

COMPRENDRE L'ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES (O.H.A.D.A.)

Alhousseini MOULOUL*

**A la mémoire du Président Kéba M'BAYE,
ce grand architecte de l'intégration juridique africaine**

Motto : « La mondialisation de l'économie exige l'harmonisation des droits et des pratiques du droit ». L'OHADA est « à la fois facteur de développement économique et moteur de l'intégration régionale ». M. Aregba Polo, Secrétaire Permanent de l'OHADA, (Exposé au Séminaire de sensibilisation au droit harmonisé – Niamey les 9 et 10 Juin 1999)

SOMMAIRE

INTRODUCTION

A- LA GENESE DE L'OHADA :

- I- Les raisons de la création de l'OHADA
 - 1- L'état des législations africaines postcoloniales
 - 2- L'insécurité juridique et judiciaire
 - 3- Les avantages de l'intégration juridique
 - a- Les avantages liés à un espace économique juridiquement intégré
 - b- Le droit, outil technique de l'intégration économique
- II- Les atouts en faveur de l'harmonisation juridique
- III- Le processus ayant conduit à la naissance de l'OHADA

B-LE TRAITE PORTANT CREATION DE L'OHADA :

- I- Les objectifs de l'OHADA
- II- Les Etats membres
- III- L'entrée en vigueur du Traité portant création de l'OHADA
- IV- Le choix de la technique d'intégration
 - 1- L'option pour l'uniformisation
 - 2- La préparation et l'adoption des A. U.
- V- Caractères des instruments juridiques de l'OHADA

C- LES INSTITUTIONS DE L'OHADA :

- I- La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement
- II- Le Conseil des Ministres
 - 1- Composition du Conseil des Ministres
 - 2- Fonctionnement du Conseil des Ministres
 - 3- Attributions du Conseil des Ministres
- III- Le Secrétariat Permanent
 - 1- Organisation du Secrétariat Permanent
 - 2- Attributions du Secrétaire Permanent

IV-La Cour Commune d Justice et d'Arbitrage (CCJA)

1-Composition de la CCJA

2-Compétences de la CCJA

a- Les fonctions judiciaires

b- Le rôle de la CCJA dans une procédure d'arbitrage

V- L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA)

D- LE FINANCEMENT DE L'OHADA :

CONCLUSION

SIGLES ET ABBREVIATIONS

Mots-clefs : OHADA, droit des affaires, harmonisation du droit, codification

Cuvinte cheie : OHADA, dreptul afacerilor, armonizare legislativă, codificare

INTRODUCTION

Depuis plus d'une décennie, les relations internationales sont marquées par la mondialisation, ou globalisation des échanges, qui se traduit par la construction d'espaces économiques au sein desquels les frontières géographiques, vestiges de souverainetés décadentes, n'ont qu'une signification politique. La construction de ces espaces économiques qui consacrent, le plus souvent, l'intégration économique des Etats membres, vise souvent, d'une part, la promotion du développement économique et social, d'autre part, celle de l'investissement privé en rendant les marchés plus attractifs et les entreprises nationales ou communautaires plus compétitives. « A l'heure de la mondialisation de l'économie, lorsque les principaux pays du monde se regroupent pour constituer des unions économiques – et le cas échéant monétaires –, il était impératif, pour tous les pays concernés, d'adopter un même droit des affaires moderne, réellement adapté aux besoins économiques, clair, simple, sécurisant les relations et les opérations économiques »¹. Il s'en suit un phénomène de « mondialisation du droit » qui « se traduit par :

- un affaiblissement de la souveraineté des Etats par suite du renforcement des facilités d'établissement, de circulation des personnes, des biens, des services et des facteurs de production ;

- une concordance plus ou moins grande et nette des régimes juridiques applicables aux activités économiques, quel que soit le lieu de leur accomplissement ;

- un ensemble de droits et d'obligations communs à tous les acteurs économiques où qu'ils exercent leurs activités (Code de conduite des entreprises) ;

- une tendance très nette et constante à la dénationalisation du règlement des conflits de nature économique (arbitrage et procédures non juridictionnelles »²).

Les Etats africains ne sauraient rester en marge de ce processus ; c'est pourquoi des organisations ont été créées³, avec comme objectifs de réaliser d'abord l'intégration économique, aux niveaux sous-régional et régional, ensuite l'avènement de la Communauté Economique Africaine (CEA) et l'Union Africaine (U. A.).

Certaines de ces organisations ont eu une existence éphémère pour n'avoir pas disposé de ressources humaines et financières conséquentes, d'autres survivent sous perfusion de la Communauté internationale, car les Etats membres sont souvent, eux-mêmes, confrontés à des difficultés financières qui se traduisent par des appels aux institutions de Breton Wood.

Les Communautés Economiques Régionales (CER) sont les socles sur lesquels devra reposer l'intégration économique du continent africain ; mais il est apparu que dans la plupart des cas, les CER ne placent pas l'intégration juridique des Etats membres au rang des priorités alors que le droit, comme on le verra, est l'instrument par lequel se réalisera l'intégration économique. Les Traités fondateurs de quelques rares CER ont prévu les instruments de l'intégration juridique, mais dans la grande majorité des cas celle-ci n'a pas connu les succès escomptés. Finalement, l'intégration juridique, qui devrait servir de locomotive à l'intégration économique du continent africain, ne saurait se réaliser à travers lesdites CER. Cela explique, pour partie, que des Etats Africains aient initié des processus d'intégration de certains pans du droit⁴ qui ne tiennent pas compte des espaces géographiques et économiques ; ces expériences ont souvent donné satisfaction aux Etats parties. C'est dans ce contexte que l'expérience d'uniformisation du droit des affaires des Etats africains a été lancée à travers l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

A- LA GENESE DE L'OHADA⁵ :

L'OHADA n'est pas née de la seule initiative des seuls Chefs d'Etat africains de la Zone Franc ; elle est aussi et surtout une idée, voire une exigence, des opérateurs économiques africains qui revendiquent l'amélioration de l'environnement juridique et judiciaire des entreprises afin de sécuriser leurs investissements. En effet, devant le ralentissement des investissements consécutif à la récession économique et à l'insécurité juridique et judiciaire qui sévissaient dans cette région à partir des années 1980, il s'agissait de redonner confiance aux investisseurs, tant nationaux qu'étrangers, afin de favoriser le développement de l'esprit d'entreprise et attirer les investissements extérieurs.

I- Les raisons de la création de l'OHADA :

Outre l'environnement économique international qui l'impose, plusieurs raisons sont généralement évoquées pour justifier la création de l'OHADA. En effet la diversité qui caractérise les législations africaines est un handicap pour la

création d'un espace économique intégré, d'une part, et, d'autre part, cette diversité est accompagnée d'une insécurité juridique et judiciaire, conséquence de la vétusté et de la caducité des législations applicables, qui décourage les investisseurs privés. Enfin, l'intégration juridique présente plusieurs avantages car elle permet au continent africain de s'insérer dans les circuits des échanges internationaux.

1- L'état des législations africaines post-coloniales :

Le droit hérité de la colonisation est souvent balkanisé, variable d'un Territoire à un autre, en raison de la règle de la « spécialité législative » en vertu de laquelle toute la législation coloniale n'était pas applicable ; son application aux colonies nécessite une extension spéciale faite par décrets. En effet, dans les anciennes colonies françaises le droit commercial applicable était souvent celui du Code de commerce Français de 1807 et les textes subséquents rendus applicables aux colonies ; le régime général des sociétés était régi par le Code civil Français de 1804, les Sociétés Anonymes et les SARL étaient régies, respectivement, par les lois françaises du 24 juillet 1867 et du 7 mars 1925 ; pour compléter, adapter ou préciser ces textes de base, d'autres textes ont été élaborés par le colonisateur pour être appliqués dans les colonies⁶. Il résulte de cette législation coloniale une certaine harmonisation juridique dans les colonies concernées. Cependant, cette pseudo - harmonisation ne concerne que *ces* colonies. Dans les premières décennies qui ont suivi les indépendances, chaque Etat a légiféré dans les domaines qu'il estime prioritaires⁷, suivant maladroitement les adaptations et les modernisations réalisées en France, avec comme conséquence l'accentuation de la « balkanisation juridique » du continent. Finalement, la législation appliquée dans les Etats nouvellement indépendants est devenue caduque en raison de son inadaptation aux réalités socio-économiques actuelles et les investisseurs se heurtaient dans « chaque pays à un droit disparate, confus et suranné »⁸. Me Kéba M'BAYE écrivait : « le droit se présente dans les quatorze (14) pays de la zone franc en habit d'arlequin fait de pièces et de morceaux. Outre cette diversité des textes, l'on note également leur inadaptation au contexte économique actuel »⁹ ; il ajoute aussi que « beaucoup d'investissements ne sont concevables que sur un plan inter - étatique ». En effet la mondialisation des relations économiques impose désormais la constitution d'espaces économiques intégrés ayant des cadres juridiques harmonisés. Cet environnement international va s'imposer en Afrique qui tente de répondre aux nouveaux défis en prônant l'intégration économique du continent à travers des Communautés Economiques Régionales (CER) ; toutefois, l'intégration économique ne saurait se concevoir dans un espace caractérisé par la diversité juridique. Pour faire face à ces défis les Etats africains tentent, avec des succès souvent mitigés, des expériences d'harmonisation juridique.

2- L'insécurité juridique et judiciaire :

Me Kéba M'BAYE avait exposé, à l'occasion du séminaire sur l'OHADA, tenu à Abidjan (Côte d'Ivoire) les 19 et 20 avril 1993, plusieurs raisons qui militent en faveur d'une harmonisation ; il déclarait, entre autres, que « l'émiettement de notre droit commun est un facteur négatif de notre progrès qui ne peut être que commun », d'une part, « au plan national des textes sont promulgués alors que d'autres, dans le même domaine, ne sont pas abrogés. Il en résulte des chevauchements et les opérateurs économiques restent dans l'incertitude de la règle de droit applicable ; cette insécurité juridique est un très sérieux handicap pour l'investissement... ». En sa qualité de Président de la Mission ayant préparé l'avènement de l'OHADA, Me Kéba M'BAYE a effectué plusieurs missions d'études dans les Etats membres ; à l'occasion du séminaire d'Abidjan, il expose son constat en ces termes : « Tout le monde est d'accord sur la nécessité de procéder à l'harmonisation. En effet, tout le monde est d'accord que le droit en vigueur n'est plus adapté, que les règles varient d'un pays à un autre, qu'il y a une incertitude indéniable dans le corpus juridique de chaque Etat, qu'une insécurité judiciaire, due notamment à la formation insuffisamment spécialisée des magistrats, à l'absence de système de formation continue, à des questions de déontologie, à l'indigence de l'information juridique, à la totale insuffisance de moyens mis à la disposition des services judiciaires et à bien d'autres causes... »¹⁰. Analysant la réglementation applicable au droit des sociétés dans les pays africains de la Zone Franc, Martin KIRSCH écrivait à son tour que : « le constat unanime de la situation... pouvait se résumer par la formule suivante : insécurité juridique et judiciaire »¹¹.

Insécurité juridique car nombre de textes applicables au droit des affaires sont vétustes ; pour la plupart ils datent de la période coloniale et souvent les opérateurs économiques, comme les praticiens du droit, ont souvent des difficultés pour connaître la règle de droit applicable¹². Il en résulte une insécurité juridique définie par Philippe TIGER comme étant « la situation d'incertitude dans laquelle peut se trouver un opérateur économique sur l'issue d'une éventuelle procédure à laquelle il pourrait être partie, et son impuissance à infléchir le cours de la justice dans le sens de l'équité si besoin était »¹³. Cette situation crée une insécurité juridique handicapante pour les investissements.

L'insécurité judiciaire, quant à elle, est la conséquence de l'insuffisance de la formation des magistrats et des auxiliaires de justice, notamment en matière économique et financière, d'une part, et, d'autre part, de la modicité des moyens humains et matériels dont sont généralement dotées les juridictions. Comme l'écrit Philippe TIGER, elle « se manifeste de façons très diverses : décisions contestables, décisions en délibéré depuis plusieurs années, exécutions impossibles, négligences diverses, méconnaissance des règles de déontologie, accueil des moyens dilatoires les plus évidents et renvois à répétition qui finissent par décourager les demandeurs de bonne foi... »¹⁴. Cette situation entraîne deux conséquences immédiates inévitables :

une jurisprudence instable et aléatoire, et des difficultés dans l'exécution des décisions des juridictions. Elle entraîne aussi comme conséquence une perte de confiance dans le système judiciaire des Etats africains et, subséquemment, la réticence des investisseurs.

Le Ministre nigérien du Commerce et de l'Industrie déclarait, à l'ouverture du séminaire de sensibilisation au droit harmonisé, organisé à Niamey le 09 juin 1998 : « la sécurité juridique et judiciaire est l'une des conditions nécessaires pour instaurer de façon durable la confiance des investisseurs nationaux ou internationaux, développer un secteur privé dynamique et promouvoir les échanges commerciaux », d'une part, et, d'autre part, « il n'y a pas de développement économique et social durables sans un cadre juridique propice aux investissements »¹⁵.

La situation qui vient d'être brièvement décrite n'est pas propre aux seuls Etats africains francophones, c'est aussi celle qui prévaut sur l'ensemble du continent africain ; dès lors, l'harmonisation juridique à l'échelle continentale devient inéluctable.

3- Les avantages de l'intégration juridique¹⁶ :

L'harmonisation étant largement fondée, quels sont les avantages qu'elle présente ? Ces avantages sont multiples : il s'agit d'abord des avantages qu'offre un espace juridiquement intégré, ensuite, comme nous l'avons déjà évoqué, l'intégration juridique favorise l'intégration économique qui est la voie pour réaliser l'Union Africaine. Ces avantages déterminent les Etats à opter pour l'intégration juridique.

a- Les avantages liés à un espace économique juridiquement intégré :

Sur le continent africain, en tant qu'elle vise l'amélioration de l'environnement juridique des entreprises, l'harmonisation juridique doit être perçue comme étant un « outil technique » de l'intégration économique qui présente plusieurs avantages¹⁷ :

- la mise à la disposition de chaque Etat, de textes juridiques simples et techniquement performants, ce, quelles que soient ses ressources humaines ;
- la facilitation des échanges transfrontaliers et la création des conditions de la libre concurrence ;
- la communication et le transfert des techniques modernes de gestion des entreprises ;
- la restauration d'un climat de confiance par le règlement du handicap que constitue l'insécurité juridique et judiciaire ;
- l'encouragement de la délocalisation des grandes entreprises vers l'Afrique ;
- la promotion de l'arbitrage comme instrument rapide et discret du règlement des différends commerciaux ;
- l'élimination des conflits de lois dans l'espace juridiquement harmonisé ;
- enfin, renforcer l'unité africaine.

Il faut également noter que dans l'état actuel¹⁸ du droit des sociétés applicables dans les Etats africains, il est quasiment impossible de transférer une société d'un Etat dans un autre sans procéder à une dissolution suivie d'une reconstitution¹⁹, situation inconcevable dans le cadre d'un espace économique intégré. Avec l'harmonisation ou l'uniformisation juridique, l'existence de sociétés de droit communautaire permet de remédier à ce handicap. En outre, comme l'écrivait Jean PAILLUSSEAU, « il est évident que pour une entreprise qui exerce ses activités dans plusieurs pays, l'unité des règles applicables facilite considérablement ses opérations, qu'il s'agisse de son organisation juridique, de son fonctionnement ou de ses échanges commerciaux et financiers »²⁰. Finalement, « les régions intégrées sont plus attractives pour les investisseurs internationaux et possèdent un éventail d'avantages en termes d'infrastructures et d'institutions susceptibles de promouvoir un développement durable. Elles constituent également une voie d'accès plus sûre à la concurrence dans une économie globale. (...). Un droit africain des affaires à l'échelle continentale peut renforcer la voie vers la crédibilité de l'Afrique, améliorer le flux d'investissement et l'accélération du développement et avoir une influence sur la globalisation du droit des affaires dans son ensemble²¹ ».

Concernant le modèle spécifique de l'OHADA, « le Traité est incontestablement de nature à favoriser l'émergence au sein de la région d'un véritable droit économique indispensable pour le développement durable des économies²² ».

La pertinence des observations et analyses qui viennent d'être brièvement évoquées, ne fait plus de doute.

b- Le droit, outil technique de l'intégration économique²³ :

L'intégration régionale est présente dans les stratégies de développement des pays africains depuis les indépendances de la décennie 1960 ; elle a motivé la création de plusieurs Organisations, entre autres : l'Union Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UMOA) en 1962 ; l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) et la Banque Africaine de Développement (BAD) en 1963. Cette option a été régulièrement réaffirmée, notamment, à travers : l'Union Economique et Douanière de l'Afrique Centrale (UDEAC), en 1964, qui devient Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) en février 1998 ; l'Union Douanière des Etats de l'Afrique Occidentale, à Abidjan (Côte d'Ivoire) le 3 juin 1966 ; la Communauté des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEAO), à Abidjan le 17 mars 1973, dissoute le 14 mars 1994 ; la Communauté Economique de Développement des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) en 1975 ; l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA) née de la fusion de la CEAO et de l'UMOA en 1994. Au niveau continental l'option pour l'intégration a été réaffirmée à travers : le Plan d'Action de Lagos (PAL) en 1980, le Traité d'Abuja de 1991, entré en vigueur en 1994 et créant la Communauté Economique Africaine (CEA), la création de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA) en 1992 et de la Conférence Interafricaine de Prévoyance Sociale (CIPRES) en 1993, enfin la Déclaration de Syrte en 1999.

Les Etats africains ont fait le choix de l'intégration économique au niveau continental à travers les Communautés Economiques Régionales (CER)²⁴. La CEA devra être réalisée en six (6) phases qui s'échelonnent sur trente quatre (34) ans ; la première phase porte sur le renforcement des CER afin qu'elles soient transformées en Zones de Libre Echange (ZLE), en unions douanières et en marché commun. La poursuite de ces objectifs a motivé la création d'une multitude d'organisations, dont les plus dynamiques sont aujourd'hui la CEDEAO, l'UEMOA, la CEMAC et le COMESA, pour ne citer que celles-ci, avec les différentes institutions qui en relèvent.

L'intégration juridique est-elle nécessaire pour bâtir un espace économique fiable et viable ? Le professeur Joseph ISSA-SAYEGH définit l'intégration juridique achevée comme étant « le transfert de compétences étatiques de deux ou plusieurs Etats à une organisation internationale dotée de pouvoir de décision et de compétences supranationales ou super -étatiques pour réaliser un ensemble juridique unique et cohérent dans lequel les législations nationales s'insèrent ou se fondent pour atteindre les objectifs économiques et sociaux que les Etats-membres se sont assignés »²⁵. Etienne CEREXHE²⁶, en parlant de l'intégration des économies des Etats de la CEE, écrivait : « l'intégration des économies des neuf (9) pays de la CEE par la réalisation de libertés communautaires et le rapprochement des politiques économiques pourrait difficilement sortir ses effets dans un ensemble dominé par une diversité, voire une divergence des droits. Un minimum d'unité juridique s'imposait si l'on voulait garantir la fluidité du marché et l'application uniforme des politiques communes. En d'autres termes, l'intégration économique, et c'est le propre de toute intégration, suppose un environnement juridique plus ou moins harmonisé ». En effet, comme l'écrit Jean PAILLUSSEAU, pour réaliser l'intégration économique des Etats africains, il faut :

- « a- Un droit unique....,
- b- Un droit adapté au particularisme des économies africaines ;
- c- Un droit adapté aux besoins réels des entreprises, en particulier dans le domaine du financement et du management ;
- d- Un droit qui assure la sécurité des créanciers, des tiers et des investisseurs ;
- e- Un droit qui peut favoriser et accompagner l'essor économique des économies des pays...de la région toute entière »²⁷. Selon le Pr Gilles CISTAC, « l'harmonisation du droit est non seulement une condition pour la réussite d'un phénomène d'intégration mais elle peut aussi constituer un élément moteur d'une intégration et ce, à double titre : comme élément de rapprochement des peuples et comme élément de rapprochement des économies »²⁸. Convenons, enfin, avec le Pr Yves GUYON que « ce n'est un secret pour personne que si le droit n'est pas une condition suffisante du développement, il en est une condition nécessaire »²⁹.

La pertinence de ces observations ne fait aucun doute pour le cas des Etats africains. Au regard du processus actuel de globalisation, les Etats africains n'ont d'autre choix que de consolider l'intégration de leurs économies, réduire l'extraversion

de ces économies et créer des conditions favorables à l'investissement. La tendance actuelle étant l'internationalisation des affaires, l'harmonisation juridique devient un impératif car une harmonisation bien menée favorise les échanges, la libre concurrence, restaure la confiance et prépare l'intégration économique.

Dans ce contexte et dans cette perspective la nécessité de l'intégration juridique n'est plus à démontrer ; les Chefs d'Etat Africains en sont désormais convaincus et s'attelleront à la concrétisation d'un vieux rêve facilitée par plusieurs atouts.

II- Les atouts en faveur de l'harmonisation juridique :

Les atouts³⁰ sont un gage de réussite car une intégration ne saurait réussir que si elle repose sur des fondements solides et si elle est confortée par une réelle volonté politique à régler des problèmes communs. Evoquant ces atouts, Me Kéba M'BAYE écrivait : « Il est certain que c'est dans des groupements où il y a déjà des traditions juridiques communes, une monnaie commune et, dans une certaine mesure, une histoire commune et une même manière de concevoir et de bâtir l'avenir, qu'il est plus facile de réaliser l'intégration économique³¹ » ; en outre, « les projets qui ont le plus de chance de réussir, il faut le répéter, sont ceux qui coïncident avec un espace économique, culturel et monétaire uniforme³² ». Pour certains Etats, il faut également ajouter : l'existence d'une même langue officielle ; le phénomène de l'Islam et l'existence d'un droit africain traditionnel³³. Ce sont là des conditions propices à la réussite d'une intégration, et dans l'espace que constituent les Etats africains de la Zone Franc la quasi-totalité de ces conditions est réunie. Mais ces conditions ne sont pas suffisantes à elles seules car sans volonté politique aucune construction de ce type ne saurait être pérenne. Compte tenu de la célérité avec laquelle le projet OHADA a été réalisé et l'enthousiasme qu'il a suscité³⁴, nous sommes en droit de penser que la volonté politique est réelle. En effet, il s'est passé moins de deux ans pour que le « Traité de Port Louis » soit signé, moins de deux ans pour qu'il entre en vigueur et moins de cinq ans pour que les sept premiers Actes Uniformes (A. U.) soient adoptés³⁵.

Ce projet est également sous-tendu par des programmes ambitieux d'intégration économique dans toutes les régions africaines ; des organisations furent créées à cet effet (BAMREL, CEAO, CEDEAO, UEMOA, etc).

Enfin, l'existence d'expériences d'unification est également un atout non négligeable³⁶.

Ce sont là des atouts indéniables dont n'ont pas disposés certains groupes d'Etats, comme les Etats membres de la CEE, ce qui a ralenti, voire entravé, l'harmonisation de leurs droits et leur intégration économique.

En considération de tout ce qui précède, on ne peut s'étonner de l'avènement de l'OHADA.

III- Le processus ayant conduit à la naissance de l'OHADA :

L'idée d'harmoniser les droits africains remonte à Mai 1963 à l'occasion d'une réunion des Ministres de la Justice animée par le Pr. René David. Cette idée fut reprise par d'éminents juristes africains et elle connut un premier aboutissement au sein de l'Union Africaine et Mauricienne (U.A.M.) et dans la convention de l'Organisation Commune Africaine et Malgache (O.C.A.M.). L'article 2 de la Convention Générale de coopération en matière judiciaire conclue entre les Etats de l'OCAM, dispose : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toutes dispositions en vue d'harmoniser leurs législations commerciales respectives dans la mesure compatible avec les exigences pouvant résulter des exigences de chacune d'elle » ; en outre, aux termes de l'article 3 de la Convention du 5 juillet 1975 portant création du Bureau Africain et Mauricien de Recherches et d'Etudes législatives (B.A.M.R.E.L.), celui-ci « a pour objet d'apporter son concours aux Etats signataires, afin que les règles juridiques qui y sont applicables, s'élaborent dans des conditions qui permettent leur harmonisation ». Malheureusement, l'OCAM et le BAMREL, comme nombre d'organisations africaines, n'ont pas été dotés de crédits suffisants et eurent une existence éphémère.

Il a fallu attendre 1991 pour que l'idée d'harmoniser les droits africains soit à nouveau reprise à l'occasion des réunions des Ministres des Finances de la Zone Franc, tenues d'abord à Ouagadougou (Burkina Faso) en Avril 1991, puis à Paris (France) en octobre 1991 ; à l'occasion de cette dernière réunion, les Ministres des Finances mirent sur pied une Mission composée de sept (7) membres, juristes et spécialistes des affaires, présidée par Me Kéba M'BAYE.

De mars à septembre 1992, la Mission fit l'état des lieux en visitant les pays de la Zone Franc. Le 17 septembre 1992, Me Kéba M'BAYE présente son rapport d'étape à la réunion des Ministres des Finances.

Les 5 et 6 octobre 1992, les Chefs d'Etat de la Zone Franc se réunissent à Libreville ; à l'occasion de cette réunion le Président Abdou DIOUF (Sénégal) présente l'économie du projet élaboré par la Mission d'Experts. Les chefs d'Etat décident de l'étendre à l'ensemble des Etats africains et non plus seulement aux seuls Etats de la Zone Franc. Dans le communiqué final de cette réunion on pouvait lire que les Chefs d'Etat et de délégation « ont approuvé le projet d'harmonisation du droit des affaires conçu par les Ministres des Finances de la Zone Franc, décidé de sa mise en œuvre immédiate et demandé aux Ministres des Finances et de la Justice de tous les Etats intéressés d'en faire une priorité ». Les Chefs d'Etat ont ainsi adopté le rapport des sept (7) personnalités ; ils désignent un Directoire de trois (3) membres³⁷, chargé de coordonner la préparation du Traité portant création de l'OHADA.

Le Directoire prépare le projet de Traité et le soumet à la réunion des Ministres de la Justice, tenue à Libreville les 7 et 8 juillet 1993. Le projet est adopté après avoir été amendé et enrichi. Il est finalisé à Abidjan les 21 et 22 septembre

1993, par la réunion des Ministres de la Justice puis celle, conjointe, des Ministres des Finances et de la Justice, réunion précédée d'un rapport d'experts.

Enfin, le 17 octobre 1993, se tient, à Port Louis (Ile Maurice), la Conférence des Pays ayant en Commun l'usage du Français. A cette occasion le projet fut soumis à la signature des Chefs d'Etat et de délégations des pays africains francophones ; le Traité portant création de l'OHADA est signé par quatorze (14) Etats³⁸, et deux autres³⁹ y adhèrent ultérieurement pour totaliser aujourd'hui seize (16) Etats parties.

Ainsi, les principales étapes ayant abouti à l'opérationnalisation de l'OHADA peuvent être résumées comme suit⁴⁰ :

1. Ouagadougou (Burkina Faso), Avril 1991 : Réunion des Ministres des Finances : conception du « Projet d'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique ».

2. Paris (France), Octobre 1991 : Réunion des Ministres des Finances : formation de la « Mission » de sept (7) membres.

3. De Mars à Septembre 1992 : la "Mission" effectue des visites dans les différents Etats de la Zone Franc : information et sensibilisation des autorités ; état des législations appliquées.

4. Yaoundé (Cameroun), 16 Avril 1992 : Réunion des Ministres des Finances ; Me Kéba M'BAYE présente son premier rapport.

5. 17 septembre 1992 : Réunion des Ministres des Finances de la Zone Franc. Me Kéba M'BAYE présente son rapport de mission. Le projet est adopté.

6. Libreville (Gabon), les 5 et 6 octobre 1992 : Conférence des Chefs d'Etat de France et d'Afrique :

- Le Président Abdou DIOUF (Sénégal) présente l'économie du projet OHADA ;
- Le projet est adopté par les Chefs d'Etat africains de la Zone Franc ;
- Ouverture du projet aux Etats autres que ceux de la Zone Franc ;
- Formation d'un Directoire de trois (3) membres présidé par le Juge Kéba M'BAYE et composé de Martin KIRSCH, et Michel GENTOT.

7. Dakar (Sénégal), novembre 1992 : Réunion des Ministres de la Justice ; décision de création dans chaque Etat, d'une Commission de 5 membres.

8. Dakar (Sénégal), les 18 et 19 décembre 1992 : Réunion des Ministres de la Justice. Les Ministres demandent au Directoire de préparer le futur Traité et d'établir l'ordre des priorités des matières à harmoniser.

9. Abidjan (Côte d'Ivoire), les 19 et 20 avril 1993 : Séminaire sur l'harmonisation du Droit des affaires dans les Etats de la Zone Franc. Le séminaire teste la technique de préparation des textes prévue par le Directoire. Constitution des Commissions Nationales.

10. Libreville (Gabon), les 7 et 8 juillet 1993 : Réunion des Ministres de la Justice. Examen du projet de Traité.

11. Abidjan (Côte d'Ivoire), les 21 et 22 septembre 1993 : Réunion des Ministres de la Justice suivie de celle des Ministres des Finances. Le projet de Traité est finalisé.

12. Port-Louis (Ile Maurice), le 17 octobre 1993 : Réunion de la Conférence des Pays ayant en commun l'usage du Français. Signature du Traité portant création de l'OHADA.

13. Ouagadougou (Burkina Faso), les 14 et 15 mars 1994 : Premier Séminaire des Commissions Nationales. Adoption d'une méthode de travail commune. Une Commission Centrale, dans laquelle chaque Etat partie est représenté, dégage un consensus permettant de finaliser chaque projet d'Acte Uniforme.

14. Lomé (Togo), le 24 octobre 1994 : Réunion des Présidents des Commissions Nationales. Examen des avant projets des premiers Actes Uniformes.

15. Lomé (Togo), les 25 et 26 octobre 1994 : Réunion des Ministres de la Justice des Etats signataires du Traité. Examen du projet de création de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) et de la mise en place des institutions de l'OHADA.

16. Biarritz (France), le 8 novembre 1994 : Conférence des Chefs d'Etat de France et d'Afrique. Les Etats signataires du Traité OHADA soulignent son importance et décident de se concerter pour déterminer la localisation des institutions.

17. Bangui (RCA), du 6 au 8 février 1995 : Réunion des Présidents des Commissions Nationales. Adoption de l'avant-projet d'Actes Uniforme sur le Droit Commercial Général (AU/DCG).

18. Bangui (RCA), le 21 Mars 1995 : Réunion des Ministres de la Justice. Les Ministres jettent les bases de la localisation des institutions de l'OHADA.

19. Le 11 avril 1995 : Publication de la loi (nigérienne) n° 95-006 du 4 juin 1995 autorisant le Président de la République à ratifier le Traité OHADA.

20. Le 18 septembre 1995 : Après réception des instruments de ratification de la République du Niger, par l'Etat dépositaire (Sénégal), le nombre de ratifications nécessaire à la mise en vigueur du Traité est réuni. Le « Traité OHADA » entre en vigueur.

B- LE TRAITE PORTANT CREATION DE L'OHADA :

Sur le plan de la forme le Traité est composé de 63 articles répartis entre IX titres. Le dispositif juridique qu'il instaure est d'une simplicité remarquable.

Dans le préambule les Chefs d'Etat et de délégation ont réitéré leur détermination à réaliser progressivement l'intégration économique de leurs Etats ce qui suppose la mise en place et l'application d'un droit des affaires harmonisé afin de garantir la sécurité juridique aux investisseurs. En outre, l'article 2 du Traité détermine son objet et les domaines qui relèvent du droit des affaires⁴¹. Le Traité présente également les instruments par lesquels se réalisera l'intégration juridique (les Actes Uniformes) et

les organes chargés de la supervision de la mise en œuvre du projet, du contrôle de l'application des Actes et de la vulgarisation du droit harmonisé.

Comparé aux autres Traités de même type, le « Traité OHADA » présente plusieurs particularités⁴² :

- il envisage une « unification progressive et générale des législations » des Etats concernés ;
- l'unification envisagée est d'une grande ampleur car elle concerne « tous les secteurs de la vie des affaires et à l'échelle continentale » ;
- la législation communautaire dont le Traité envisage la mise en œuvre a un caractère supranational « renforcé » dans la mesure où elle est obligatoire, abrogatoire et directement applicable dans tous les Etats parties ;
- originalité aussi quant aux « moyens et méthodes retenus » pour atteindre les objectifs poursuivis.

I- Les objectifs de l'OHADA⁴³ :

Le Préambule du Traité OHADA, ainsi que ses articles 1 et 2, exposent, en termes généraux, son objet et son domaine. Aux termes de l'article 1^{er} « Le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires :

- 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 ;
- par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». L'article 2, quant à lui, énumère les matières qui rentrent dans le domaine du Traité et dont la réglementation doit faire l'objet d'harmonisation.

L'OHADA rentre dans le cadre d'une vision plus globale de « l'intégration africaine » à travers « une union économique et un grand marché commun »⁴⁴. Cet objectif global ne peut être atteint dans une situation de crise économique généralisée caractérisée par le ralentissement des investissements extérieurs au cours de la décennie 1980-1990 ; dès lors il est apparu nécessaire d'améliorer et de rationaliser l'environnement juridique des entreprises afin de rendre les marchés africains plus attractifs, en réduisant, voire en mettant fin à l'insécurité juridique et judiciaire. En outre, « l'Afrique, comme la plupart des pays, est concernée par la mondialisation de l'économie. Sa conséquence est la nécessité d'une intégration régionale, avec, partout, le même droit des sociétés, ce qui facilite singulièrement les investissements⁴⁵ ». L'Afrique ne peut échapper au phénomène de la mondialisation, ce qui implique une adaptation continue des règles qui régissent les activités économiques⁴⁶.

II- Les Etats membres :

En vertu de l'article 53 du Traité OHADA l'adhésion à la nouvelle organisation est ouverte à tout Etat membre de l' Union Africaine (UA) et à tout Etat, non membre de l'U. A., invité à y adhérer d'un commun accord des Etats parties. La généralité de cette ouverture suggère que l'adhésion à l'OHADA est ouverte aux Etats non

africains. Cette généralité est heureuse car dans le cadre de la construction des espaces économiques, des Etats pourront y adhérer même s'ils ne sont pas membres de l'Union Africaine, d'une part, et, d'autre part, même s'ils ne sont pas situés sur le continent africain ; cependant, il est difficilement concevable que des Etats situés hors du continent africain adhèrent à l'OHADA, aussi doit-on comprendre que l'ouverture concerne les Etats africains non membres de l'Union Africaine.

Le nombre des Etats membres de l'OHADA va augmenter dans les années, voire les mois à venir car la République Démocratique du Congo (RDC) a engagé le processus de son adhésion imminente et Sao Tomé et Principe a annoncé son adhésion prochaine. Enfin, Madagascar et le Ghana, ont annoncé leur intérêt pour l'OHADA. L'adhésion d'un nouvel Etat se fera dans les conditions prévues par le Traité et suivant la procédure prévues par la Constitution dudit Etat ; en effet certaines Constitutions nationales prévoient l'intervention du Parlement national qui doit autoriser l'adhésion.

Il faut également noter que l'OHADA n'est pas réservée aux Etats francophones⁴⁷ ; déjà deux Etats, hispanophone et lusophone, en font partie tandis que le Cameroun, Etat membre de l'OHADA, est un pays bilingue. Certains pays anglophones, notamment le Ghana, ont manifesté leur intérêt pour l'OHADA. Pour favoriser l'adhésion des Etats non francophones, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OHADA, réunie à Québec le 17 octobre 2008, a procédé à la révision du Traité et introduit une disposition selon laquelle « les langues de travail de l'OHADA sont : le Français, l'Anglais, l'Espagnol et le Portugais »⁴⁸. Désormais, les documents de l'OHADA seront traduits dans ces différentes langues mais en cas de divergence entre les traductions, la version en Français fait foi.

L'accroissement du nombre et la diversité des Etats membres de l'OHADA fera de cette organisation le véritable moteur de l'intégration juridique africaine.

III- L'entrée en vigueur du Traité portant création de l'OHADA :

Aux termes de l'article 52 al. 2 du Traité, celui-ci entre en vigueur soixante (60) jours après la date de dépôt du septième (7^e) instrument de ratification. Les instruments des ratifications et d'adhésion doivent être déposés auprès du gouvernement sénégalais, qui est le gouvernement dépositaire⁴⁹, qui en délivre copie au Secrétariat Permanent. Le Gouvernement dépositaire procédera à l'enregistrement du Traité auprès du Secrétariat de l'Union Africaine et auprès de celui de l'ONU conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies et délivrera une copie enregistrée au Secrétariat Permanent.

Le 18 septembre 1995, le nombre de ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur du Traité fut réuni à la suite du dépôt par le Niger de son instrument de ratification⁵⁰ ; le Traité OHADA est ainsi entré en vigueur conformément à son article 52 al.2.

Aucune réserve n'est admise au Traité⁵¹, conclu pour une durée indéterminée ; il ne peut être dénoncé avant dix (10) années à dater de son entrée en vigueur⁵².

En cas d'adhésion d'un nouvel Etat, le Traité lui sera appliqué soixante jours après le dépôt de son instrument d'adhésion⁵³.

Le 17 octobre 2008, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OHADA procède à la révision du « Traité de Port Louis » et précise les conditions dans lesquelles le Traité OHADA peut être révisé à savoir⁵⁴ sur demande d'un Etat partie adressée au Secrétariat Permanent qui la communique au Conseil des Ministres ; celui-ci apprécie la demande et l'étendue de la modification suggérée. La révision ou l'amendement est ensuite adoptée à la diligence du Conseil des Ministres, dans les mêmes conditions que le Traité. Le Traité révisé ou amendé est rédigé en double exemplaires, dans chacune des langues de travail de l'OHADA et déposé aux archives du Gouvernement Sénégalais qui en remet une copie certifiée conforme à chaque Etat membre.

IV- Le choix de la technique d'intégration juridique :

Les expériences d'intégration juridique ont souvent varié entre deux techniques principales : l'harmonisation et l'uniformisation.

1- L'option pour l'uniformisation :

Pour la préparation des instruments juridiques de la nouvelle organisation, il a fallu choisir entre l'uniformisation ou l'harmonisation. Le Pr. Joseph ISSA-SAYEGH⁵⁵ définit ces deux méthodes en ces termes : « l'harmonisation ou coordination... est l'opération consistant à rapprocher les systèmes juridiques d'origine et d'inspiration différentes (voire divergentes) pour les mettre en cohérence entre eux en réduisant ou en supprimant leurs différences et leurs contradictions de façon à atteindre des résultats compatibles entre eux et avec les objectifs communautaires recherchés », tandis que « l'uniformisation ou l'unification du droit est, à priori, une forme plus brutale mais aussi plus radicale d'intégration juridique. Elle consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation unique, identique en tous points pour tous les Etats membres, dans laquelle il n'y a pas de face, en principe, pour des différences ».

A l'occasion du séminaire d'Abidjan, Me Kéba M'BAYE explique, dans son exposé introductif, le choix du Directoire : « ... une convention unifiante peut être applicable sans entraîner l'obligation d'abroger le droit national dès lors que celui-ci ne lui est pas contraire », et « les lois uniformes contiennent des règles substantielles qui doivent être introduites dans chaque Etat pour y être applicables. C'est la technique qui semble rencontrer la faveur des autorités politiques de nos pays... les lois uniformes doivent devenir lois nationales et être aussi complètes que possible afin de ne pas donner lieu à interprétations divergentes »⁵⁶. Analysant le modèle d'intégration choisi, Gaston KENFACK DOUAJNI écrivait que le Traité de l'OHADA « vise à

doter les Etats parties d'un droit uniforme dans chacune des disciplines⁵⁷ » énumérées par l'article 2 dudit Traité. Cette appréciation est également celle de Georges TATY qui écrivait que « les auteurs du Traité... mettaient le cap vers un droit unifié⁵⁸ ». Nonobstant la qualification donnée par ces éminents juristes, l'article 1^{er} du Traité dispose que le « Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires des Etats parties »..., d'une part, et, d'autre part, l'Organisation elle-même, s'appelle « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires » ; enfin, Me Kéba MBAYE, Responsable de la Mission d'Expert puis du Directoire, écrivait : « Finalement, l'option retenue a été l'harmonisation, bien que l'analyse du système actuellement en vigueur au sein de l'OHADA, c'est-à-dire l'adoption par le Conseil des Ministres de la Justice et des Ministres des Finances, d'actes uniformes qui sont immédiatement applicables sur le territoire de chaque Etat partie, soit véritablement une œuvre d'unification⁵⁹ ». A l'examen du contenu des Actes Uniformes déjà adoptés, on est fondé à conclure qu'il s'agit plutôt d'une uniformisation, d'où leur appellation « Actes Uniformes ». Cette unification est réalisée au moyen desdits Actes et par l'institution d'une Cour Commune qui veille à l'application du droit unifié dans tous les Etats membres. Cependant, il s'agit d'une uniformisation inachevée ; en effet chaque Acte Uniforme contient des vides juridiques qu'il revient aux Etats de combler, notamment en ce qui concerne les sanctions pénales. Au terme de ce processus, des disparités apparaîtront, d'une part, on parlera d'une harmonisation juridique, et, d'autre part, l'attractivité juridique de chaque Etat sera appréciée.

2- La préparation et l'adoption des Actes Uniformes⁶⁰ :

1. En novembre 1992, les Ministres de la Justice réunis à Dakar (Sénégal), décident de créer dans chaque Etat membre une Commission Nationale⁶¹ composée de cinq (5) membres et chargée, au niveau national, de contribuer à l'étude des Actes Uniformes. Ces Commissions tiennent leur premier séminaire à Ouagadougou (Burkina Faso) les 14 et 15 mars 1994. Ce séminaire consacre l'adoption d'une méthode de travail commune.

Les Actes Uniformes sont destinés à instaurer une législation commune aux Etats membres pour régir les matières identifiées comme faisant partie du « droit des affaires ». Le Secrétariat Permanent prépare les projets d'Actes Uniformes qu'il propose aux Gouvernements des Etats parties ; ceux-ci disposent d'un délai de quatre-vingt dix (90) jours pour transmettre leurs observations au Secrétariat Permanent. Aux termes de l'article 7 al 2 du Traité révisé, ce délai « peut être prorogé d'une durée équivalente en fonction des circonstances et de la nature du texte à adopter, à la diligence du Secrétariat Permanent ». A l'expiration du délai imparti le Secrétaire Permanent établit un rapport auquel il joint les observations sus - visées et le projet d'Acte Uniforme ; l'ensemble est transmis à la CCJA pour avis. Celle-ci dispose de soixante (60) jours pour émettre son avis. Au terme de ce délai, le Secrétaire Permanent prépare le texte définitif du projet d'Acte Uniforme qu'il propose à l'ordre du jour de la prochaine session du Conseil des Ministres.

Cependant, une procédure non prévue par le Traité est souvent utilisée : en effet, chaque Gouvernement fait examiner le projet par « sa » Commission Nationale qui fait des observations ou propose des amendements qui seront transmis au Secrétariat Permanent. Après réception des observations des Commissions Nationales, le Secrétariat Permanent organise une session desdites Commissions⁶² avant que le projet ne soit transmis à la CCJA pour avis.

Au regard de la procédure⁶³ qui vient d'être décrite, tous les Etats participent à l'élaboration des Actes Uniformes et il est tenu compte des spécificités de chaque Etat membre à travers la prise en compte des observations émises.

Ainsi, bien que cela ne soit pas explicite dans le Traité, trois organes interviennent dans la préparation des Actes Uniformes : le Secrétariat Permanent, les Commissions Nationales (Etats) et la CCJA, avant qu'ils ne soient adoptés par le Conseil des Ministres de l'OHADA.

Cette procédure enlève aux Parlements et aux organes de l'exécutif leur pouvoir législatif et réglementaire car les Actes Uniformes déterminent non seulement les principes généraux mais aussi leurs modalités d'application⁶⁴. Dorénavant, le pouvoir législatif est exercé, dans l'espace OHADA, pour toutes les matières concernées par l'harmonisation, par le Conseil des Ministres de cette Organisation.

2. Pour l'adoption d'un Acte Uniforme les deux tiers (2/3) au moins des Etats membres doivent être présents ou représentés, et l'Acte est valablement adopté à l'unanimité des Etats présents et votants. Il résulte de cette disposition que, d'une part, l'abstention d'un Etat ne fait pas obstacle à l'adoption d'un Acte, car seul le vote négatif y fait obstacle, et, d'autre part, chaque Etat dispose d'une prérogative analogue à un droit de veto pour s'opposer à l'adoption d'un Acte par un vote négatif.

3. Une fois adopté, l'Acte est publié par le Secrétariat Permanent au Journal Officiel de l'OHADA dans les soixante (60) jours de cette adoption. Les Actes Uniformes sont applicables dans les Etats parties, sauf disposition particulière qui pourrait être prévue dans un Acte, quatre vingt dix (90) jours à dater de la publication sus - visée. L'Acte Uniforme doit aussi être publié dans le Journal Officiel de chaque Etat membre ; cette dernière publicité peut être réalisée « par tout autre moyen approprié »⁶⁵, d'une part, et, d'autre part, elle n'a aucune incidence sur l'entrée en vigueur de l'Acte.

4. Les Actes Uniformes peuvent être modifiés à la demande d'un Etat membre ou du Secrétariat Permanent, suivant la procédure prévue aux articles 6 et 9 nouveau du Traité.

Désormais, les Actes Uniformes font partie de l'ordre juridique interne de chaque Etat partie ; les juridictions nationales comme les professionnels du droit doivent tenir compte de cette nouvelle réalité.

V- Caractères des instruments juridiques de l'OHADA :

1- Les dispositions du Traité et celles des Actes Uniformes sont d'ordre public. Toutefois, bien que la plupart des dispositions soient impératives, certains Actes peuvent contenir des dispositions supplétives ou optionnelles⁶⁶.

Lorsqu'un Acte Uniforme est entré en vigueur, il devient directement applicable et obligatoire « nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure »⁶⁷ ; il se substitue aux règles de droit interne. L'applicabilité directe est consacrée par l'article 10 du Traité qui dispose : « les Actes Uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». L'applicabilité directe, les caractères obligatoire et abrogatoire distinguent les Actes Uniformes des Directives européennes dont l'application dépend de la volonté des Etats qui doivent les transposer dans le droit interne ; toutefois, les Actes Uniformes se rapprochent des Règlements européens car ils sont directement applicables dans les Etats membres⁶⁸.

2- Le Traité ainsi que les Actes Uniformes ont un caractère supranational. Cette supranationalité est une manifestation de l'abandon partiel de souveraineté par chaque Etat partie au profit de l'OHADA pour les matières concernées par l'harmonisation⁶⁹. La procédure d'adoption des Actes Uniformes et leurs caractères obligatoire et abrogatoire consacrent aussi la supranationalité des instruments juridiques de l'OHADA.

L'effet abrogatoire et le caractère supranational se trouvent confirmés par un avis rendu par la CCJA et aux termes duquel l'article 10 du Traité contient « une règle de supranationalité, parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire des actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures⁷⁰ ». 3- Si la suprématie du droit communautaire sur les normes nationales de caractère législatif ou réglementaire ne semble pas poser de difficulté, la question est plutôt controversée en ce qui concerne la primauté de ce droit sur les Constitutions des Etats membres. En Europe, la supra constitutionnalité des Traités est loin de faire l'unanimité⁷¹, tandis que dans le cas de l'OHADA⁷², le Traité fondateur semble reconnaître implicitement la supériorité des Constitutions nationales.

Quid des conflits possibles entre une norme de droit communautaire OHADA et une autre norme de droit international ?

Da Cruz Rodrigues propose des critères à prendre en compte pour solutionner les conflits entre normes internationales, en écrivant qu'en « règle générale, ce conflit étant considéré comme équivalent au conflit entre normes de droit interne, il est tranché selon les règles usuelles (*lex superior, lex posterior*, hiérarchie des valeurs, moindre grief, proportionnalité et harmonisation des intérêts en présence) quand on n'aboutit pas à une interprétation qui réussisse à harmoniser les normes⁷³ » ; tandis que Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA⁷⁴ suggèrent « de

tenir compte également du caractère universel ou non de la convention ou du traité, du nombre effectif de signataires et surtout des membres ayant ratifié le traité » ; selon les mêmes auteurs « M. Carreau affirme la supériorité du droit universel sur le droit international régional, de ce dernier sur le droit d'origine bilatérale ainsi que la supériorité de la charte constitutive des organisations internationales sur leurs droits dérivés »⁷⁵.

Enfin, quid des conflits entre normes de droit international communautaire, notamment entre les Actes Uniformes de l'OHADA et les normes de l'UEMOA ?

Dans ce cas, deux hypothèses doivent être distinguées :

- Lorsqu'il s'agit d'un conflit entre un A. U. et une norme UEMOA adoptée sous la forme de Loi Uniforme (par exemple une Directive) par les Parlements nationaux, qui sont des normes de droit interne, « ce sont les Actes Uniformes qui prévaudront en vertu de leur supériorité sur les lois internes »⁷⁶ ;

- Lorsqu'il s'agit de conflits entre normes d'application directe, notamment un Règlement UEMOA et un Acte Uniforme de l'OHADA, on ne peut se satisfaire de ce que ces deux normes semblent, *a priori*, de même niveau, et appliquer soit le critère chronologique, donc la règle *lex posterior derogant priori*, ou le critère de spécialité pour appliquer la règle *specialia generalibus derogant* ou la règle *generalia specialibus non derogant*⁷⁷. Pour solutionner ce conflit, Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA suggèrent la prise en compte de quelques considérations dont il ressort que les A. U. de l'OHADA prévalent : la finalité des organisations communautaires dont les normes sont en conflit, « le nombre d'Etats participant à chaque traité constitutif » et « le mécanisme judiciaire du contrôle de l'application des normes »⁷⁸.

Finalement, dans les deux hypothèses les Actes Uniformes prévalent sur les normes de l'UEMOA.

C- LES INSTITUTIONS DE L'OHADA :

Les différentes institutions de l'OHADA, après la révision du Traité intervenue à Québec le 17 octobre 2008, sont:

- La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement ;
- 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).

Le Traité et des Règlements fixent les règles générales qui déterminent l'organisation et le fonctionnement de ces institutions⁷⁹.

A l'occasion de la réunion du Conseil des Ministres de la Justice tenue à N'Djaména (Tchad), le 8 avril 1996, suivie de la réunion conjointe des Ministres de

la Justice et des Ministres des Finances, les sièges des institutions ont été répartis ainsi qu'il suit :

- CCJA : Abidjan (Côte d'Ivoire)
- Secrétariat Permanent : Yaoundé (Cameroun)
- ERSUMA : Porto Novo (Bénin)

Le 26 septembre 1996, les Ministres de la Justice et des Finances, réunis à Paris (France), procèdent à l'attribution des sièges des Institutions et à la nomination des premiers responsables et des membres de la CCJA.

Pour permettre à l'OHADA de privilégier la compétence et l'intégrité dans le choix de ses cadres, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OHADA, réunie à Québec le 17 octobre 2008, a adopté une Déclaration mettant fin aux mesures transitoires définies par les « Arrangements de N'Djaména » distribuant les postes entre certains Etats membres. En outre, l'article 49 du Traité révisé donne plus de précisions que l'article 49 originel quant aux privilèges et immunités diplomatiques dont bénéficient les personnels de l'OHADA. En effet, jouissent de l'immunité diplomatique, non seulement les juges de la CCJA, mais aussi «les fonctionnaires et employés de l'OHADA... ainsi que les arbitres nommés ou confirmés par (la Cour) ». Toutefois, les immunités et privilèges peuvent être levés par le Conseil des Ministres, selon les circonstances.

I- La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement :

Le « Traité de Port Louis », dans sa version originelle, n'ayant pas prévu de « Conférence des Chefs d'Etat », le Sommet de Québec du 17 octobre 2008 a remédié à cette absence en prévoyant une Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement comme institution suprême de l'OHADA.

La Conférence « est composée des Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats parties. Elle est présidée par le Chef de l'Etat ou de Gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des Ministres »⁸⁰.

Elle est compétente pour connaître de toutes les questions relatives au Traité et, à l'instar des autres organisations multinationales, elle se réunit à l'initiative de son Président ou à celle des deux tiers des Etats membres. La Conférence est valablement réunie lorsque les deux tiers des Etats parties sont représentés, et les décisions sont prises par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des Etats présents⁸¹.

II- Le Conseil des Ministres :

Le Conseil des Ministres de l'OHADA, comparé aux Conseils des Ministres des autres organisations multinationales, se trouve être original tant par sa composition que par ses attributions.

1- Composition du Conseil des Ministres :

Il est composé des Ministres de la Justice et des Ministres des Finances des Etats membres. Il s'agit là d'une composition originale car en règle générale les Conseils des Ministres des organisations sous-régionales ou régionales sont composés de Ministres d'un même département. Trois raisons peuvent expliquer cette composition conjointe :

- D'abord une raison historique car d'une part, il s'agit des matières judiciaires et, d'autre part, l'idée du projet d'harmonisation est une idée des Ministres de la Justice qui a été reprise par les Ministres des Finances ;

- Ensuite, les domaines relevant du droit des affaires ont surtout une prédominance économique et financière ;

- Enfin et surtout, à notre sens, pour responsabiliser des Ministres des Finances quant au devenir de l'OHADA. En effet, nombre d'organisations ont cessé d'exister par manque de crédits, les Ministres des Finances étant souvent réticents pour effectuer des inscriptions budgétaires et/ou débloquer des crédits pour des contributions aux organisations sous-régionales ou régionales, alors même qu'il existe d'autres urgences ou priorités. Réticence que l'on comprend aisément quand on sait les difficultés financières auxquelles sont confrontés ces Etats.

Au delà de ces considérations, la « mixité » de cette composition peut être révélatrice de la volonté des Chefs d'Etat de faire de cette Organisation un instrument d'intégration techniquement performant et bien conduit. En effet, la présence du Ministre de la Justice est un gage du respect des normes juridiques pour l'élaboration des Actes, tandis que celle du Ministre des Finances est un gage de respect des engagements économiques et financiers, pris par les Etats membres dans le cadre de leur intégration, le tout constituant un ensemble cohérent.

2- Fonctionnement du Conseil des Ministres :

1- La présidence du Conseil est assurée, à tour de rôle et par ordre alphabétique, par chaque Etat membre pour un mandat d'un an. Toutefois, « les Etats adhérents assurent pour la première fois la présidence du Conseil des Ministres dans l'ordre de leur adhésion, après le tour des pays signataires du Traité⁸². Lorsqu'un Etat n'est pas en mesure d'assurer la présidence, quand elle lui revient, il est remplacé par celui qui vient immédiatement après lui suivant l'ordre alphabétique ; lorsque la cause de l'empêchement aura cessé, ledit Etat saisit en temps utile, le Secrétariat Permanent pour décision à prendre par le Conseil des Ministres, relativement à son tour de présidence.

Le Traité OHADA ne mentionne pas lequel du Ministre des Finances ou de celui de la Justice, d'un même Etat, assure la présidence du Conseil. Dans le silence dudit texte il convient de considérer que la présidence est assurée suivant la pratique dans chaque Etat membre ; aussi, le Conseil sera sans doute présidé par l'un ou par l'autre suivant que l'Etat qui en assure la présidence considère la prééminence des aspects juridiques ou celle des aspects économiques ou financiers.

Cependant, il faut admettre qu'il s'agit là d'un débat théorique car en règle générale, s'agissant surtout de questions judiciaires, le Conseil est présidé par le Ministre de la Justice.

2- Le Conseil des Ministres se réunit au moins une fois par an sur convocation de son Président à son initiative ou à l'initiative d'un tiers des Etats parties. L'ordre du jour de la réunion est arrêté par le Président du conseil sur proposition du Secrétaire Permanent de l'OHADA.

3- Lorsqu'il est réuni le Conseil délibère valablement lorsque les deux tiers (2/3) des Etats parties sont représentés. Chaque Etat dispose d'une voix et les décisions sont valablement adoptées à la majorité absolue des Etats présents et votants. Toutefois, les décisions relatives à l'adoption des Actes Uniformes sont prises à l'unanimité des Etats présents et votants.

3- Attributions du Conseil des Ministres :

Aux termes de l'article 4 du Traité révisé, « des Règlements pour l'application du présent Traité et des décisions seront pris, chaque fois que de besoin, par le Conseil des Ministres ». Celui-ci est compétent pour :

- Adopter et modifier les Actes Uniformes ;
- Déterminer le domaine du droit des affaires ;
- Arrêter les cotisations annuelles des Etats parties ;
- Adopter le budget de Secrétariat Permanent et de la CCJA ;
- Approuver les comptes annuels de l'OHADA ;
- Nommer le Secrétaire Permanent et le Directeur Général de l'ERSUMA ;
- Elire les membres de la CCJA ;
- Prendre les règlements nécessaires à l'application du Traité ;
- Approuver le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires.

Enfin, le Conseil des Ministres exerce des fonctions administratives et des fonctions législatives. En effet, il est un organe législatif en tant qu'il approuve le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires et adopte les Actes Uniformes aux lieux et place des parlements des Etats parties⁸³.

Dans le cadre de la mise en œuvre de cette mission, le Conseil des Ministres de l'OHADA a adopté, à ce jour, huit (8) Actes Uniformes⁸⁴ :

- l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du GIE (AU/DSC/GIE), entré en vigueur le 1^{er}/01/1998 ;
- l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général (AU/DCG), entré en vigueur le 1^{er}/01/1998 ;
- l'Acte Uniforme sur le Droit des Sûretés (AU/DS), entré en vigueur le 1^{er}/01/1998 ;
- l'Acte Uniforme sur les Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AU/PSR/VE), entré en vigueur le 10/07/1998 ;

- l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif (AU/PCAP), entré en vigueur le 1^{er}/01/1999 ;
 - l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage (AU/DA), entré en vigueur conformément à l'article 9 du Traité, le 11 juin 1999 ;
 - l'Acte Uniforme portant Organisation et Harmonisation de la Comptabilité des Entreprises (AU/HCE)⁸⁵, entré en vigueur en deux phases :
 - Les comptes personnels des entreprises : le 1^{er} janvier 2001 ;
 - Les comptes consolidés et les comptes combinés : le 1^{er} janvier 2002.
 - l'Acte Uniforme relatif aux Contrats de Transport de Marchandises par Route (AU/CTMR), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.
- D'autres Actes Uniformes sont en chantier ; il s'agit notamment de l'Acte Uniforme sur le Droit des Contrats et de l'Acte Uniforme sur le Droit du Travail.

III- Le Secrétariat Permanent :

C'est l'organe exécutif de l'OHADA. Le 30 juillet 1997, le Gouvernement Camerounais et l'OHADA signent un Accord de siège en vertu duquel le siège du Secrétariat Permanent est fixé à Yaoundé (Cameroun)⁸⁶.

1- Organisation du Secrétariat Permanent :

Il est dirigé par un Secrétaire Permanent nommé par le Conseil des Ministres pour un mandat de quatre (4) ans renouvelables une fois. Le Secrétaire Permanent est assisté de trois Directeurs chargés des affaires suivantes :

- Affaires juridiques et relations avec les institutions ;
- Finances et comptabilité ;
- Administration générale et Journal Officiel de l'OHADA.

Les Directeurs sont nommés par le Secrétaire Permanent dans les conditions prévues par l'article 40 Alinéa 2 du Traité.

2- Attributions du Secrétaire Permanent :

Le Secrétaire Permanent représente l'OHADA et assiste le Conseil des Ministres ; il a pour principales attributions⁸⁷ :

1- l'évaluation des domaines dans lesquels, l'uniformisation du droit est nécessaire et propose au Conseil des Ministres, pour approbation, le programme annuel d'harmonisation.

Lorsque le Directoire a été mis en place par les Chefs d'Etat, il a d'abord procédé au listing de toutes les matières pouvant être harmonisées⁸⁸. Les matières ainsi retenues font l'objet de l'article 2 du Traité, mais il ne s'agit pas d'une liste figée car l'article 2 dispose que rentrent également dans le domaine du droit des affaires, toutes matières que le Conseil des Ministres décide à l'unanimité d'y inclure conformément à l'objet du Traité. Ainsi, sur proposition du Secrétariat Permanent,

plusieurs autres matières ont été ajoutées par une décision du Conseil des Ministres de l'OHADA du 23 mars 2001⁸⁹ comme faisant partie du domaine du Traité⁹⁰.

Le Directoire a effectué un inventaire exhaustif et comparatif des textes qui existent dans tous les Etats et a mandaté des experts chargés de « rechercher la formulation juridique commune la plus simple, la plus moderne, la mieux adaptée et donc la plus efficace »⁹¹.

Le domaine du droit des affaires ayant été circonscrit, il appartient désormais au Secrétaire Permanent de proposer chaque année un programme d'harmonisation.

2- le Secrétaire Permanent prépare les projets d'Actes Uniformes : à cet effet il coordonne le travail des experts et des autorités participant à l'élaboration des Actes dans chaque Etat partie. Il requiert ensuite l'avis de la CCJA. Après adoption des Actes par le Conseil des Ministres, il assure leur publication au Journal Officiel de l'OHADA.

3- Il coordonne les activités des différents organes de l'OHADA et suit les travaux de l'Organisation.

4- Le Secrétaire Permanent propose au Président du Conseil des Ministres l'ordre du jour du Conseil ; organise l'élection des membres de la CCJA ; assure la tutelle de l'ERSUMA dont il est Président du Conseil d'Administration.

5- Enfin, le Secrétaire Permanent est compétent pour procéder à la nomination de ses collaborateurs.

IV- La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)⁹² :

Deux autres préoccupations animent les Chefs d'Etat comme les opérateurs économiques et les praticiens du droit, il s'agit de l'uniformisation de la jurisprudence des affaires d'une part, et, d'autre part, celle de l'interprétation des Actes Uniformes.

A l'occasion du séminaire d'Abidjan, les 19 et 20 avril 1993, les travaux de l'atelier n°III se sont focalisés sur la question de savoir s'il n'est pas plus adéquat de créer deux juridictions distinctes : l'une pour la fonction juridictionnelle et l'autre pour la fonction d'arbitrage. Les participants ont également émis des inquiétudes quant au coût élevé pour les justiciables⁹³ et ont suggéré de faciliter l'accès à la Cour en organisant des sessions foraines ou encore en déplaçant les juges dans les Cours Suprêmes nationales.

Finalement, face à ces préoccupations, le législateur communautaire a trouvé les réponses adéquates :

- Il est plus conséquent de créer une seule juridiction eu égard aux problèmes financiers auxquels sont confrontés les Etats membres et compte tenu de la rareté du personnel qualifié ;

- La Cour n'interviendrait qu'en lieu et place des Cours Suprêmes ou Cours d'Etat, d'une part, et, d'autre part, la procédure peut être orale ou écrite. Enfin l'article 19 du Règlement de Procédure de la CCJA dispose que la Cour peut se réunir sur le territoire d'un Etat partie, autre que l'Etat du siège.

Pour uniformiser la jurisprudence la solution consiste désormais à soumettre tout différend relatif à l'application des Actes d'abord aux juridictions nationales du premier et second degrés puis à la censure d'une juridiction supérieure commune à tous les Etats membres. En outre, pour uniformiser l'interprétation des Actes Uniformes, cette interprétation est désormais confiée à la juridiction commune.

Enfin, le souci de vulgarisation de l'utilisation de l'arbitrage pour le règlement des différends commerciaux, associé à la volonté de promouvoir une nouvelle conception de l'arbitrage, qui ne doit plus être perçu comme une défiance au magistrat, amènent le législateur communautaire à faire intervenir la juridiction communautaire dans le processus de la décision arbitrale.

En considération de tout ce qui précède, le Conseil des Ministres réuni à N'Djaména (Tchad) le 18 avril 1996, adopte les textes suivants:

- Le Règlement de Procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) ;

- Les statuts de la CCJA ;

- Le Règlement de Procédure d'Arbitrage.

La Cour est officiellement installée à Abidjan, lieu de situation de son siège⁹⁴, et devient rapidement opérationnelle⁹⁵. Appréciant la pertinence de la création de la CCJA, le Pr Gilles CISTAC écrit : « L'attractivité du système OHADA procède largement de la confiance en une instance judiciaire supranationale, à l'abri de l'incompétence, de la corruption, des pressions politiques et du trafic d'influence. Ainsi, la création d'une juridiction supranationale contribue à promouvoir la sécurité judiciaire⁹⁶ ».

1- Composition de la CCJA :

La CCJA est composée de neuf (9) juges⁹⁷ ; « toutefois le Conseil des Ministres peut, compte tenu des nécessités de service et des possibilités financières, fixer un nombre de juges supérieur (...)»⁹⁸.

Les juges sont élus au scrutin secret par le Conseil des Ministres pour un mandat de sept (7) ans non renouvelable. Aux fins d'élection desdits juges le Secrétaire Permanent invite chaque Etat à présenter ses candidats à la Cour, au moins quatre (4) mois avant la date des élections. Toutefois, chaque Etat ne peut présenter que deux (2) candidats, au plus. En outre, ne peuvent être présentées que les personnalités énumérées par l'article 31 du Traité, à savoir⁹⁹ :

- Les Magistrats ayant au moins quinze (15) ans d'expérience professionnelle et « réunissant les conditions requises pour l'exercice dans leurs pays respectifs de hautes fonctions judiciaires »¹⁰⁰ ;

- Les Avocats inscrits au Barreau de l'un des l'Etats parties et ayant au moins quinze (15) ans d'expérience professionnelle ;

- Et les Professeurs de Droit ayant au moins quinze (15) ans d'expérience professionnelle.

Le tiers des juges de la CCJA doit appartenir aux catégories d'Avocats et de Professeurs de droit.

Après réception des candidatures, le Secrétaire Permanent dresse la liste de tous les candidats par ordre alphabétique, et communique ladite liste à tous les Etats membres au moins un (1) mois avant des élections¹⁰¹ ; pour procéder à celles-ci le Conseil des Ministres tient compte de ce que la Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant par Etat partie¹⁰².

Une fois élus, les membres de la CCJA jouissent des privilèges et immunités diplomatiques ; ils sont inamovibles et ne peuvent exercer aucune fonction politique ou administrative. Toutefois, ils peuvent exercer des activités rémunérées après en avoir été autorisés par la Cour.

En cas de vacance d'un siège, pour décès ou démission d'un magistrat, il est procédé à son remplacement suivant la procédure de renouvellement¹⁰³.

Enfin les membres de la Cour sont renouvelés par septième (7^e) chaque année.

Les membres de la Cour élisent en leur sein un Président et deux (2) Vice - Présidents pour un mandat de trois (3) ans et six (6) mois non renouvelables¹⁰⁴.

Le Président de la Cour nomme le Greffier en Chef de la Cour après avis de celle-ci, parmi des candidats présentés par les Etats membres et ayant exercé leur fonction pendant au moins quinze (15) ans. Le Greffier en Chef assure le Secrétariat de la Cour.

Enfin, « après avis de la Cour, le Président nomme également le Secrétaire Général chargé d'assister celle-ci dans l'exercice de ses attributions d'administration de l'arbitrage, selon les critères définis par le règlement du Conseil des Ministres »¹⁰⁵.

Le Greffier en Chef et le Secrétaire Général, selon le cas, peuvent proposer au Président les candidats aux autres emplois de la Cour¹⁰⁶.

2- Compétences de la CCJA :

L'article 14 al 1 du Traité révisé dispose que la CCJA « assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions ».

L'examen de ses attributions révèle que la CCJA est investie de pouvoirs juridictionnels et consultatifs et intervient dans les procédures d'arbitrage.

a- Les fonctions judiciaires¹⁰⁷ :

Elles sont à la fois contentieuses et consultatives.

a1- Les fonctions contentieuses de la CCJA :

1- La CCJA est juge de cassation pour tout différend relatif au droit uniforme. Les juridictions nationales connaissent, en première instance et en appel, des différends relatifs à l'application des Actes Uniformes.

La Cour est saisie par voie de recours en cassation des arrêts d'appel des juridictions nationales « à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales¹⁰⁸ ». Elle est saisie « soit directement par une des parties à l'instance soit sur renvoi d'une juridiction nationale¹⁰⁹ ». Cette saisine suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale à l'exception des procédures d'exécution.

La CCJA peut également être saisie par le Gouvernement d'un Etat, partie ou par le Conseil des Ministres de l'OHADA.

S'agissant des modalités de la saisine de la CCJA, un auteur écrivait : « c'est par le mécanisme de la question préjudicielle que les juridictions nationales devraient interroger la Cour¹¹⁰ ».

L'obligation faite aux parties de se pourvoir en cassation devant la CCJA, et non devant une juridiction nationale, quand il s'agit des questions impliquant l'application des Actes Uniformes, entraîne un abandon partiel de souveraineté par les Etats parties au profit de l'OHADA ; cette obligation entraîne aussi une conséquence heureuse à savoir l'uniformisation de la jurisprudence. A cet égard T.G. de LAFOND écrivait : « un droit uniforme appelle une jurisprudence uniforme¹¹¹ ». La CCJA assure également l'harmonisation de l'interprétation des Actes Uniformes comme signalé ci-dessous, en matière consultative.

2- La procédure devant la CCJA est contradictoire et essentiellement écrite ; les audiences sont publiques et le ministère d'un Avocat est obligatoire. Lorsque la Cour est saisie, « le Président désigne un juge rapporteur chargé de suivre l'instruction de l'affaire et de faire rapport à la Cour¹¹² ».

Pour le règlement du différend il peut être procédé soit suivant une procédure écrite, soit suivant une procédure orale¹¹³.

Lorsqu'elle prononce la cassation la Cour évoque l'affaire et statue sur le fond sans renvoi à une juridiction nationale du fond ; dès lors elle constitue un degré de juridiction : s'agit-il alors d'un troisième (3^e) degré de juridiction¹¹⁴ ? On est tenté de répondre par l'affirmative. Ce droit d'évocation permet un gain de temps aux parties qui n'auront plus besoin de retourner devant une Cour d'Appel national pour rejurer l'affaire.

3- Les Arrêts de la CCJA jouissent de l'autorité de la chose jugée et de la force obligatoire à dater de leur prononcé. Ils sont susceptibles d'exécution forcée sur le territoire de chaque Etat partie suivant les règles de procédure civile applicables dans l'Etat concerné. Ainsi, les arrêts de la CCJA sont assimilés aux décisions des juridictions nationales avec toutes les conséquences liées à cette assimilation.

Dans chaque Etat partie la formule exécutoire est apposée sur les Arrêts de la CCJA, après contrôle de l'authenticité du titre, par une autorité désignée par le Gouvernement de l'Etat concerné¹¹⁵.

4- Toutefois, des voies de recours extraordinaires peuvent être exercées contre les Arrêts de la CCJA ; il s'agit de la tierce-opposition, de la demande d'interprétation du dispositif de l'arrêt ou encore de la demande en révision d'un Arrêt¹¹⁶.

a2- Les fonctions consultatives de la CCJA :

L'article 14 al.2 du Traité pose le principe du rôle consultatif de la Cour. A cet égard, la CCJA est compétente pour :

- donner un avis sur les projets d'Actes Uniformes avant leur présentation au Conseil des Ministres ;
- Interpréter et veiller à l'application des Actes Uniformes dans les Etats parties ;
- Interpréter le Traité, les Règlements pris pour son application, et les Actes Uniformes ;
- Rendre des avis consultatifs à la demande des Etats, du Conseil des Ministres ou des juridictions nationales.

Les articles 53 et suivants du Règlement de Procédure déterminent les modalités d'exercice de ce rôle. En vertu de ces dispositions :

1- La Cour peut être consultée par tout Etat partie ou par le Conseil des Ministres sur les questions relatives à l'interprétation et à l'application du Traité, des Règlements pris pour son application, et des Actes Uniformes.

La demande d'avis est formulée sous forme de requête écrite adressée à la CCJA accompagnée, le cas échéant, de tout document pouvant aider à clarifier le problème à régler ; ce dernier doit faire l'objet d'une présentation précise. Le Greffier en Chef notifie cette demande aux Etats membres et requiert leurs observations dans les délais fixés par le Président de la Cour. La réponse de chaque Etat est communiquée aux Etats ayant répondu ainsi qu'au demandeur, et mise en discussion entre le demandeur et les auteurs des observations pendant un délai fixé par le Président. Au terme de ce délai le Président décide s'il y a lieu à audience.

2- Elle peut également être consultée par les juridictions nationales saisies d'un contentieux relatif à l'application du droit harmonisé.

La demande est transmise, par la juridiction concernée, à la CCJA, avec précision de la question sur laquelle l'avis de la Cour est sollicité. Il doit être joint à cette demande tout document pouvant servir à élucider la question. Le Greffier en Chef notifie la demande aux parties en litige et aux Etats membres et requiert leurs observations ; ensuite il est procédé comme dans le cas de demande d'avis émanant d'un Etat ou du Conseil des Ministres.

3- Lorsque la Cour rend son avis, celui-ci contient les mentions ci-après :

- « l'indication qu'il est rendu par la Cour ;
- la date du prononcé ;
- les noms des juges qui y ont pris part, ainsi que celui du Greffier ;
- les motifs ;
- la réponse à la question posée à la Cour »¹¹⁷.

Cette procédure permet une uniformisation de l'interprétation du droit harmonisé. Elle présente l'avantage d'impliquer non seulement les parties demanderesses, mais aussi les Etats. Ainsi, l'interprétation donnée, in fine, est le produit d'un consensus

résultant des avis donnés par tous les intervenants ; dès lors, son acceptation, par tous, ne posera pas de difficultés majeures.

Dans l'exercice de ses activités contentieuses et consultatives, la CCJA a rendu, à fin juin 2003, 40 décisions judiciaires et 14 avis consultatifs¹¹⁸. De 1998 au 19 août 2003, elle a reçu cent soixante deux (162) pourvois et sur l'ensemble des requêtes elle a rendu quarante quatre (44) arrêts et sept (7) ordonnances ; elle a également rendu seize (16) avis suite à des consultations par les Gouvernements des Etats parties.

b- Le rôle de la CCJA dans une procédure d'arbitrage¹¹⁹ :

Bien que certains pays africains francophones¹²⁰ disposent de centres d'arbitrage cette procédure n'est pas vulgarisée sur le continent. Dans le Préambule du « Traité de Port Louis » on peut lire que les Etats signataires sont « désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ». Pour ce faire, le Conseil des Ministres de l'OHADA, réuni à Ouagadougou (Burkina Faso) le 11 mars 1999, adopte l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage (AU/DA) et le Règlement d'Arbitrage (RA) de la CCJA.

La CCJA n'ayant pas le monopole de l'arbitrage, il faudra distinguer selon qu'il s'agit d'une procédure d'arbitrage institutionnel ou d'une procédure d'arbitrage ad hoc ; il revient aux parties, au moment de la rédaction de la clause compromissoire, de choisir l'une ou l'autre procédure¹²¹.

b1- L'arbitrage institutionnel :

Il s'agit de l'arbitrage organisé par la CCJA qui joue, pour la circonstance, le rôle d'un centre d'arbitrage. La CCJA « accompagne », contrôle la procédure qui se déroule devant l'instance arbitrale ; elle administre la procédure d'arbitrage conformément au Traité et au Règlement d'Arbitrage (RA).

1- Lorsqu'une partie (personne physique ou morale, de droit public ou de droit privé) à un contrat est domiciliée dans un Etat membre de l'OHADA, ou y réside habituellement, ou lorsque le contrat en cause doit être exécuté, en totalité ou en partie, sur le territoire d'un Etat partie, les contractants peuvent décider, par une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage, de soumettre tout litige qui naîtrait de l'exécution dudit contrat, à la procédure d'arbitrage, cela même si une instance est engagée devant une autre juridiction¹²².

2- La CCJA n'aura pas pour mission de régler le différend, mais elle suit le déroulement de l'instance, elle nomme ou confirme le ou les arbitres. Au terme de la procédure elle apprécie le projet de sentence arbitrale.

3- Deux aspects nous semblent essentiels en ce qui concerne le rôle administratif ainsi dévolu à la Cour : la nomination ou la confirmation des arbitres¹²³, et l'appréciation de la sentence arbitrale.

- En vue de solutionner le différend, les parties peuvent désigner un arbitre unique ou trois (3) arbitres qui seront confirmés par le CCJA. Celle-ci intervient aussi dans la nomination des arbitres lorsque :

- Les parties ont convenu de désigner un arbitre unique et à défaut d'entente entre elles, sur la personne de l'arbitre, dans un délai de trente (30) jours à dater du jour de la notification de la demande d'arbitrage à l'autre partie, l'arbitre est nommé par la CCJA.

- Les parties ont convenu que le litige sera tranché par trois (3) arbitres : chaque partie en désigne un et le troisième, qui assurera la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour, à moins que les parties n'aient convenu qu'il sera désigné par les deux (2) autres. Dans ce dernier cas la Cour confirme cette nomination. Toutefois, à défaut d'entente entre les deux (2) arbitres sur la personne du troisième, et à l'expiration d'un délai qui leur est imparti soit par les parties, soit par la Cour, le troisième (3^e) arbitre est nommé par la CCJA.

- Les parties n'ont pas fixé le nombre des arbitres d'un commun accord : la Cour nomme un arbitre unique, sauf si l'importance de l'affaire semble justifier la nomination de trois (3) arbitres. Dans ce dernier cas un délai de quinze (15) jours est accordé aux parties pour procéder à leur nomination.

- Les parties doivent présenter à la Cour des propositions conjointes pour la désignation d'un arbitre ; lorsqu'elles ne s'accordent pas dans les délais impartis, la CCJA peut nommer la totalité du tribunal arbitral.

- Enfin, la CCJA statue également sur les récusations d'arbitres¹²⁴.

4- Le ou les arbitres ne peuvent signer une sentence arbitrale qu'après avoir recueilli l'avis de la CCJA à laquelle le projet doit être présenté. Toutefois, ne sont soumis à l'examen de la Cour, avant leur signature, que « les projets de sentences sur la compétence, de sentences partielles qui mettent un terme à certaines prétentions des parties, et de sentences définitives...¹²⁵ » ; les autres projets ne sont transmis à la Cour que pour information.

Outre qu'elle peut proposer « des modifications de pure forme », la Cour donne aussi à l'arbitre « les indications nécessaires à la liquidation des frais d'arbitrage »¹²⁶, et notamment fixe le montant des honoraires de l'arbitre¹²⁷.

5- Les sentences arbitrales bénéficient de l'autorité de la chose jugée et sont susceptibles d'exécution forcée sur le territoire de chaque Etat partie, en vertu d'une décision d'exequatur donnée par la CCJA¹²⁸. L'exequatur ne peut être refusée que dans quatre (4) cas :

- lorsque l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur la base d'une convention nulle ;

- lorsqu'il a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ;

- lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;

- enfin, lorsque la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public.

Dans ces quatre cas l'opposition à exequatur est ouverte. Ainsi l'exequatur n'est pas accordée lorsque la CCJA est saisie d'une requête en contestation de validité de la sentence arbitrale.

6- Il résulte des termes de l'article 25 al. 1 du Traité, que les sentences arbitrales bénéficient d'une reconnaissance de plein droit dans les Etats parties, d'une part, et, d'autre part, ayant l'autorité définitive de chose jugée, elles ne peuvent faire l'objet ni d'opposition ni d'appel et l'Acte Uniforme exclut le pourvoi en cassation. Toutefois, les sentences arbitrales sont susceptibles :

- d'un recours en annulation dans les cas prévus par l'article 26 de l'AU/DA, porté devant le juge compétent de l'Etat dans lequel la sentence a été rendue ; l'arrêt rendu par cette dernière juridiction, qui est souvent une Cour d'Appel, est passible d'un pourvoi en cassation devant la CCJA ;

- d'un recours en révision devant le tribunal arbitral ;

- et d'une tierce opposition devant le tribunal arbitral.

Dans le cadre de l'exercice de cette fonction, la CCJA a enregistré, au 19 août 2003, six (6) affaires et rendu deux (2) décisions de rejet, tandis que quatre (4) affaires étaient en cours à cette date.

b2- L'Arbitrage ad hoc :

Il est régi par l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage (AU/DA) ; toutefois, quand elles peuvent déroger aux dispositions dudit Acte, il est loisible aux parties de déterminer la procédure¹²⁹.

V- L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) :

Pour remédier au faible niveau de spécialisation des magistrats, ainsi qu'à l'absence de système de formation continue et à l'insuffisance de formation juridique, entre autres motivations, les parties contractantes ont décidé de créer une école pour la formation et le perfectionnement des Magistrats et Auxiliaires de justice. C'est pour répondre à ces soucis que l'ERSUMA a été créée le 17 octobre 1993 et son siège est fixé à Porto-Novo (Bénin)¹³⁰.

L'article 41 al 1^{er} du Traité révisé dispose : « il est institué un établissement de formation, de perfectionnement et de recherche en droit des affaires dénommé Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) ».

L'ERSUMA est rattachée au Secrétariat Permanent et le Statut qui la régit a été adopté par le Conseil des Ministres réuni à Bamako (Mali) les 2 et 3 octobre 1995 ; il détermine son organisation, son fonctionnement, ses ressources et les prestations qu'elle offre.

Les organes de l'ERSUMA sont : le Conseil des Ministres, le Conseil d'Administration, le Conseil d'établissement et la Direction (qui comprend la Direction Générale, la Direction des Etudes et des Stages et la Direction des Affaires Administratives et Financières)¹³¹.

Justifiant la création de l'Ecole communautaire, le Directeur Général de l'ERSUMA déclarait à l'occasion du séminaire de sensibilisation au droit harmonisé tenu à Niamey (Niger) les 9 et 10 juin 1998 : « On ne peut pas réussir l'harmonisation du droit des affaires si l'on ne forme pas des hommes capables de connaître ce droit, de le faire connaître, de le comprendre, et de l'appliquer de manière efficace et uniforme dans l'ensemble de l'espace communautaire OHADA¹³² ». Outre cette mission de formation – perfectionnement, l'ERSUMA est aussi un centre de documentation en matière juridique et judiciaire, chargé de la promotion et du développement de la recherche en droit africain, d'œuvrer à l'harmonisation du droit et de la jurisprudence en relation avec la juridiction communautaire et les juridictions nationales, et d'assurer toute mission qui lui serait confiée par le Conseil des Ministres ou son Conseil d'Administration.

D- LE FINANCEMENT DE L'OHADA :

La rapidité avec laquelle le processus de création de l'OHADA et l'élaboration du droit harmonisé, ont été menés témoigne de la volonté des Etats parties de mener à bien cette entreprise. Compte tenu des espoirs placés en elle, tant par les Gouvernements que par les opérateurs économiques pour occuper une position confortable dans les circuits du commerce international, cette entreprise ne doit pas subir le même sort que plusieurs autres initiatives qui ont fini par s'évanouir par manque de moyens de fonctionnement, notamment les moyens financiers. A cet égard, l'article 43 du Traité énumère les ressources de l'OHADA ; mais cette énumération est semblable à celle des ressources des autres organisations sous-régionales ou régionales. Ces sources de financement ont donné la preuve de leur faible fiabilité.

C'est pour faire face à cette délicate question que le Conseil des Ministres a approuvé un mode original de financement de l'OHADA en recourant à la création d'un Fonds de Capitalisation d'un montant de douze (12) milliards de F CFA. Le projet OHADA étant conçu pour douze (12) ans, ces fonds sont destinés à couvrir les dépenses de fonctionnement des institutions de l'OHADA pendant une dizaine d'années. Le Fonds de Capitalisation est provisionné comme suit : chaque Etat membre contribue au capital pour un montant de trois cent soixante quinze millions (375 000 000) F CFA, soit un total de six (6) milliards. Les autres six (6) milliards de francs CFA ont été financés par les partenaires extérieurs.

La réunion du Conseil des Ministres (CM) de l'OHADA, tenue à Dakar (Sénégal), le 5 février 1997, décide de confier la gestion des ressources financières de l'OHADA au PNUD.

A l'occasion du séminaire de Niamey (Niger) du 9 et 10 juin 1998, le Directeur Général de l'ERSUMA donnait quelques précisions quant aux besoins de financement des institutions de l'OHADA en déclarant : « ...le montant total des besoins de financement de l'ERSUMA pour la durée du projet (12 ans) est de 3

milliards F CFA pour le fonctionnement (contre 7,7 milliards pour la CCJA et 2,1 milliards pour le Secrétariat Permanent de l'OHADA). Il est de 11 milliards F CFA pour le programme d'activités (contre 1 milliard pour la CCJA et 1 milliard pour le Secrétariat Permanent) »¹³³. Pour faire face aux besoins de financement de la nouvelle organisation, une Table Ronde des Bailleurs de Fonds a été organisée à Genève les 29 et 30 avril 1997 sous l'égide du PNUD. Elle a enregistré plusieurs annonces de contributions :

- France : 4 milliards F CFA dont 2 milliards versés le 17/01/1998 ;
- Japon : 500 000 £ U.S. ;
- Belgique : 1 000 000 \$ U.S.
- Union Européenne : 1 milliard F CFA pour le financement d'activités spécifiques des institutions de l'OHADA ;
- PNUD : 1 000 000 \$ U.S. pour l'assistance technique aux institutions de l'OHADA.

Soit un montant total d'environ 6,5 milliards F CFA¹³⁴.

Les fonds ainsi réunis ont servi au lancement des activités de la nouvelle Organisation ; mais ils sont arrivés à épuisement en 2004. Aussi, pour ne pas pénaliser lesdites activités et pour assurer à l'Organisation des ressources sûres et régulières, le Conseil Extraordinaire des Ministres des Finances et de la Justice de l'OHADA, réuni à Libreville (Gabon) les 17 et 18 octobre 2003 à l'occasion du 10^{ème} anniversaire du Traité OHADA, a décidé d'instituer une taxe constituée par un prélèvement direct au cordon douanier de chaque Etat membre, taxe dite « Prélèvement OHADA » dont le montant est fixé à 0,05 % du montant des importations de produits originaires de pays tiers mis à la consommation dans les Etats membres. Les Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OHADA, réunis à Québec le 17 octobre 2008, ont adopté la déclaration dont la teneur suit : « Les ministres chargés des finances des Etats membres de l'OHADA ont mandat de prendre toutes les dispositions utiles pour l'application effective du mécanisme de financement autonome de l'OHADA découlant du Règlement no 002/2003/CM du 18 octobre 2003 relatif au mécanisme de financement autonome de l'OHADA et ce, à compter du 1^{er} janvier 2009 ».

Ce nouveau mécanisme de financement permet de doter l'OHADA de ressources plus sûres que celles qui dépendent des cotisations des Etats parties.

CONCLUSION

Depuis le 17 octobre 1993 une nouvelle organisation africaine est née ; elle s'est attelée à l'unification du droit des affaires dans les Etats membres. A cet effet, plusieurs Actes Uniformes ont été adoptés et sont entrés en vigueur, d'autres le seront, sans doute, dans les mois à venir. Ce nouvel ensemble de règles constitue un droit des activités économiques qui fait désormais partie du corpus juridique de

chacun des Etats membres. Il appartient désormais aux praticiens du droit (les Magistrats comme les Avocats ou les Notaires) et aux opérateurs économiques de rendre effective l'intégration juridique du droit des affaires dans l'espace OHADA. Il appartient également aux Etats de veiller à l'application effective du nouveau droit des affaires.

Comme l'écrivait G.TATY¹³⁵, pour assurer l'efficacité du Traité un certain nombre de mesures semblent nécessaires ; il s'agit notamment de :

1- La mise en place d'une commission d'harmonisation dans chaque Etat partie. A cet égard, la commission mise en place au Niger est une commission ad - hoc, dont le rôle consiste essentiellement à apprécier les projets d'Actes Uniformes qui lui sont soumis ; dès lors elle nous semble mal indiquée pour la diffusion du nouveau droit.

2- La maîtrise de l'environnement juridique régional grâce à un enseignement adapté. Il s'agit là d'une des mesures les plus efficaces pour assurer la diffusion du droit harmonisé. A cet effet, aussi bien dans les Ecoles professionnelles que dans les Universités, les programmes du droit devront être révisés et le contenu des cours doit être axé sur le droit harmonisé. Les responsables desdits établissements doivent veiller à l'adaptation effective des programmes et cours faute de quoi ils dispenseraient un enseignement dont le contenu n'est plus adapté. Pour l'harmonisation des programmes d'enseignement, l'ERSUMA pourrait jouer un rôle important.

3- La mise en place dans chaque Etat, d'associations regroupant des professionnels du droit. A cet égard, des associations et/ou clubs OHADA ont été créés dans la plupart des Etats parties et dans des Etats tiers. Il est essentiel que ces clubs soient opérationnels afin d'organiser ou d'encadrer la diffusion du droit harmonisé. Ces clubs ou associations doivent réunir aussi bien des praticiens du droit que des opérateurs économiques, d'une part, ils doivent être des centres de débats sur toutes les questions touchant au droit des affaires, d'autre part.

4- La création dans chaque Ministère de la Justice, dans les Etats parties, d'un service des affaires internationales, dont le rôle sera, entre autres, le suivi de l'élaboration et de l'application du droit harmonisé.

5- Pour faciliter la réception du droit communautaire et sa cohérence avec le droit interne, l'implication des seules commissions ad - hoc nationales ne nous paraît pas suffisante. En effet, il est souhaitable que les Assemblées Nationales et les Chambres de Commerce, soient étroitement associées à l'élaboration des textes.

6- Enfin, les Magistrats devront désormais fonder toutes leurs décisions relatives au droit des affaires, sur le droit harmonisé, d'une part, et, d'autre part, les Avocats devront tirer leurs arguments dudit droit pour assurer la défense de leurs clients.

Cet ensemble de mesures concerne essentiellement la diffusion du droit harmonisé aux plans interne et régional ; ces mesures peuvent être complétées par d'autres actions qui offriront l'avantage de faire connaître ce droit tant dans l'espace OHADA que sur le plan international. Il s'agit notamment :

1- du rôle que jouent les juristes par la publication d'articles dans la presse spécialisée. Ainsi se constituera une doctrine du droit des affaires de l'OHADA qui facilitera sa connaissance par tous, investisseurs et professionnels du droit ;

2- du rôle que joue l'Association par l'Unification du Droit en Afrique (UNIDA)¹³⁶ par la publication et la diffusion du droit uniforme. Il faudra saluer le rôle déterminant que joue cette association pour faire connaître le nouveau droit des affaires en Afrique et pour mobiliser les fonds privés à cet effet¹³⁷.

Finalement, s'il est vrai que les Actes Uniformes permettent de solutionner, en partie, le problème de l'éparpillement du droit des affaires dans chacun des Etats membres de l'OHADA, il est tout aussi vrai que cet éparpillement demeure encore une réalité. En effet, dans chacun des Etats parties, les Actes Uniformes ne sont pas les seuls textes applicables au droit des affaires ; il existe divers autres textes de droit interne¹³⁸ dont les dispositions ne sont pas incompatibles avec celles des Actes Uniformes, d'une part, et, d'autre part, sont également applicables les textes relatifs aux sanctions pénales en particulier. Enfin chacun desdits Etats a souscrit à des conventions régionales et/ou internationales qui concernent les matières du droit des affaires.

En considération de ce qui précède chaque Etat partie, outre qu'il devra légiférer pour combler les vides juridiques, doit envisager l'élaboration d'un recueil des textes applicables au droit des affaires. Ce recueil constituera un outil précieux pour les professionnels du droit et les opérateurs économiques ; il contiendrait l'ensemble des textes applicables à la matière. Alors sera résolu le problème de l'éparpillement des textes ; la codification permettra de régler le problème de la connaissance de la règle de droit applicable en cas de litige.

SIGLES ET ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
A.U.	Actes Uniformes
AU/DA	Acte Uniforme sur le Droit de l'Arbitrage
AU/DSC/GIE	Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du GIE
AU/DCG	Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général
AU/DS	Acte Uniforme relatif au Droit des Sûretés
AU/PCAP	Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif
AU/PSR/VE	Acte Uniforme sur les Procédures Simplifiées de Recouvrement et les Voies d'Exécution
BAD	Banque Africaine de Développement
BAMREL	Bureau Africain et Mauricien de Recherches et d'Etudes législatives

CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CEA	Communauté Economique Africaine
CEAO	Communauté Economique de l'Afrique de l'Ouest
CEDEAO	Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CEE	Communauté Economique Européenne
CEMAC	Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale
CER	Communauté Economique Régionale
CIMA	Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances
CIPRES	Conférence Interafricaine de Prévoyance Sociale
C.M	Conseil des Ministres
ERSUMA	Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
F CFA	Franc de la Communauté Financière Africaine
GEPGL	Communauté Economique des Pays des Grands Lacs
GIE	Groupement d'Intérêt Economique
G.P	Gazette du Palais
JAÉ	Jeune Afrique Economie
J.O.R.N.	Journal Officiel de la République du Niger
OCAM	Organisation Commune Africaine et Malgache
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
PAL	Plan d'Action de Lagos
PNUD	Programme des Nations Unies pour le Développement
PRN	Présidence de la République du Niger
RA	Règlement d'Arbitrage
R.C.A.	République Centre Africaine
Rev.	Revue
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
U.A.M.	Union Africaine et Mauricienne
U.E.	Union Européenne
UEMOA	Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest.
UDEAC	Union Economique et Douanière de l'Afrique Centrale
U.M.A	Union du Maghreb Arabe
UNIDA	Association pour l'Unification du Droit en Afrique
ZLE	Zone de Libre Echange

* ALHOUSSEINI MOULOUL, profesor la Universitatea Niamey din Niger, ambasador al Republicii Niger în Egipt ; mouloul@hotmail.com

¹ Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original », La Semaine Juridique n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément no 5, pp 1 – 5.

² Joseph ISSA-SAYEGH, Jacqueline LOHOUES-OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, Ed. BRUYLANT – JURISCOPE, 2002, p. 5 et 6.

- ³ L'UMA ; la CEDEAO et l'UEMOA pour l'Afrique de l'Ouest ; la GEPGL et la CEMAC pour l'Afrique Centrale, etc.
- ⁴ Droit du Travail, droit des assurances, droit bancaire, droit de la propriété intellectuelle, etc.
- ⁵ Sur ce processus, voir Alhousseini MOULOUL, Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger, Thèse de Doctorat (Université de Paris I Panthéon – Sorbonne), LGDJ – EJA, mars 2005, pp. 13 – 20.
- ⁶ Voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 87, note n° 7.
- ⁷ Voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 87, notes 4 et 5.
- ⁸ Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », La Semaine Juridique n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément n° 5, pp 5 – 11.
- ⁹ In synthèse des travaux du séminaire sur l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats africains de la zone franc. P. 14 et 15. Abidjan du 19 au 20/04/1993 ; à propos de la nécessité de l'harmonisation, voir aussi : Joseph ISSA SAYEGH "l'intégration juridique des Etats africains de la Zone Franc", Revue Penant n°823 Janvier –Avril 1997, p. 5 et suiv.
- ¹⁰ In synthèse des travaux du séminaire d'Abidjan, p. 18.
- ¹¹ M. Kirsch « Historique de l'OHADA », Revue Penant n° spécial OHADA n° 827 mai – Août 1998 pp. 129.
- ¹² Sur la législation applicable au droit des affaires dans les Etats africains francophones au moment des indépendances, voir : Georges MEISSONNIER et Jean Claude GAUTRON, « Analyse de la législation africaine en matière de droit des sociétés » RJPIC 1976 n° 3 pp. 331.
- ¹³ Philippe TGER, Que sais-je ? « Le droit des affaires en Afrique – OHADA ». Ed. PUF, nov. 1999 P. 2.
- ¹⁴ Philippe TIGER, op. cit. p. 24.
- ¹⁵ Le Sahel, n° 5565 du Mercredi 10/06/1998 p.2.
- ¹⁶ V. Kéba MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », op cit.
- ¹⁷ Voir M. KIRSCH, supra p. 1.
- ¹⁸ Avant l'entrée en vigueur des Actes Uniformes.
- ¹⁹ Dans ce sens voir E. CEREXHE, op. cit. p. 45
- ²⁰ Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA – Un droit très important et original », op cit.
- ²¹ Gilles CISTAC, « L'intégration juridique dans « tous » ses états : SADC et OHADA », op cit.
- ²² François GAULME, « L'intégration régionale dans le cadre de la Zone Franc : un mouvement prometteur », Marchés tropicaux du 15/11/1991.
- ²³ Voir Alhousseini MOULOUL, « L'intégration juridique des Etats de la SADC et les perspectives d'adoption du droit des affaires de l'OHADA pour l'assainissement de l'environnement juridique des affaires », Actes de la « Première Conférence internationale sur les questions de l'intégration régionale et le droit de la SADC », Université Eduardo Mondlane du Mozambique, Maputo du 23 au 25 avril 2008 ; Adde Gilles CISTAC,

- « L'intégration régionale dans « tous » ses états : SADC et OHADA », Actes de la « Conférence internationale sur l'harmonisation du droit commercial et ses avantages sur les investissements Chinois en Afrique », Université de Macao, Faculté de Droit, Macao le 27 novembre 2007.
- ²⁴ Afrique Australe, Afrique Centrale, Afrique de l'Est, Afrique du Nord et Afrique de l'Ouest.
- ²⁵ Pr. Joseph ISSA-SAYEGH « L'intégration juridique des Etats Africains de la zone franc », Revue PENANT n° 823 Janvier – Avril 1997 pp. 5.
- ²⁶ E. CEREXHE, "Problématique de l'entreprise et de l'harmonisation du droit des sociétés", RJPIC. 1978 n°1
- ²⁷ Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA – Un droit très important et original », La Semaine Juridique, no 44 du 28 octobre 2004, Supplément no 5, pp 1 – 5. Adde Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA- Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 86.
- ²⁸ Gilles CISTAC, « L'intégration juridique dans « tous » ses états : SADC et OHADA », Actes de la Conférence Internationale sur « L'harmonisation du droit commercial et ses avantages sur les investissements Chinois en Afrique », Université de Macao, Faculté de droit, le 27 novembre 2007.
- ²⁹ Yves GUYON, « Conclusion », in Petites Affiches no205 du 13 octobre 2004, pp 59-63.
- ³⁰ Voir Philippe TIGER, Que sais-je ? Le droit des affaires en Afrique, Editions PUF, juillet 2001, pp 12 – 18.
- ³¹ In Revue PENANT n° 827, Mai – Août 1998, p. 126 et suiv., N° Spécial OHADA. Adde Alhousseini MOULOUL, Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger, op cit, p 12 et 13.
- ³² Ibidem. Voir aussi : Kéba M'BAYE, in synthèse des travaux du séminaire d'Abidjan, pp. 14 et 15.
- ³³ Sur ces aspects voir : Philippe TIGER, Que sais-je ? « Le Droit des Affaires en Afrique OHADA », Ed. PUF, Nov. 1999, p. 15 et 16.
- ³⁴ Voir aussi infra, communiqué final de la réunion des Chefs d'Etat tenue à Dakar les 5 et 6/10/1992.
- Le projet a été réalisé en moins de quatre ans et des associations et clubs OHADA ont été créés dans de nombreux pays membres.
- ³⁵ Voir infra.
- ³⁶ Notamment : la CEE, les Etats Unis, le Commonwealth, l'ALENA, le MERCOSUR.
- ³⁷ Président : M.K. M'BAYE ; membres : Martin KIRSCH, Conseiller Honoraire de la Cour de cassation française, Avocat au Barreau de Paris, et Michel GENTOT, Président de la section du contentieux au conseil d'Etat français.
- ³⁸ Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo (Brazza), Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.
- ³⁹ La Guinée - Conakry et la Guinée - Bissau.
- ⁴⁰ Pour la chronologie complète, voir Alhousseini MOULOUL, Comprendre l'OHADA, Annexe I, Editions NIN Avril 2000.

- ⁴¹ Sur la définition du droit des affaires voir Henri - Désiré MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », p 2, www.ohada.com. Sur le domaine du droit des affaires et les controverses qu'il suscite, voir Henri – Désiré MODI KOKO BABEY, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du droit », p 2 et pp 13 – 15. www.ohada.com
- ⁴² Voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 198.
- ⁴³ Voir Me Kéba MBAYE, « L'historique et les objectifs de l'OHADA », Petites Affiches, n° 205, du 13 octobre 2004, pp 4-7. Adde Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original », op cit ;
- Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », La Semaine Juridique n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément no 5, pp 5 – 9.
- ⁴⁴ V. Kéba MBAYE, « L'historique et les objectifs de l'OHADA », op cit.
- ⁴⁵ Jean PAILLUSSEAU, « L'Acte Uniforme sur le droit des sociétés », Petites Affiches, n° 205 du 13 octobre 2004, pp 19-29.
- ⁴⁶ Voir en ce sens Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA – Un droit très important et original », op cit.
- ⁴⁷ Sur cette ouverture, voir Alhousseini MOULOUL, « L'intégration juridique des Etats de la S. A. D. C. et les perspectives d'adoption du droit des affaires de l'OHADA pour l'assainissement de l'environnement des affaires », Actes de la Conférence Internationale sur les questions de l'intégration régionale et le droit de la SADC », Université Eduardo Mondlane du Mozambique, Maputo du 23 au 25 avril 2008. Adde Gilles CISTAC, « L'intégration régionale dans « tous » ses états : SADC et OHADA », op cit.
- ⁴⁸ Art. 42 du Traité révisé.
- ⁴⁹ Art. 57 du Traité.
- ⁵⁰ En Rép. Du Niger la loi n° 95-006 du 4/4/1995 (publiée au JORN du 15/04/1995 p. 341) autorise le PRN à ratifier le Traité portant création de l'OHADA.
- ⁵¹ Art. 54 du Traité.
- ⁵² Art. 62 al.1 du Traité.
- ⁵³ V. Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », op cit.
- ⁵⁴ Voir articles 61 et 63 du Traité révisé.
- ⁵⁵ Joseph ISSA – SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc », Revue. PENANT n° 823 janvier – avril 1997, p. 5 et suiv. Adde Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA, Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 92.
- ⁵⁶ In synthèse des travaux du séminaire d'Abidjan, p. 20.
- ⁵⁷ G. KENFACK DOUAJANI, « L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA », Revue PENANT n° 830, Mai – Août 1999, p.125 et suiv. Adde Henri – Désiré MODI KOKO BEBEY, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du droit », op cit, pp 13 – 15.

- ⁵⁸ G. TATY, « Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la zone franc », Revue PENANT n° 830, Mai –Août 1999, p. 227 et suiv. Adde Yves GUYON, « Conclusion », Petites Affiches n° 205 du 13 octobre 2004, pp 59-63 ; Jean PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA : un droit très important et original », La Semaine Juridique, n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément no 5, pp 1 – 5.
- ⁵⁹ In « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », op cit.
- ⁶⁰ Sur cette procédure, voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES - OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 279 à 288, pp 123-126.
- ⁶¹ Au Niger, l'arrêté n°15/MJ du 1^{er}/04/1993 porte création et composition d'une commission nationale ad - hoc chargée de l'harmonisation du droit des affaires dans la Zone Franc. Aux termes de l'article 2 de cet arrêté la commission est présidée par le vice-président de la Cour d'Appel et comprend 5 autres membres. Cet article fut modifié par un autre arrêté (n°21/MJ/GS/SG) du 11/06/1993 qui, lui même a été modifié par l'arrêté n°27/MJ//GS du 2/08/1995. Aux termes de l'article 2 de ce nouvel arrêté, la commission ad - hoc est présidée par le secrétaire général du Ministère de la Justice et comprend huit (8) membres dont un vice-président représentant le Ministère des Finances et du Plan.
- ⁶² **Bamako (Mali) les 11 et 17 octobre 1995** : Session des Commissions Nationales pour l'adoption du projet d'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et le Groupement d'Intérêt Economique (AU/DSC/GIE). **Dakar (Sénégal), les 11 et 16 décembre 1995** : Session des Commissions Nationales pour l'examen des avants projets d'Actes Uniformes sur les Sûretés, les Voies d'Exécution, le Droit Comptable : Adoption de ces textes.
- ⁶³ Sur l'élaboration des Actes Uniformes voir Jacqueline LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », RIDC-3 – 1999, p. 542 et suiv.
- ⁶⁴ En ce sens voir G.KENFACK DOUAJNI, op. cit
- ⁶⁵ Article 9 du Traité.
- ⁶⁶ Voir Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », op cit.
- ⁶⁷ Article 10 du Traité
- ⁶⁸ Georges A. CAVALIER, « L'environnement juridique des affaires en Afrique noire francophone », contribution à la Conférence Internationale sur « l'harmonisation du droit commercial en Afrique et ses avantages pour les investissements Chinois en Afrique », Université de Macao, le 27 novembre 2007.
- ⁶⁹ Voir en ce sens Gaston KENFACK DOUAJNI op. cit. . Adde Philippe TIGER, op. cit. p. 32.
- ⁷⁰ Avis no 001/2001 PC, séance du 30 avril 2001.
- ⁷¹ Sur la « supra constitutionnalité » du droit communautaire, voir Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA, op cit.
- ⁷² Voir article 52 al 1^{er} et article 116 du Traité OHADA.
- ⁷³ In Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA, op cit.
- ⁷⁴ Op cit.
- ⁷⁵ Ibidem.
- ⁷⁶ Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA, op cit.
- ⁷⁷ Voir Filiga Michel SAWADOGO et Luc Marius IBRIGA, op cit.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ V. Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », op cit.

⁸⁰ Art. 27/1 du Traité révisé.

⁸¹ Art. 27/1 du Traité révisé.

⁸² Art. 27/2 al 4 du Traité révisé.

⁸³ Cotonou (Bénin), le 17 avril 1997 : Réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA : adoption des projets d'A. U. (AU/DSC/GIE, AU/DCG, AU/DS) et du Règlement de Procédure de la CCJA. Le 1^{er} octobre 1997 : Publication au J.O. de l'OHADA des A.U. suivants : AU/DCG, AU/DSC/GIE, AU/DS ; le 1^{er} janvier 1998 : entrée en vigueur des A.U. ci-dessus.

Lomé (Togo), le 30 janvier 1998 : réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA : adoption des textes datés du 30/1/1998 ci-après :

- le Règlement Financier des institutions de l'OHADA ;
- le Règlement portant statut des fonctionnaires de l'OHADA ;
- Règlement portant réforme applicable au personnel non permanent de l'OHADA.

Libreville (Gabon), le 10 Avril 1998 : réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA qui prend plusieurs décisions : adoption de deux A.U. (l'AU/PCAP et l'AU/PSR/VE) ; création d'un Comité de Concertation et de Suivi (CCS) ; fixation du siège de L'ERSUMA à Porto-Novo (Bénin). Le 10 juillet 1998 : entrée en vigueur de l'AU/PSR/VE et le 1^{er} janvier 1999 : entrée en vigueur de l'A. U. /PCAP.

Ouagadougou (Burkina Faso), les 11 et 12 mars 1999 : réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA : adoption de l'A. U. sur le Droit de l'Arbitrage (AU/DA) et des décisions sur les frais d'arbitrage (décision n° 004/99/CM du 12/03/1999). Le 11 juin 1999 : Entrée en vigueur de l'A. U. / D. A.

Yaoundé (Cameroun), le 24 mars 2000, adoption de l'A. U. portant Droit Comptable de l'OHADA. Sur l'exclusion des Parlements nationaux de cette procédure, voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES- OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, n° 287 et 288, p. 125 et 126.

⁸⁴ Pour les dates et les lieux d'adoption des Actes, voir supra.

⁸⁵ A cet A. U. est annexé le Système Comptable de l'OHADA (le SYSCOHADA).

⁸⁶ Adresse : B.P 10071 Yaoundé (Cameroun). Tél. (237) 22 21 09 05 ; Fax. (237) 22 21 67 45 ; www.ohada.org

⁸⁷ Pour les attributions du Secrétaire Permanent, voir aussi les arts. 6, 7, 11, 29, 40 et 61 du Traité.

⁸⁸ Les matières suivantes ont été retenues : le droit des sociétés ; le droit commercial général ; le droit des transports ; le droit de la vente de marchandises ; le droit des procédures collectives ; le droit des sûretés ; le droit du recouvrement des créances ; le droit de l'arbitrage. Le droit du travail a été ajouté à la demande des chefs d'Etat et des opérateurs économiques.

⁸⁹ Décision no 002/2001/CM relative au programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

⁹⁰ Il s'agit : du droit bancaire, du droit de la propriété intellectuelle, du droit des sociétés coopératives et mutualistes, du droit des sociétés civiles, du droit de la concurrence, du droit des contrats et du droit de la preuve ; voir à cet égard : Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'Uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », op cit.

- ⁹¹ M. KIRSCH, Penant n° 827 op. cit
- ⁹² Voir Joseph ISSA – SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, no 390 à 582, pp 163 – 222.
- ⁹³ Sur les dépens voir Art. 43 du Règlement de Procédure de la CCJA.
- ⁹⁴ Adresse : (01) B.P 8702 Abidjan (01) Côte d'Ivoire ; Tél. : (225) 20 33 60 51/52 ; fax : (225) 20 33 60 53 ; www.ohada.org
- ⁹⁵ Abidjan (Côte d'Ivoire), le 22 juillet 1996 : mise en place de la CCJA ;
Le 4 avril 1997 : installation officielle de la CCJA
Abidjan (Côte d'Ivoire), du 4 au 10 avril 1997 : Première session de la CCJA. ; approbation de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général.
- ⁹⁶ Gilles CISTAC, « L'intégration juridique dans « tous » ses états : SADC et OHADA », op cit.
- ⁹⁷ Art. 31 al 1 du Traité révisé.
- ⁹⁸ Art. 31 al 2 du Traité révisé.
- ⁹⁹ Sur les conditions d'éligibilité : voir Etienne NSIE, « la CCJA », Penant n° 828, septembre-décembre 1998 p. 308 et suiv.
- ¹⁰⁰ Art. 31 / 1° du Traité révisé.
- ¹⁰¹ L'élection des membres de la Cour se déroule conformément aux articles 1^{er} et suivants du Règlement de Procédure de la CCJA.
- ¹⁰² Art. 31/3 du Traité révisé.
- ¹⁰³ Cette procédure est identique à la procédure de nomination.
- ¹⁰⁴ Les élections se déroulent conformément aux articles 37 et 38 du Traité et 6, 7 et 8 du Règlement de Procédure.
- ¹⁰⁵ Art 39 al 2 du Traité révisé.
- ¹⁰⁶ Sur les nominations et les fonctions du Greffier en Chef : voir article 39 du Traité et 10 à 18 du Règlement de Procédure.
- ¹⁰⁷ Il s'agit ici d'un exposé sommaire des principes généraux de cette procédure. Celle-ci est essentiellement décrite par les articles 13 et suivants du Traité et par les articles 23 et suivants du Règlement de Procédure.
- ¹⁰⁸ Art. 14 al.3 du Traité
- ¹⁰⁹ Art. 15 du Traité
- ¹¹⁰ Tristan Gervais de LAFOND, « Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », G. P. des 20 et 21/09/1995 p.2.
- ¹¹¹ Ibidem. En ce sens voir aussi Gaston KENFACK DOUAJNI, op.cit.
- ¹¹² Art. 26 du Règlement de Procédure de la CCJA.
- ¹¹³ Sur ces deux procédures : voir articles 27 et suivants du Règlement de Procédure.
- ¹¹⁴ En ce sens voir G. KENFACK DOUAJNI, op. cit. ; voir aussi Etienne NSIE, op. cit.
- ¹¹⁵ Voir Philippe TIGER, op. cit. p. 40.
- ¹¹⁶ Sur ces procédures voir articles 47 et suivants du Règlement de Procédure.
- ¹¹⁷ Article 58 du Règlement de Procédure de la CCJA.
- ¹¹⁸ V. Allocution de Mme le Garde des Sceaux du Gabon à la réunion des bailleurs de fonds, Libreville le 27 juin 2003.

- ¹¹⁹ Sur les procédures devant la CCJA : voir Etienne NSIE, op. cit. Adde Jacqueline LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », RIDC-3, 1999, p. 543 et suiv. ; Philippe FOUCHARD, « Le système d'arbitrage de l'OHADA : le démarrage », Petites Affiches no 205 du 13 octobre 2004, pp 52-58 ; Nanette PILKINGTON et Sébastien THOUVENOT, « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », La Semaine Juridique n° 44 du 28 octobre 2004, Supplément no 5, pp 28 – 35.
- ¹²⁰ Notamment : le Togo, la Côte d'Ivoire, le Sénégal, le Cameroun.
- ¹²¹ Sur la comparaison des deux systèmes, voir Nanette PILKINGTON et Sébastien THOUVENOT, « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », op cit.
- ¹²² Sur la procédure d'arbitrage : voir l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage (AU/DA) et le Règlement d'Arbitrage de la CCJA ; Adde Jacqueline LOHOUES-OBLE, op. cit. ; Philippe LEBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Revue de l'Arbitrage 1999 n° 3, p. 541 ; Etienne NSIE, op. cit.
- ¹²³ Cf. Article 2-2 et article 3 du Règlement d'Arbitrage de la CCJA.
- ¹²⁴ Sur cette procédure voir l'article 4 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.
- ¹²⁵ Article 23-1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.
- ¹²⁶ Sur les frais d'arbitrage, voir art 24 du Règlement d'arbitrage.
- ¹²⁷ Article 23-2 du Règlement d'arbitrage.
- ¹²⁸ Voir articles 24 et 25 du Traité ; voir aussi articles 29, 30 et 31 du Règlement d'arbitrage. L'exécution est accordée par ordonnance du Président de la CCJA ou du juge qu'il délègue à cet effet ; cette ordonnance est susceptible d'opposition dans un délai de 15 jours à dater de son prononcé.
- ¹²⁹ Voir Joseph ISSA- SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA – Harmonisation du droit des affaires, op cit, no 492, p 198 et 199.
- ¹³⁰ Adresse : 02 B.P 353 Porto Novo (Bénin). Tél : (229) 20 24 58 04 ; fax : (229) 20 24 82 82 ; www.ohada.org / www.ersuma.bj.refer.org
- ¹³¹ Sur ces organes, voir Joseph ISSA –SAYEGH, Jacqueline LOHOUES – OBLE, OHADA- Harmonisation du droit des affaires, op cit, no 374 à 389, pp 159 – 163.
- ¹³² In Actes du séminaire p. 32.
- ¹³³ Voir Actes du séminaire p. 28.
- ¹³⁴ Au taux de 1\$ U.S. = 600 F CFA.
- ¹³⁵ Georges TATY, « Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la zone franc », Revue PENANT no 830, Mai - Août 1999, p. 227 et suiv.
- ¹³⁶ l'UNIDA, créée en janvier 1998, a été placée sous la présidence de Me Kéba M'BAYE. Elle est aujourd'hui présidée par le Juge Seydou BA. Adresse : 7, av. de Ségur, 75007 Paris. Tél/Fax (33) 1.53 59 96 05, E- mail : unida@wanadoo.fr
- ¹³⁷ A cet égard voir Jeanne TIETCHEU, « vulgariser les textes de l'OHADA », JAE du 30 mars au 12 avril 1998, p. 57.
- ¹³⁸ D'autres textes seront certainement adoptés dans chacun de ces Etats.

TEZE DE DOCTORAT SUSTINUTE - IUNIE-DECEMBRIE 2009

Thèses soutenues - résumés (juin-décembre 2009)

Stelian Ioan VIDU

LE DROIT DE RÉTENTION DANS LES RAPPORTS JURIDIQUES CIVILES

directeur de thèse : prof.dr. Liviu Pop

Malgré une longue évolution historique, le droit de rétention se présente aujourd'hui comme une institution à des contours imprécis.

A cette situation a pleinement contribué une législation à laquelle on reproche de ne pas comprendre des dispositions qui puissent contourner le cadre général d'application du droit de rétention. L'actuel Code civil roumain ainsi que les autres documents normatifs incidents de la matière analysée se résument à contenir des dispositions isolées qui se constituent en cas pratiques d'application du droit de rétention.

Les textes des lois applicables à la rétention ont laissé donc sans réponse des questions telles que : Quels sont le fondement et le domaine d'application du droit de rétention? Quelles sont les conditions de sa reconnaissance? Quels sont les prérogatives du rétenteur? Quelle est sa nature juridique? Quelles sont les modalités d'éteindre le droit de rétention?

Les impératifs de l'application du droit de rétention des diverses situations issues dans la pratique judiciaire a réclamé une réponse aux questions mentionnées. Ce rôle a été assumé par la doctrine et par la jurisprudence, mais, sur le fond des déficiences législatives signalées, les solutions offertes ont été des plus diverses et, assez souvent, antagoniques.

Bref, ce sont les prémices de notre démarche.

Nous avons abordé la problématique du droit de rétention de deux perspectives. D'un côté, nous avons compris à nous occuper des aspects généraux qui concernent la rétention (Titre I) et de l'autre, nous en avons analysé les applications spéciales dans le cadre des différentes matières du droit civil (Titre II), ce qui a mené à l'organisation de la thèse en deux unités structurales principales.

En même temps, dès l'entrée en vigueur du nouveau Code civil¹, le droit de rétention bénéficiera d'une réglementation générale ainsi que de dispositions spéciales applicables à certaines matières, d'après le modèle du Code civil actuel.

La présence de ce double plan législatif, constitué, d'un côté, par la réglementation actuelle, et, de l'autre des nouvelles dispositions applicables à la rétention, retrouvées dans le nouveau Code civil, n'a pas pu être ignorée dans

l'élaboration de notre thèse. Nous avons abordé l'institution du droit de rétention par rapport, en premier lieu, aux textes en vigueur, en faisant toujours référence aux dispositions du nouveau Code civil.

Nous avons décidé que l'analyse des aspects généraux commence par la délimitation du fondement et du domaine d'application du droit de rétention (chapitre I). Seulement dans la mesure où les coordonnées de la rétention ont été bien contournées, nous nous sommes occupés des autres aspects de nature à compléter l'image de l'institution analysée. Nous avons donc centré notre attention sur la définition et les conditions de la naissance du droit de rétention (chapitre II), la nature juridique (chapitre III) ainsi que l'extinction du droit de rétention (chapitre IV). Enfin, nous nous sommes occupés du problème de la constitution du droit de rétention par voie conventionnelle (chapitre V).

Sous le premier aspect analysé, nous avons constaté que dans une conception majoritaire le droit de rétention est vu comme une institution unitaire, qui retrouve son fondement dans l'existence d'une connexité matérielle ou juridique entre la créance et l'objet. Les prémices de ce point de vue sont représentées par le fait que le concept de connexité lui-même est abordé d'une manière unitaire. Quoiqu'il s'agisse d'une connexité matérielle ou juridique, elles sont regardées en tant que manifestations d'un et du même lien. Cette manière d'aborder le rapport entre la créance et l'objet, qui fait abstraction des particularités de chaque forme de connexité, a mené, inévitablement, à caractériser la rétention comme une institution de type monolithique. Proprement dit, un seul fondement ne peut justifier qu'un seul droit de rétention.

Conformément à un autre point de vue, récemment exprimé dans la littérature de spécialité, le droit de rétention ne peut pas être regardé comme une institution unitaire. A l'appui de cette opinion on est parti de l'observation qu'en réalité, la connexité matérielle et juridique décrit des liens hétérogènes. A ce sens on a démontré qu'il y a deux différences essentielles.

D'abord, les éléments composants de chaque rapport sont différents. La connexité juridique unit deux obligations réciproques, tandis que la connexité matérielle concerne un bien et une obligation.

Ensuite, même la nature du lien qui unit les deux éléments est fondamentalement différente.

La connexité juridique existe lorsque la créance garantie et l'obligation de restitution du bien ont une origine commune, elles provenant du même rapport juridique. C'est pour cette raison qu'elle a été caractérisée comme un lien de « similitude d'origine ».

La connexité matérielle suppose un lien entre la créance du créancier rétenteur et l'objet. Ce dernier précède et se trouve à l'origine de la créance, dans le sens que, occasionné par le fait de la détention du bien ont été effectuées les dépenses qui justifient la qualité de créancier de celui qui prétend la reconnaissance d'un droit de rétention. L'existence, donc, d'un des deux éléments du rapport, dépend de celle de l'autre. C'est pour ces raisons on a soutenu que dans la situation

analysé on se trouverait en présence d'un lien de « dépendance d'un élément de l'autre ».

Parce que la connexité ne désigne pas un seul lien, mais plusieurs, chacun se constitue comme un fondement distinct de la rétention. Or, deux fondements différents, identifiés dans la connexité matérielle et juridique, réclament nécessairement l'existence de deux droits de rétention distincts, ayant une nature juridique différente.

En ce qui nous concerne, nous nous sommes attachés au dernier point de vue présenté qui soutient notre option à plusieurs égards.

Les différences profondes qui existent entre la connexité matérielle et juridique représentent un fait incontestable. De cette perspective, la connexité ne peut plus être regardée comme un seul lien. Au contraire, elle se constitue en tant qu'un ensemble de plusieurs rapports hétérogènes. Dans ces conditions, il est difficile d'accepter que les deux types de connexité puissent expliquer le même droit de rétention.

D'ailleurs, la prétendue unité de la rétention suppose aussi l'application du même régime juridique de certains mécanismes qui réclament des modalités différentes d'aborder. Il est difficile à accepter que l'opposabilité de la rétention envers quiconque invoque un droit propre sur le bien grevé pourrait être attribué dans la situation dans laquelle elle puisse se fonder sur une connexité juridique. Dans ce cas, le support contractuel de la rétention fait qu'elle soit fortement marquée par le principe de la relativité des effets des conventions.

La seule ressemblance entre les deux constructions juridiques qui ont leur fondement dans la connexité matérielle et juridique, consiste en le fait qu'elles confèrent au créateur le pouvoir de retenir un bien du débiteur jusqu'à la réalisation de la propre créance. Or, ce fait est insuffisant pour assurer l'unité du droit de rétention.

Ayant comme point de départ le fait que la rétention ne peut plus être regardée comme une institution unitaire, nous avons tenté d'établir lequel des deux mécanismes devraient être cantonnés dans le périmètre du droit de rétention.

C'est ainsi que dans la situation de la connexité juridique, le droit de rétention n'est qu'une expression de l'exception d'inexécution, solution pour laquelle plaident les similitudes qui visent leur fonctionnement, l'identité du fondement, le domaine commun d'application, mais, surtout, la circonstance qu'elles représentent le même mécanisme de garantie.

Cette observation nous a permis de conclure que le domaine du droit de rétention doit être circonscrit à la connexité matérielle entre la créance et l'objet.

Bien sûr, de cette perspective, même l'utilisation du terme de droit rétention, dans l'hypothèse où le refus de rendre l'objet se constitue en connexité juridique, est contestable. C'est la raison pour laquelle, il s'impose que l'attribution du nom de « droit de rétention » soit associée seulement à l'hypothèse dans laquelle la rétention est fondée sur une connexité matérielle, pour que, le mécanisme basé sur une connexité juridique soit désigné comme étant une exception d'inexécution.

Il faut mentionner que la solution de cantonner le droit de rétention seulement dans la situation de l'existence d'une connexité matérielle entre la créance et l'objet est consacrée par l'art. 2495 du nouveau Code civil. Tout cela résulte clairement du contenu du texte normatif, du moment que le droit de rétention va être reconnu au créancier seulement pour la garantie des frais nécessaires et utiles qu'il a faits pour cet objet, or pour les préjudices que l'objet lui a causés.

Mais nous avons reproché au texte de loi mentionné le fait qu'il ne couvre pas la plage entière des situations où la connexité matérielle peut être identifiée. La limiter seulement à l'hypothèse selon laquelle des frais ont été effectués pour l'objet ou celle selon laquelle l'objet a causé un préjudice au créancier contrevient à l'idée qu'elle se retrouve dans toute autre situation où une créance naît concernant l'objet. Un tel exemple est offert même par le législateur qui, par l'art. 937, alinéa 3 du nouveau Code civil, reconnaît le possesseur de bonne foi du bien volé ou trouvé un droit de rétention jusqu'à ce que le propriétaire revendiquant paie le prix payé lors de l'achat de l'objet. La rétention se base sur la connexité matérielle, car la créance naît par rapport à l'objet, sans que le droit de restitution du prix payé lors de l'achat se souscrive aux situations auxquelles fait référence l'art. 2495 où une créance peut être garantie par un droit de rétention.

C'est la raison pour laquelle nous avons proposé la reformulation de l'article en discussion dans le sens que le droit de rétention soit reconnu à chaque fois que la créance garantie prenne naissance avec l'objet. En ce qui concerne les hypothèses de connexité matérielle que nous avons en vue par le législateur dans l'actuelle réglementation nous avons exprimé l'idée qu'elle pourrait être gardées, mais seulement à titre d'exemple de situations dans lesquelles il y a un tel lien.

Une fois identifiés certainement le fondement et le domaine d'application de la rétention, dans le cadre du deuxième chapitre nous avons tenté d'offrir une définition du droit de rétention et d'identifier les conditions de sa naissance.

Observant ce qui est déjà exprimé dans la doctrine, nous avons défini la rétention que ce droit subjectif civil qui confère à son titulaire - créancier de la dette née en ce qui concerne l'objet et débiteur de l'obligation de restituer ou de rendre l'objet - le pouvoir de retenir et de refuser la restitution d'un objet jusqu'à ce que son débiteur éteigne l'obligation qui est née à sa charge concernant l'objet en question. Cette aptitude implique le rétenteur d'exercer un pouvoir de contrôle sur l'objet, qui n'est pas de nature à assurer pour le créancier un des prérogatives du droit de propriété, la possession, l'usage ou la disposition.

En ce qui concerne la naissance du droit de rétention, elle ne peut pas être conçue en dehors d'une connexité matérielle entre la créance et l'objet. D'après ce qu'on a montré, l'analyse de cette demande indéniable à la constitution de la rétention a été réalisée au cours du premier chapitre, dans les conditions où la connexité est plus qu'une simple condition, mais le fondement même du droit de rétention.

A côté de l'existence d'une telle connexité nous avons montré que la naissance du droit de rétention dépend de l'accomplissement des conditions qui concernent la créance garantie et l'objet grevé.

C'est ainsi que le droit de créance doit être certain, liquide et exigible. En même temps la créance doit être antérieure ou tout au plus simultanée avec le moment de l'entrée de l'objet dans le pouvoir de fait du rétenteur.

En ce qui concerne le bien grevé, il est nécessaire qu'il se trouve dans la détention du créancier rétenteur. Comme une conséquence, l'objet doit avoir une nature corporelle.

Une fois accomplies toutes ces exigences la naissance du droit de rétention est déclenchée.

Parce que c'est un mécanisme dont la naissance produit d'une manière objective, la position subjective du rétenteur est étrangère au processus de constitution du droit de rétention.

Dans ce contexte s'impose la mention que le nouveau Code civil ne se préoccupe pas de l'identification des conditions de naissance du droit de rétention, en se limitant à interdire par l'art. 2496 son application alors que la détention de l'objet provient d'un fait illicite, est abusive ou illégale ou si l'objet n'est pas susceptible de poursuite forcée. En même temps, comme réglé, le législateur interdit au possesseur de mauvaise foi l'invocation du droit de rétention.

Nous avons considéré que le blocage de l'accès du possesseur de mauvaise foi à l'invocation du droit de rétention est le résultat du manque d'observation du mécanisme de constitution de la rétention pour lequel la position subjective de rétenteur est indifférente.

Dans le chapitre III nous avons identifié dans la capacité du rétenteur de refuser de rendre l'objet la seule prérogative que le droit de rétention confère à son titulaire. Mais cette prérogative est en mesure de nous offrir l'image d'une garantie redoutable. L'efficacité de la fonction de garantie dépend de l'unité et de la valeur de l'objet grevé, mais on pourrait dire qu'elle est effectivement assurée par l'opposabilité et par l'indivisibilité du droit de rétention.

Quoique la rétention remplisse sans doute une fonction de garantie, elle ne peut pas être qualifiée comme une sûreté réelle. C'est pour cela que nous avons préféré regarder la rétention comme un droit subjectif civil ayant une fonction de garantie.

En ce qui concerne ses caractères juridiques, nous avons montré que le droit de rétention est réel, légal et accessoire.

Il faut aussi mentionner que l'inopposabilité du droit de rétention envers les créanciers poursuivants de l'objet grevé consacrée par les dispositions du nouveau Code civil, contrevient aux particularités du mécanisme de garantie que le droit de rétention décrit. En même temps il faut dire que l'attribution du droit de rétention du statut de garantie réelle ne répond pas à sa nature spécifique. Sans être une telle garantie, le droit de rétention a la nature juridique d'un droit réel accessoire.

Nous avons montré dans le chapitre IV que l'extinction du droit de rétention peut se faire par voie principale, quand la créance survit à la rétention ou par voie accessoire, comme une conséquence de l'extinction de l'obligation garantie.

L'extinction par voie principale peut être due à la manifestation de la volonté du créancier qui renonce à la rétention, à la disparition matérielle de l'objet grevé ainsi qu'à la déchéance du créancier du droit de rétention à titre de sanction. En ce qui concerne le dessaisissement volontaire du créancier de l'objet grevé et le déclenchement par le créancier rétenteur même de la poursuite forcée pour l'objet détenu, nous avons argumenté qu'ils ne représentent pas autre chose que des formes d'extériorisation tacite du renoncement au droit de rétention.

L'extinction par voie accessoire est la conséquence de l'application de la règle *accessorium sequitur principale* en matière de rétention. Dans ce contexte, nous avons mis en évidence que la prescription extinctive ne peut pas être regardée comme une cause d'extinction du droit de rétention.

Le nouveau Code civil règle deux modalités d'extinction de la rétention.

C'est ainsi que, selon l'art. 2499 alinéas 1 le droit de rétention s'éteint dans l'hypothèse où l'intéressé consigne la somme prétendue ou offre au rétenteur une garantie convenable. Dans les deux situations, disparaît la raison de la reconnaissance du droit de rétention, du moment que la réalisation de la créance du rétenteur peut avoir lieu par la compensation du créancier selon la somme consignée ou par la valorisation de la garantie de constitution en sa faveur.

Conformément à l'art. 2499 alinéas 2 le droit de rétention ne s'éteint pas par la dépossession involontaire du rétenteur de l'objet grevé, lui ayant la possibilité d'en solliciter la restitution. *Per a contrario*, la rétention s'éteint par la remise volontaire de l'objet grevé par le rétenteur.

Rapporté aux modalités d'extinction du droit de rétention déjà individualisées *de lege lata*, la réglementation du nouveau Code civil se présente comme insuffisante.

Il s'impose donc que le texte de loi soit amendé par la prise en considération des autres causes qui déterminent la cessation de la rétention, dans l'idée d'assurer une réglementation complète de l'institution de l'extinction du droit de rétention.

Nous avons montré dans le dernier chapitre que pour garantir une créance on peut reconnaître par voie conventionnelle, même l'absence de toute connexité entre la créance et l'objet, le droit d'un créancier de garder dans ses pouvoirs un objet du débiteur jusqu'à la réalisation de l'obligation garantie. L'absence de la connexité matérielle exclue la caractérisation de ce mécanisme de garantie comme étant un véritable droit de rétention.

La recherche des hypothèses d'application de la rétention dans les différentes matières du droit civil a été réalisée surtout par la présentation des cas qui trouvent une réglementation expresse dans le Code civil (chapitre I) ou dans d'autres documents normatifs (chapitre II). Le droit de rétention trouve son application et au-delà des cas exprès prévus par la loi lorsque toutes les demandes de sa naissance sont rassemblées de manière cumulative. Sous ce dernier aspect, les hypothèses d'application de la rétention sont pratiquement impossibles à inventorier. Malgré tout ça, ayant comme critère la fréquence de leur invocations, mais aussi les problèmes élevés dans la doctrine et dans la jurisprudence, dans le dernier chapitre nous nous sommes occupés de certains cas d'application du droit de rétention en dehors des situations expresses prévues par la loi (chapitre III)

Souvent la doctrine et la jurisprudence ont signalé la présence du droit de rétention même dans l'absence d'une connexité matérielle entre la créance et l'objet. D'habitude, l'existence de la rétention a été associée à ces hypothèses dans lesquelles le refus de rendre l'objet est fondé sur une connexité juridique, quand, en réalité on se retrouve dans la présence de l'exception d'inexécution. Il y a eu d'autres solutions de jurisprudence et de doctrine qui ont reconnu l'incidence de la rétention, même en absence de toute connexité matérielles ou juridiques, ce qui exclue l'application de droit de rétention mais en même temps de l'exception d'inexécution. Notre analyse n'a pas pu ignorer l'existence de ces cas apparents d'application du droit de rétention. C'est en agissant de la sorte nous avons réussi à délimiter clairement le domaine de la rétention, par l'exclusion de sa sphère des hypothèses où le refus de restitution de l'objet se fonde sur la connexité juridique, mais aussi des situations dans lesquelles on a observé son incidence, dans l'absence de toute connexité, soit-elle matérielle ou juridique, entre la créance et l'objet.

En ce qui concerne les cas de réglementation expresse de la rétention dans le Code civil nous avons constaté que seulement l'art. 771 C. civ., art. 1619 C.civ. et art. 1910 C. civ. peuvent être regardés comme instituant de véritables droits de rétention en faveur de leur titulaire. Une mention à part s'impose être faite concernant l'art. 1619 C. civ. Parce que le refus de restitution de l'objet déposé se fonde sur une connexité matérielle et une autre juridique, le dépositaire peut faire appel au mécanisme du droit de rétention et celui de l'exception d'inexécution. L'art. 1322 C. civ., art. 1364 C.civ. et art. 1444 C. civ., bien qu'ils soient regardés dans la doctrine et jurisprudence comme étant des cas de réglementation du droit de rétention, ils ne représentent pas rien de plus que des situations pratiques d'application de l'exception d'inexécution. Concernant l'art. 509 C. civ., il se situe sans doute en dehors de l'institution du droit de rétention.

Quant au cas de réglementation expresse de la rétention dans d'autres documents normatifs, nous avons retenu que l'art. 44 alinéas 3 de la Constitution se situe en dehors de l'institution du droit de rétention faute de toute connexité qui en justifie l'application. En échange, dans l'hypothèse réglementée de l'art. 8 alin 4 de la Loi nr. 18/1994 et dans celle qu'on en vue de l'art. 43 alinéa 2 de l'Ordonnance du Gouvernement nr. 40/1999 le refus de restituer l'objet se fonde en égale mesure sur la connexité matérielle et une connexité juridique. Tout cela explique l'incidence en cause du droit de rétention mais aussi de l'exception d'inexécution, l'option entre les deux mécanismes appartenant au créancier de l'obligation garantie.

En ce qui concerne les cas d'application du droit de rétention en dehors de situations prévues expressément par la loi, nous avons observé que de manière constante, la doctrine et la jurisprudence attribue au copartageant un droit de rétention sur l'objet partagé jusqu'à l'acquittement de la soulte qui lui revient après le partage. En réalité l'application du droit de rétention dans l'hypothèse analysée est contredite par l'absence de toute connexité qui en justifie l'application.

Mais le constructeur a le droit de faire appel à l'invocation d'un droit de rétention sur la construction réalisée sur le terrain d'autrui jusqu'à l'acquittement de la créance fondée sur le principe de l'enrichissement sans cause. Le possesseur peut aussi refuser conformément au droit de rétention la restitution de l'objet revendiqué jusqu'à l'acquittement des frais nécessaires et utiles qu'il a effectués concernant l'objet. Dans les deux hypothèses l'incidence du droit de rétention se justifie par l'existence d'une connexité matérielle entre la créance garantie et l'objet grevé.

Pour même raison, on peut faire appel au mécanisme du droit de rétention le mandataire pour garantir sa créance qui consiste dans la restitution des frais pour la conservation de l'objet qui est la propriété du mandant ou lorsqu'il a souffert un préjudice dont la cause est même l'objet reçu du mandant ou pour celui-ci. Dans de telles hypothèses, le mandant a le droit de recourir au mécanisme de l'exception d'inexécution, en mesure dans laquelle le refus de restitution de l'objet se fonde sur une connexité juridique. En échange, si la créance garantie est représentée par d'autres frais provoqués par l'exécution du mandat ou à l'origine du préjudice enregistré n'est pas l'objet du mandant, le mandataire peut faire appel seulement au mécanisme de l'exception d'inexécution. C'est toujours conformément à l'exception d'inexécution, qu'on peut justifier le refus du mandataire de rendre l'objet au mandant jusqu'à l'acquittement de l'honoraire dû, alors que le mandat est à titre onéreux.

De la même manière, le gérant d'affaires peut recourir au mécanisme du droit de rétention pour garantir sa créance dans la restitution des frais effectués par rapport à l'objet du géré. Il peut aussi invoquer le bénéfice de la rétention quand sur le parcours de la gestion il souffre un préjudice provoqué par l'objet qui est propriété du géré. Dans les deux hypothèses le gérant d'affaires a le droit d'invoquer aussi l'exception d'inexécution, étant donné que le fondement du refus de restitution de l'objet est représenté dans les deux situations pas seulement par la connexité matérielle entre la créance et l'objet, mais aussi par la connexité juridique.

Le commodataire, à son tour, peut refuser la restitution de l'objet emprunté en invoquant un droit de rétention lorsqu'il a fait des frais de conservation de l'objet appartenant au commodant. Dans une telle hypothèse il peut aussi invoquer *exceptio non adimpleti contractus*, étant donné que le fondement du refus de rendre l'objet est fondé sur une connexité juridique. Quand le commodataire souffre un préjudice suite à un fait illicite du commodant, de ne pas porter à sa connaissance les vices cachés du bien emprunté, il a le droit de refuser de rendre l'objet jusqu'à son indemnisation pour le dommage souffert en faisant appel seulement au mécanisme de l'exception d'inexécution, dans une telle situation pouvant signaler seulement la présence d'une connexité juridique.

En fin de cette présentation il faut remarquer le fait que l'idée qui se dégage évidemment du contenu de notre démarche c'est qu'aborder le droit de rétention comme un mécanisme fondé exclusivement sur la connexité matérielle entre la créance et l'objet est de nature à offrir l'image d'une garantie souple et efficace, en créant les prémices nécessaires pour analyser sur des bases plus rigoureuses de régime et de sa nature juridique.

En même temps, circonscrire le droit de rétention seulement aux cas où le refus de rendre l'objet est fondé sur une connexité matérielle, étant exclues les hypothèses où la rétention est basée sur la connexité juridique entre deux obligations qui ont une origine commune, a permis de délimiter clairement son domaine d'application celui de l'exception d'inexécution. Cela a été possible seulement par une reconsidération du fondement et le domaine de l'exception d'inexécution. Nous avons en vue le fait que *exceptio non adimpleti contractus* n'est plus expliqué par la théorie de la cause dans le plan de l'exécution du contrat, qui le cantonnerait irrémédiablement dans le périmètre des contrats synallagmatiques, mais elle se fonde sur la connexité juridique d'entre deux obligations réciproques. De cette manière la zone « abandonnée » du droit de rétention est pratiquement « assumée » par l'exécution.

Nous saluons l'option du législateur de conférer le droit de rétention par le nouveau Code civil un réglementation générale. Mais il faut aussi mentionner certaines carences législatives de la nouvelle réglementation dont seulement une partie a été mentionnée dans ce résumé de thèse. Les déficiences identifiées nous offrent l'image de la hâte dans laquelle a été adopté le nouveau Code civil et nous suggère une question, croit-on, justifiée: Un ouvrage monumental comme un nouveau Code civil n'aurait pas du bénéficier d'une consultation plus large déroulé sur une période plus longue mais qui aurait pu offrir quand-même, la garantie d'une œuvre législative supérieure du point de vue qualitatif? Dans ce contexte, la question est rhétorique.

On comprend manifester notre espoir que jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, les déficiences signalée seront écartées. La passivité du législateur à cet égard pourrait mener à une situation totalement différente de celle qui est discutée par le réglementation générale offerte au droit de rétention, les nouvelles dispositions pourraient mener inéluctablement à l'amplification des incertitudes qui la gouvernement.

¹ Le nouveau Code civil a été publié dans le Bulletin Officiel nr. 511/24.07.2009. Sous l'aspect du moment de son entrée en vigueur, on peut retenir l'art. 2664 du nouveau Code civil, selon lequel : « (1) Ce Code Civil entre en vigueur à la date qui sera établie dans la loi pour sa mise en application (2) Dans un terme de 12 mois depuis la date de publication de ce Code, le Gouvernement soumettra à l'adoption du Parlement du projet de loi pour la mise en application du Code civil.