentiellement un organe subsidiaire investi d'un rôle de proposition.

Cette absence d'autonomie administrative du Secrétariat permanent cesse désormais avec le nouvel article 3 qui cite le Secrétariat permanent parmi les structures de l'Organisation, au même rang que la Conférence, le Conseil et la Cour. Il accède même à un statut emblématique particulier dans la mesure où l'autorité qui en est le 1^{er} responsable, le Secrétaire permanent, devient l'organe de représentation de l'Organisation dans tous les actes de la vie interne et internationale de celle-ci (article 40 nouveau). Expression de la représentation institutionnelle de l'Organisation, le Secrétariat permanent à la tête duquel il est placé conserve son rôle d'organe de proposition auquel s'ajoute un rôle plus renforcé de facilitation et d'encadrement du processus d'élaboration des projets d'Actes uniformes.

2. Appréciation

L'examen semble probant. L'organisation créée par le traité OHADA sous la même appellation constitue bien une organisation intergouvernementale chargée de coordonner la coopération entre les Etats membres dans le domaine de l'harmonisation du droit des affaires. Sa « pleine personnalité juridique internationale » (article 46 du Traité) ne repose pas sur un transfert de souveraineté de la part des Etats membres mais sert à fonder sa capacité à agir.

²⁷ Présidée par « le Chef de l'Etat ou de Gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des Ministres », la Conférence « se réunit en tant que de besoin, sur convocation de son Président, à son initiative ou à celle du tiers des Etats parties ». Selon l'alinéa 3 du paragraphe 1 du nouvel article 27, « elle statue sur toute question relative au Traité ».

Le recours à la méthode du faisceau d'indices évoquée en commençant renforce cette vue. D'un côté, il y a le caractère intergouvernemental des organes créés. De l'autre, il y a les aspects du régime fonctionnel de l'Organisation. Il en est ainsi des ressources financières qui ne constituent pas des ressources propres mais des « contributions annuelles des Etats parties » auxquelles s'ajoutent des fonds de concours divers ainsi que des dons et legs (article 43 nouveau). Il en est de même du statut du personnel qui relève d'une fonction publique internationale, à raison des privilèges et immunités diplomatiques qui leur sont reconnus et en dépit de la non reconnaissance de l'indépendance de leurs fonctions (article 49 nouveau).

Au regard de ces différents éléments, il apparaît certainement excessif de parler « d'abandon de souveraineté »²⁸, de même du reste que de « supranationalité de l'OHADA »²⁹, en se fondant uniquement sur l'autorité reconnue aux Actes uniformes³⁰. La nature de ses membres actuels, au nombre de dix sept plaide renforce cette analyse³¹. Ce qui a pu initialement unir ces derniers est moins la zone du Franc CFA comme on l'a parfois dit trop rapidement³², les Comores n'ayant jamais eu cette monnaie en usage³³, que leur qualité d'Etats francophones. Mais si le français fut pendant quinze ans, la « langue de travail » de l'Organisation, le nouvel article 42 issu de la révision de 2008 met fin à cet état de fait en consacrant au même titre l'anglais, l'espagnol et le portugais³⁴.

Cette situation souligne d'ailleurs selon certains auteurs « les dangers de l'ouverture géographique »³⁵ du système, mettant ainsi en exergue, selon certains auteurs³⁶, le « choc des cultures juridiques » qui pourrait en résulter, soulignant ainsi que l'espace OHADA n'est pas un espace économique intégré à l'instar des systèmes communautaires mais un modèle d'intégration juridique. Comme on l'a encore dit, « l'OHADA n'est pas une union économique et son objectif premier n'est pas la création d'un marché commun... »³⁷.

²⁸ Voy. En ce sens, G. Kenfack Douajni : « L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA », *Penant*, n° 830, mai-août 1999, p.p. 125 et s.

²⁹ Cf. D. Abarchi : « La supranationalité de l'OHADA », *Revue EDJA*, n° 44, 1^{er} trimestre 2000, pp. 7 et s.

³⁰ Comme le stipule l'article 10 non révisé du Traité, « Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

³¹ Aux 14 membres fondateurs, se sont ajoutés successivement la Guinée et la Guinée Bissau, signataires du traité de révision de 2008 et depuis début 2010 le Congo-RDC qui a enfin déposé son instrument d'adhésion.

³² V. en ce sens, J. Issa-Sayegh : « L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc », *Revue de jurisprudence commerciale*, juin 1999, p.p. 237 et s.

³³ De même aujourd'hui que la Guinée Bissau ou la RDC, sans compter le fait que le franc CFA des deux zones occidentale et centrale n'est pas inter-convertible.

³⁴ Le caractère authentique des documents en français est cependant renforcé, soit avant traduction dans les autres langues, soit en cas de divergence dans les traductions (article 42 nouveau alinéa 2).

³⁵ Cf. P.G. Pougoué, Y.R. Kalieu Elongo : *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008, p. 96.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 85.

C'est dire que c'est dans le cadre d'une organisation intergouvernementale que le Traité bâtit pourtant un droit matériel dont l'originalité a été largement soulignée. La nature de ce droit, qualifiée hâtivement de communautaire, n'est pas donc tout à fait exacte.

II. NATURE DU DROIT

La plupart des travaux relatifs au droit OHADA décrivent celui-ci comme un exemple de droit communautaire. C'est ainsi que cherchant dans sa thèse de doctorat relative au « Régime des investissements privés étrangers dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun » de la « vitalité du droit communautaire des affaires de l'OHADA »³⁸ à expliquer « l'attractivité ambivalente des investissements privés étrangers », M. Jacques MEGAM y a vu un « cadre juridique (...) en voie de modernisation » constitué précisément par ce qu'il appelle le « droit communautaire des affaires de l'OHADA »³⁹. L'auteur définit ce droit comme « l'ensemble du dispositif normatif relatif au droit des affaires des Etats membres de cet espace, droit qui vise l'attractivité et la sécurité des investissements en son sein »⁴⁰.

Il faut bien reconnaître que la détermination de la nature du droit OHADA dans les termes évoqués apparaît bien rapide. En tout cas, elle paraît à l'analyse plutôt erronée (A) et tend à masquer une nature juridique plus simple (B).

A. UNE DÉTERMINATION ERRONÉE

La caractérisation du droit OHADA qui vient d'être évoquée semble assez répandue dans la doctrine spécialisée. M. Gérard Ngoumtsa Anou explique ainsi pour sa part qu'en vue de sécuriser l'activité économique, les Etats membres de l'OHADA ont « opté pour l'unification du droit »⁴¹. Selon l'auteur, « l'intensité de l'intégration menée va bien au-delà d'une simple harmonisation et institue un véritable droit matériel uniforme OHADA », qualifié par la suite de manière indifférente de « droit communautaire »⁴².

1.- Cette qualification est surprenante. Elle repose en effet sur une prétendue distorsion que le Traité aurait introduite entre son objectif affiché et la nature réelle des actes pris à ce titre. Ainsi, l'objectif tel qu'énoncé à l'article 1^{er} serait « l'harmonisation du droit des affaires » constitué selon l'article 2 non révisé du Traité par « l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux

³⁸ Cf. J. Megam : Thèse de doctorat en droit, *op. cit.*

³⁹ Cf. 1^{ère} partie, titre I, chapitre 2, p.p. 103-165.

⁴⁰ *Idem*, p. 103.

⁴¹ Cf. Thèse *op. cit.* p. 4.

⁴² Cf. Thèse *prec.* p. 9. Il écrit notamment : « Ces normes écrites sont complétées, par l'affirmation expresse, par le droit communautaire, d'un ordre public international de l'OHADA dont les contours restent à préciser » (*idem*).

voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et à toute matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après ». Quant à la nature réelle des « actes pris pour l'adoption des règles communes » en application de l'article 1^{er}, ils reçoivent dans l'article 5 la qualification d'« Actes uniformes ».

Le tropisme des mots est parfois mortel et l'exégèse peut avoir des limites. La doctrine spécialisée a beaucoup glosé sur cette différence terminologique que le Traité introduit entre la fin et les moyens, comme il ressort du commentaire de l'article 1^{er} du Traité dans le « Code Juriscope commenté ». A partir d'une démarche comparative, les auteurs montrent que l'harmonisation diffère sensiblement de l'uniformité et donc de l'unification qui paraît être la caractéristique profonde du droit OHADA. Comme l'écrit en effet M. Gérard Ngoumtsa Anou, « Cette réglementation appropriée doit être constituée de « règles communes », c'est-à-dire harmonisées sinon unifiées ». La distinction n'est cependant pas évidente et, dans la perspective qui est la sienne, des « rapports avec le droit international privé », il relève que la question continue de se poser « de savoir le droit OHADA est un droit uniforme ou un droit harmonisé ».

Il est certain que l'harmonisation juridique renvoie traditionnellement à un rapprochement des législations nationales et de ce point de vue, les actes d'harmonisation constituent à l'égard des Etats membres des normes d'orientation standardisées et de caractère minimal dans la mise en œuvre desquelles ceux-ci disposent d'une liberté dans la forme et les moyens. On ne trouve pas trace de telles règles dans le corpus OHADA⁴³. En revanche, le droit uniforme est le droit qui est directement applicable et qui prime de manière absolue sur les droits internes. Tel paraît bien être, au sens de l'article 10 du traité, le caractère des Actes uniformes. Faut-il de ce fait conclure à leur nature communautaire ? Il ne le semble pas et la qualification retenue paraît mal fondée et erronée.

2.- une qualification mal fondée

Les difficultés auxquelles la qualification se trouve confrontée montrent que la question du droit harmonisé ou uniforme est mal posée. Pour le comprendre, il faut revenir à la lettre de l'article 2 du Traité. Selon cette clause, le Traité vise l'harmonisation « par l'élaboration et l'adoption de règles communes... ». Il paraît clair que « l'objet » du traité constitue en réalité sa finalité ultime qui est de réaliser une harmonisation juridique. Le terme ne doit cependant pas être pris à la lettre mais dans un sens fonctionnel qui signifie un évitement des distorsions de règles.

Dès lors, l'instrument de cette harmonisation est le droit uniforme, qui donne pleinement son sens à l'entreprise d'harmonisation. Les Actes uniformes sont,

⁴³ Le professeur Pougoué proposait assez récemment de « retenir à côté de l'uniformisation d'autres procédés plus souples d'intégration juridique tels que les directives et les lois-type » ; cf. « Présentation générale du système OHADA », article préc. p. 19.

dans les domaines dans lesquels ils sont prévus, l'expression nominative et normative de l'harmonisation recherchée.

C'est dire que du caractère uniforme du droit OHADA, il ne convient pas de tirer une quelconque conséquence quant au caractère communautaire de ce droit. En établissant une relation directe entre l'existence d'un droit uniforme et sa nature communautaire, la doctrine déjà évoquée a établi une qualification mal fondée qui justifie une indispensable correction.

B. UNE CORRECTION INDISPENSABLE

On pourrait sans doute continuer à parler à propos du droit OHADA de droit communautaire pour évoquer une réalité assez proche d'un droit s'imposant aux droits nationaux. Ce serait cependant au sens figuré et non juridiquement correct, en raison précisément de l'existence d'ordres juridiques communautaires sous-régionaux liant certains des Etats membres de l'Organisation et secrétant des règles qui peuvent entrer en contradiction avec celles de l'OHADA. Analyser dans ces conditions le droit de cette organisation comme étant un droit communautaire conduirait en réalité à lui reconnaître une valeur supra communautaire dans les domaines dans lesquels sa primauté est affirmée. Rien dans les textes ou dans la jurisprudence disponible ne paraît justifier une telle qualification qu'il convient par conséquent de corriger pour retrouver le sens véritable du droit positif.

1.- Au titre des textes pouvant être invoqués, figure au 1^{er} plan le Traité OHADA lui-même. A force de rechercher l'interprétation subtile de ses formulations, on aura en définitive oublié leur sens littéral. Celui qui paraît s'imposer le plus naturellement est celui qui se dégage d'emblée de la lecture de l'article 1^{er} d'après lequel, l'objet de l'harmonisation est « l'élaboration et l'adoption de règles communes ».

Il s'agit d'une qualification directe, conforme à la nature de l'Organisation qui cherche avant tout à coordonner la production de règles juridiques propres, selon le préambule du Traité, « à garantir la sécurité juridique des activités économiques ». Ces règles communes, dont les conditions d'adoption ressortissent clairement de l'inter-gouvernementalité, constituent le plus grand commun dénominateur de pays qui n'entendent pas pour autant, au stade actuel de l'intégration régionale africaine, aliéner leur souveraineté au profit d'une entité nouvelle. Bien au contraire, à travers la nature particulière des actes pris aux fins de l'harmonisation, ils font le pari de l'efficacité juridique et économique, afin de « favoriser l'essor (des activités économiques) et d'encourager l'investissement ».

Il faut de ce fait faire le constat d'un réalisme fonctionnel plus conforme à la finalité de l'OHADA d'être simplement et « avant tout un outil technique de sécrétion du droit pour les besoins des Etats et des communautés économiques et monétaires, même si in fine, un espace juridique se construit »⁴⁴.

⁴⁴ Cf. P.G. Pougoué et Y.R. Kalieu Elongo : ouvrage op.cit. p. 32.

2.- Le droit commun secrété par l'Organisation se trouve doté d'une force juridique particulière, en vue de l'imposer aux droits nationaux. Tout d'abord, les conditions procédurales de son adoption tendent à renforcer sa validité (cf. articles 8 et 9). Ensuite, son autorité juridique ne souffre pas d'exception ou de dérogation dans la mesure où il a vocation à s'appliquer directement et obligatoirement dans les Etats parties « nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure » (article 10).

La solution a pu surprendre et M.M. Babacar Gueye et Saïdou Nourou Tall soulignent qu'elle « a soulevé beaucoup de débats (et) les interrogations subsistent en dépit du fait (qu'elle) tranche clairement en faveur de la primauté et de l'effet direct des Actes uniformes »⁴⁵. De prime abord, elle ne saurait pourtant étonner, tout au moins en ce qui concerne les lois nationales antérieures. Celles-ci se trouvent, par une sorte de principe d'ordre, implicitement mais nécessairement abrogées. Il est vrai que concernant les lois postérieures, la difficulté peut être réelle, ne serait-ce que dans l'expression par un Etat qui s'est internationalement engagé d'une posture juridique contraire. Une telle difficulté ne devrait cependant pas avoir une portée significative dans la mesure où dès son adoption, le droit OHADA devient formellement à part entière le droit interne des Etats membres⁴⁶.

Plus réelle est certainement la difficulté constituée par la question de savoir si les règles communes de l'OHADA auraient juridiquement une telle autorité si elles ne relevaient pas d'un droit communautaire. La réponse est certainement positive, comme le montre la solution adoptée en France à propos de l'autorité du droit du Conseil de l'Europe, organisation interétatique de coopération régionale par l'arrêt *Nicolo*. Si en effet, elle a pu également s'appliquer au droit communautaire dont le fondement constitutionnel a été par la suite affirmé, c'est d'abord sous l'angle du droit international qu'elle a été consacrée.

C'est précisément là où réside la spécificité du droit OHADA. Droit secrété par une organisation interétatique, son autorité repose sur une supranationalité de fait qui en fait la condition même de la participation à l'Organisation. Tel a été le sens de diverses interprétations fournies par la CCJA à propos de la portée de l'article 10⁴⁷. De même que pour devenir membre du Conseil de l'Europe, un Etat candidat doit respecter les termes de son préambule (respect de l'Etat de droit et des principes démocratiques), de même que l'acceptation de la pleine autorité des Actes uniformes est une condition de la participation à l'Organisation. On comprend dès lors pourquoi, en vertu de l'article 54 du Traité, « aucune réserve n'est admise », de façon à ne pas porter atteinte à son intégrité qui réside dans l'intégration juridique dans le droit des affaires.

⁴⁵ Cf. Commentaire préc. sous l'article 10, Code Juriscope, p. 31.

⁴⁶ Il est vrai que dans des pays comme la France, la souveraineté nationale dont la loi est généralement l'expression a pu justifier la persistance dans l'ordre juridique étatique de législations nationales postérieures contraires, même aux règles communautaires dotées de la force que l'on connaît.

⁴⁷ Cf. Avis du 30 avril 2001, Demande de la République de Côte d'Ivoire ; Avis du 13 octobre 1999 Demande de la République du Mali ; v. également, Arrêt du 18 avril 2002 Société Total Fina c/ Société Contracom.

C'est aussi ce statut particulier qui explique qu'à travers les droits nationaux affectés avec la même force juridique par les règles adoptées par les systèmes communautaires dont ils font partie, ces droits communautaires eux-mêmes soient désormais eux-mêmes sous influence du droit OHADA. Il y a là, tout au moins en apparence, un problème classique de conflit de normes dont la solution est actuellement en faveur du droit OHADA mais qui n'affecte pas particulièrement la nature de ce droit, qui est à l'égard des Etats parties membres de communautés sous régionales de même nature que le droit secrété par celles-ci.

Une telle constatation est de nature à atténuer le caractère conflictuel des normes OHADA et communautaires qui ont pour objet et pour effet de devenir le droit interne des Etats membres des deux ordres juridiques. Il appartient dès lors à ceux-ci, lorsqu'ils participent à un processus normatif de l'un ou de l'autre système dans un domaine faisant déjà l'objet de règles communes, de veiller à ce qu'il n'en résulte pas une contrariété. On pourra ainsi éviter d'entrer dans des procédés toujours compliqués de solution de conflits de normes qui ne s'imposaient pas.

*

Ainsi apparaît la nature véritable de l'OHADA : celle d'une organisation interétatique chargée de régir un espace économique non intégré, qui parvient à secréter un droit supra-étatique, sans affecter en cela son statut institutionnel. Faut-il s'en réjouir ? Si l'on adopte le point de vue de la théorie des organisations internationales, cela ne fait pas de doute. Certes, les développements de la coopération institutionnelle africaine, au plan régional ou sous-régional africaine laissent parfois songeur, tant ils s'apparentent à des manifestations de volonté auxquelles la volonté de faire est précisément ce qui manque le plus. Qu'il s'agisse de l'Union africaine qui parle abondamment d'intégration africaine et dont les structures évoquent artificiellement une organisation communautaire ; qu'il s'agisse encore d'authentiques organisations communautaires sous-régionales comme la CEMAC, qui fonctionnent encore trop souvent comme de simples organisations de coordination politique ou technique, l'observateur reste souvent bien perplexé.

C'est que comme souvent en Afrique, la réalité est sans doute ailleurs. C'est par conséquent dans les restrictions mentales des parties prenantes et dans les non dits des textes élaborés qu'il faut rechercher les signes d'une évolution dont les propos et les actes peuvent pourtant être porteurs en creux. En ce qui concerne l'OHADA, les choses paraissent cependant plus claires. Sauf à s'inscrire dans un « risque de dérive politique » fortement stigmatisé⁴⁸, cette organisation « n'administre rien ; elle se contente d'élaborer des règles mises à la disposition des Etats et des communautés »⁴⁹.

⁴⁸ Cf. P.G. Pougoué et Y.R. KalieuElongo : ouvrage op.cit., p. 100.

⁴⁹ Idem, p. 34.

Cette réalité constitue le point fort du système OHADA. Elle atteste, à travers la finalité poursuivie de l'intégration juridique du droit des affaires, de sa singularité dans le monde très divers des organisations internationales. Comme le souligne fortement le professeur P.G. Pougoué, « on ne part plus de l'espace économique intégré pour induire quelques principes juridiques communs, on cherche l'intégration juridique pour faciliter les échanges et les investissements et garantir la sécurité juridique des activités des entreprises »⁵⁰.

Peut-on rêver dans sa modestie une ambition plus pragmatique et plus noble ?

⁵⁰ Cf. P.G. Pougoué : « OHADA, instrument d'intégration juridique », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 2, n°2, 2001, p. 11.