

La réforme du droit des affaires en Afrique, les imperfections du règlement des litiges selon le traitement de L'OHADA

*Mandiou Traore**

- I. L'organisation du règlement de litiges dans l'espace OHADA
 - 1. Les juridictions du fond, juge de droit commun du droit OHADA
 - 2. La Cour commune de justice et d'arbitrage, juge de cassation du droit OHADA
- II. Les limites du règlement de litiges dans l'espace OHADA
 - 1. La dépossession des juridictions nationales de cassation de leurs compétences en droit des affaires
 - 2. Les difficultés liées au partage de compétence en matière pénale
- III. Conclusion

« La globalisation s'empare du droit et provoque en lui des phénomènes de brassage qui ont transformé sa morphologie ». ¹ Le droit africain n'est pas resté en marge de la mondialisation. Au contraire, ce fait a eu un écho favorable en Afrique en ce sens qu'il a été le facteur déclencheur de mise en place par les États de droits communautaires pour non seulement répondre aux exigences de leurs économies, mais également, créer un environnement juridique et judiciaire propice à l'investissement.

Au lendemain des indépendances africaines, le droit africain notamment celui des États francophones d'Afrique subsaharienne était essentiellement calqué sur le modèle civiliste français hérité de la colonisation. ² Ces textes

* Doctorant en droit privé, Équipe de droit international et comparé (EDIEC), Université Jean-Moulin Lyon 3.

1 B. DIARRAH, Conflit de compétences entre juridictions communautaires OHADA-UEMOA, *Revue de droit uniforme africain* 2010, 3-77. Voir <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-11-71.html>.

2 Au Mali, le modèle étatique de la justice est largement inspiré de celui de la France. Il est prévu par exemple à l'art. 81 de la constitution du 25 février 1992, un pouvoir judiciaire dont la mission est de veiller au respect des droits et libertés et d'appliquer dans le domaine qui lui est propre les lois de la République. La justice est rendue par des tribunaux d'instances, des tribunaux du commerce, des tribunaux de travail, des tribunaux administratifs, des juridictions de paix à compétences étendues, des juridictions pour mineurs et des cours d'appels et d'assises. Il existe au sommet de cette hiérarchie judiciaire, une Cour suprême qui exerce le pouvoir judiciaire. Cette Cour est composée de trois sections : la section judiciaire, la section administrative et la section des comptes. Voir dans ce sens, M. B. DEMBELE,

qui étaient épars, anachroniques et inadaptés aux exigences du commerce, méritaient un grand effort de réforme afin de les adapter aux besoins des nouvelles économies africaines. C'est dans cet esprit que des entités régionales d'intégration juridique ont été mises en place aux rangs desquelles : a) l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) qui s'est traduite par l'émission d'une législation uniforme en matière de propriété intellectuelle ; b) en matière de sécurité sociale, nous avons la CIPRES (Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale) créée en 1992 et qui regroupe les 14 États francophones. Les missions de cette organisation visent à favoriser la ratification des conventions de l'OIT³ par tous les États-parties et à permettre l'adoption de conventions multilatérales ; c) enfin nous pouvons mentionner la CIMA (Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances) qui est une autre expérience réussie d'intégration juridique.⁴

Il est évident que de toutes ces organisations d'intégrations juridiques, l'OHADA⁵ est la plus osée. En effet, l'idée de la création de l'OHADA provient non seulement du constat de la vétusté des textes législatifs des États francophones d'Afrique subsaharienne hérités de la colonisation, mais également de la mise en cause des institutions judiciaires. Les maux qui gangrènent ces institutions sont relatifs à la dégradation des moyens matériels, l'insuffisance de formation des magistrats et auxiliaires de justice etc. C'est suite aux différents constats énumérés que les États francophones d'Afrique ont décidé d'aller vers la création d'un droit commun des affaires.

Le Traité constitutif de l'OHADA a été signé à Port Louis (Ile Maurice) en Avril 1993,⁶ entré en vigueur le 18 septembre 1995, il a été révisé à Québec en 2008. L'OHADA est composé aujourd'hui de 17 États d'Afrique subsaharienne⁷ ayant en commun un même droit des affaires. L'art. 1 er indique que « le présent Traité a pour objet l'harmonisation 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

Les mécanismes de résolution des litiges au Mali : de la justice coutumière à la justice étatique, in : Hiez/Menetrey (dir.), *L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA*, (Paris 2016) 327 *et s.*

3 Organisation Internationale du Travail.

4 A. AKAM AKAM, *L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique*, in : Akam Akam (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA* (Cameroun 2009) 23.

5 Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

6 A. MOULOUL, *Comprendre l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (O.H.D.A)*, (2^e éd., Niger 2008) 17.

7 Les 17 pays membres de l'OHADA par ordre alphabétiques : Benin, Burkina Faso, Cameroun Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Démocratique du Congo, Tchad, Togo.

appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». ⁸ L'Art. 2 du même texte poursuit en ces termes :

« Pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécutions, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité ». ⁹

Il convient de souligner, que l'acte uniforme ¹⁰ sur le droit de l'arbitrage est en cours de révision au moment même où des études sont en cours pour une éventuelle mise en place d'un acte uniforme sur la médiation. Au regard du rythme d'uniformisation, il y a fort à parier qu'à terme, c'est une bonne partie du droit privé en Afrique qui fera son entrée dans le champ d'intervention de l'OHADA.

En ce qui concerne le règlement du contentieux relatif aux droits des affaires en Afrique, le législateur ¹¹ OHADA a jugé nécessaire de mettre en place une juridiction communautaire, nommée Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (CCJA). ¹² Cette Cour est compétente pour con-

⁸ Art. 1er Traité OHADA.

⁹ Art. 2 Traité OHADA.

¹⁰ L'acte uniforme est l'outil à travers lequel l'uniformisation du droit OHADA est réalisée, art. 5 al. 1 du Traité.

¹¹ Aux termes de l'art. 3 Traité OHADA, « La réalisation des tâches prévues au présent Traité est assurée par une organisation dénommée Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) comprenant un Conseil des Ministres et une Cour commune de justice et d'Arbitrage. Le Conseil des Ministres est assisté d'un Secrétariat Permanent auquel est rattaché une Ecole régionale Supérieur de la Magistrature".

¹² Aux termes des dispositions de l'art. 1er al. 1 du Règlement de procédure de la CCJA adopté le 18 avril 1996 et modifié par le règlement N° 01/ 2014/CM adopté au Burkina Faso le 30 janvier 2014 : « La Cour commune de justice et d'arbitrage est composée de neuf juges. Toutefois, le Conseil des Ministres peut sur rapport circonstancié et approfondi du Secrétaire Permanent, saisi à cet effet, soit par le Président de la Cour, soit par un Etat Parties, et compte tenu aussi bien des nécessités de service que des possibilités financières de l'organisation, fixer un nombre impair de juges supérieur à neuf ». Voir www.ohada.com/reglements/1665/reglement-n-01-2014-cm-ohada-modifiant-et-completant-le-reglement-de-procedure-de-la-cour-commune-de-justice-et-d-arbitrage-du-18-avril-1996.html.

C'est compte tenu des nécessités de services et des possibilités financières que le nombre de juge a été augmenté à treize depuis le 10 avril 2015, voir <https://www.ohada.org/index.php/fr/cour-commune-de-justice-et-d-arbitrage-ccja/ccja-en-bref>.

naître du contentieux lié à l'interprétation et à l'application uniforme du Traité, des Règlements pris pour son application et des Actes uniformes. Elle assume une triple fonction : dans un premier temps, elle est juge de cassation et se prononce sur toutes les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions nationales des Etats. Ensuite, en cas de cassation, elle évoque et statue comme juge de fond de troisième degré. Enfin, elle rend également des avis sur toute question concernant l'interprétation et l'application du Traité, des Règlements et des Actes uniformes.

Le système juridique OHADA fait ressortir une supranationalité normative et judiciaire. Sur le plan normatif, il y a les actes uniformes qui dès leur entrée en vigueur abrogent toutes les dispositions antérieures ou postérieures contraires au droit interne des Etats-Parties dans la matière concernée. Ils sont directement applicables et obligatoires. Sur le plan judiciaire, la CCJA fait office de juridiction suprême communautaire en matière d'interprétation et d'application du Traité OHADA, des Règlements pris pour son application et des Actes uniformes. Les juridictions nationales à l'exception des Cours nationales de cassation des Etats-Parties, sont compétentes pour connaître des contentieux relatifs au droit issu de l'OHADA en première instance et en appel, quant au pourvoi en cassation, il est directement intenté devant la Cour commune qui joue le rôle de juridiction de cassation commune. Ce partage de compétence entre d'une part, les juridictions nationales et la CCJA fait l'objet de controverses doctrinales. Pour une partie de la doctrine, la CCJA est un troisième degré de juridiction car, « en cas de cassation, elle peut évoquer et statuer sur le fond » (Art. 14 al. 5 du Traité). En ce qui concerne les juridictions nationales de cassation, elles se mobilisent pour la rétrocession de leurs compétences¹³ en matière de règlement des litiges liés au droit uniforme OHADA. Dès lors, il existe un rapport peu ou prou conflictuel entre les deux ordres de juridictions au sommet desquels la CCJA peut censurer une décision, ou un arrêt rendu par une juridiction nationale lorsqu'elle estime que le droit uniforme n'a été appliqué.

Les lignes qui suivent, tenteront de répondre à la question de savoir si le modèle actuel de règlement des litiges institué par le Traité OHADA ne met pas en cause l'objectif d'intégration juridique et judiciaire tant recherché par le législateur OHADA.

13 Les juridictions nationales de cassation des Etats Parties au Traité OHADA ne sont pas compétentes pour connaître des contentieux relatifs au droit uniforme OHADA. Quand elles sont saisies par les parties par le biais d'un pourvoi, elles doivent immédiatement se déclarer incompétentes et renvoyer les parties et la cause devant la CCJA. Cependant, il est bon de noter que l'application des sanctions pénales revient aux juridictions nationales de cassation telle qu'il ressort de l'art. 5 du Traité : « Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions encourues ».

Il s'agit dans le cadre de cette communication, de présenter d'abord l'organisation du règlement de litiges dans l'espace OHADA (I.), ensuite, de faire ressortir ses limites (II.) pour, en conclusion, procéder à des propositions de réforme.

I. L'ORGANISATION DU REGLEMENT DE LITIGES DANS L'ESPACE OHADA

Le Traité OHADA en se fixant comme objectif de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire dans son espace d'intervention, a prévu un système particulier de règlement des litiges liés au droit des affaires. Ce modèle fait non seulement intervenir les juridictions nationales des Etats-parties au Traité, mais également la CCJA qui est la juridiction suprême communautaire en matière de contentieux lié au droit des affaires. Ce modèle de procédure introduit par le législateur OHADA, présente une particularité à l'égard des autres juridictions communautaires où il convient de respecter le principe d'épuisement des voies de recours interne avant toute autre action de saisine.

1. *Les juridictions du fond, juge de droit commun du droit OHADA*

Il ressort clairement de l'Art. 13 du Traité OHADA que « le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats-parties ». Celle-ci sont érigées en juge de droit commun des normes OHADA et placées sous la subordination de la CCJA qui exerce son rôle par la cassation sans renvoi. Cette supranationalité judiciaire de l'OHADA est aussi doublée d'une supériorité normative dans la mesure où les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.¹⁴

La supériorité juridique et judiciaire de l'OHADA sur les droits nationaux ne fait l'ombre d'aucun doute. La CCJA a eu l'occasion de préciser la portée de l'Art. 10 du Traité dans un avis en date du 30 avril 2001 sur demande de la République de Côte d'Ivoire, concernant l'effet abrogatoire des Actes uniformes sur le droit interne. La Cour a admis que cet article contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les Etats-parties des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures

14 Art. 10 du Traité OHADA. Il convient d'indiquer que les actes uniformes constituent le droit commun des Etats parties au Traité OHADA. Ils sont non seulement directement applicables et obligatoires, mais se substituent à toute disposition de droit interne antérieure ou postérieure.

et postérieures. Elle estime ainsi que cet article contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes uniformes. L'Art. 10 apparaît alors comme la seule disposition susceptible de consacrer la supranationalité des Actes uniformes, confirmée par les articles spécifiques de chaque Acte uniforme.¹⁵

Il est évident que l'avènement de l'OHADA a nécessité un renoncement de souveraineté normative et judiciaire de la part des Etats membres. Les juridictions nationales sont obligées de se conformer aux Actes uniformes qui constituent désormais le droit commun des affaires dans l'espace couvert par l'OHADA.

Les juges internes des Etats-parties au Traité, doivent désormais s'approprier des actes uniformes qui constituent leur droit national des affaires. Cette appropriation est en cours, en témoignent plusieurs arrêts rendus par ces juridictions du fond.

Relativement à l'Acte uniforme portant droit commercial général du 17 avril 1997, la Cour d'appel de Port-Gentil (Gabon) par un arrêt en date du 9 décembre 1999, *Société Kossi*, a fait application de cet acte uniforme aux baux commerciaux conclus avant le 1^{er} janvier 1998, date où il a été rendu applicable au Gabon. Elle a ainsi décidé :

« considérant que l'Art. 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique dispose que les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ; Considérant qu'en vertu du principe de l'effet immédiat de ces actes, les baux commerciaux en cours avant le 1^{er} janvier 1998 sont désormais régis par les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit commercial qui abroge la loi française de 1926 applicable au Gabon et ayant le même objet ; Qu'en définitive, la société Kossi bénéficie du régime des baux commerciaux institué par l'acte précité »¹⁶

Cet arrêt en dit long sur le degré d'appropriation du nouveau droit des affaires en Afrique par les juridictions du fond. La loi française de 1926 applicable dans le même domaine était désuète, elle ne correspondait plus aux réalités de la vie économique.

Une autre illustration de cette appropriation du droit issu de l'OHADA par les juridictions du fond porte sur l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution du 10 avril 1998. Dans l'affaire *Société EFG*, la Cour d'appel de Port-Gentil infirme, par un arrêt du 28 avril 1999, l'ordonnance qui autorise la Société CAGRINO à pratiquer une saisie conservatoire sur un certain nombre d'engins appartenant à la société EFG pour apprécier une créance évaluée à

15 OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope (Paris 2014) 36.

16 *Société Kossi c/ Paroisse Saint-Paul des bois*, Cour d'appel de Port-Gentil du 09/12/1999, ohadata J-02-45.

254 millions de francs CFA. La décision du juge d'appel est fondée sur l'Art. 54 de l'acte. Aux termes de ces dispositions, toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut, par requête, solliciter de la juridiction compétente, l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances de nature à en menacer le recouvrement. Le juge d'appel constate que la société CAGRINO n'apporte pas aux débats la preuve du péril ou de la menace pesant sur le recouvrement de sa créance.¹⁷

A travers ces deux arrêts, il ressort clairement que les juridictions du fond des Etats-parties au Traité OHADA font application des actes uniformes qui constituent désormais le droit commun des affaires au sein de l'espace OHADA. Au-dessus de ces juridictions nationales, se trouve la CCJA.

2. *La Cour commune de justice et d'arbitrage, juge de cassation du droit OHADA*

L'organisation judiciaire dans l'espace OHADA est fortement hiérarchisée. Cette hiérarchisation volontariste vise essentiellement à résoudre les maux qui accablent la justice en Afrique. Ces maux se résument entre autres au manque de formation des acteurs judiciaires, à l'insuffisance notoire des infrastructures, à la corruption en milieu judiciaire et à la problématique de distribution de la justice. C'est au regard de tous ces constats, que les rédacteurs du Traité OHADA ont mis en place une Cour commune de justice et d'arbitrage dotée du pouvoir d'invalider les décisions rendues par les juridictions nationales de fond en instance et en appel. Il convient d'indiquer que le pouvoir de réformation des décisions des juges du fond reconnu à cette Cour, ne se retrouve dans aucune autre expérience d'organisation d'intégration.

La CCJA est compétente pour connaître du contentieux relatif à l'application des actes uniformes en première instance et en appel.¹⁸ Cette même Cour est aussi compétente pour assurer, au sein de tous les Etats-parties, l'interprétation et l'application commune du présent Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes. En plus des compétences de règlement de litiges liées aux actes uniformes et de leur interprétation, la Cour exerce une fonction consultative. En effet, il ressort de la lecture de l'Art. 14 du Traité que

17 *Arrêt Société EFG c/ Société Cagrino*, Cour d'appel de Port-Gentil du 28/04/1999, ohadata J-02-44.

18 Art. 13 Traité OHADA.

« la Cour peut être consultée par tout Etat-partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'Art. 13 ci-dessus »¹⁹

S'agissant de la saisine de la Cour, l'Art. 14 al. 3 du Traité affirme que

« saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats-parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des Règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales »²⁰

A la lecture de cet article, l'on comprend pleinement que les juridictions nationales de cassation n'ont plus le monopole de la cassation à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Telle est la volonté des rédacteurs du Traité. L'alinéa 4 du même article ajoute que

« la Cour se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel, rendues par toute juridiction des Etats-parties dans les mêmes contentieux ».

Il importe de noter qu'en plus des fonctions consultative et contentieuse, la Cour est aussi un centre d'arbitrage. Cependant, il ne sera question que de la fonction judiciaire de la Cour dans la présente communication.

La CCJA dispose d'une compétence exclusive en matière de droit des affaires. Cette exclusivité s'explique aussi par l'enjeu d'uniformisation de la jurisprudence OHADA. Comme on le dit, un droit uniforme fait appel à une jurisprudence uniforme.

Le partage de compétence entre les juridictions nationales et la Cour commune pose d'importantes difficultés dans les rapports entre les deux ordres de juridictions. Ce qui marque des limites du modèle de règlement de litiges institué par les rédacteurs du Traité OHADA.

II. LES LIMITES DU REGLEMENT DE LITIGES DANS L'ESPACE OHADA

Le règlement de litiges dans l'espace OHADA fait intervenir à la fois le juge national qui est chargé d'appliquer le droit des affaires en première instance et en appel, et le juge suprême communautaire dont le rôle est d'assurer l'interprétation et l'application du Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes.

La juridiction suprême communautaire en cas de cassation, peut évoquer et statuer sur le fond.²¹ A travers cette faculté de censure des décisions ren-

19 Art. 14 al. 2 Traité OHADA.

20 Art. 14 al. 3 Traité OHADA.

21 Art. 14 al. 5 Traité OHADA.

dues par les juridictions nationales, à l'exception bien entendu des décisions appliquant des sanctions pénales, la Cour est érigée en une véritable Cour suprême communautaire qui, en cas de cassation, peut substituer sa décision à celle attaquée devant elle et émanant d'une juridiction nationale d'un Etat-partie au droit OHADA. Ce partage de compétence entre la CCJA et les juridictions nationales du fond des Etats-parties, exclut complètement les juridictions suprêmes nationales qui ne sont plus habilitées à connaître du contentieux relatif au droit issu de l'OHADA.

1. La dépossession des juridictions nationales de cassation de leurs compétences en droit des affaires

Les Cours nationales de cassation des Etats membres de l'OHADA bénéficiaient de la plénitude de leurs compétences en matière de droit des affaires avant la mise en place de l'organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires. Les rédacteurs du Traité OHADA en ont décidé autrement, mettant ainsi ces juridictions suprêmes en marge du règlement des litiges liés au droit des affaires à l'exception de l'application des décisions relatives aux sanctions pénales. Comme le disait un auteur, « l'intervention des juridictions nationales de cassation se définit par soustraction de la compétence de la CCJA. En termes plus simples, les juridictions nationales de cassation ne sont plus compétentes pour connaître un litige relevant du droit des affaires, que lorsque celui-ci n'implique pas l'application ou l'interprétation du Traité OHADA, d'un acte uniforme ou d'un Règlement ». ²² Dès lors, l'on peut en déduire que le critère de compétence de la CCJA porte sur le droit uniforme issu de l'OHADA. Ce qui suppose que les juridictions nationales de cassation des Etats-parties au Traité sont compétentes pour connaître des litiges portant sur toutes les autres branches du droit, à l'exception du droit des affaires.

Si cette répartition de compétence entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation apparaît assez claire, une hypothèse a été tout de même ignorée par les rédacteurs du Traité. C'est celle dans laquelle un litige implique à la fois des règles de droit national non uniformisé et du droit uniforme communautaire. Dans une telle hypothèse, deux catégories de normes sont en cause, à savoir : les normes issues de l'OHADA et celles du droit national. Dès lors, entre la CCJA et les Cours suprêmes nationales, quelle est celle qui va connaître d'un tel litige ? Au regard d'une telle difficulté, Paul Gérard Pougoue, professeur à l'Université de Yaoundé II, prédisait que la délimitation du domaine de compétence de la CCJA ne serait pas toujours aisée à cause « du lien de connexité pouvant exister, dans certains litiges,

²² AKAM AKAM, *supra* note 4, 39.

entre un point de droit non unifié et un autre qui l'est ». ²³ Il est important de souligner que le Traité OHADA n'apporte aucune réponse à cette hypothèse. La juridiction nationale de cassation doit-elle renvoyer la partie du litige portant sur le droit OHADA et se déclarer compétente pour connaître de l'autre partie portant sur le droit national ? Il est intéressant de s'attarder un peu sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Niger le 16 août 2001. ²⁴

« Attendu que la Cour commune n'est compétente que pour l'application des Actes uniformes ; que lorsque le pourvoi n'est pas exclusivement fondé sur les Actes uniformes comme c'est le cas en l'espèce où des dispositions du code de procédure civile, du code civil (nigériens) ainsi que du code CIMA ²⁵ sont invoquées, il appartient à la Cour suprême nationale de saisir la Cour commune des questions spécifiques aux Actes uniformes » ;

« Attendu qu'en ce cas, elle ne peut d'ailleurs le faire que si l'application des Actes uniformes a été prépondérante pour la prise de la décision attaquée, et que le pourvoi est surtout basé sur ces actes ; qu'en l'espèce, le moyen mis en exergue est la violation de la procédure de référé ; que la CCJA n'est exclusivement compétente que lorsque le pourvoi est basé uniquement sur l'application des Actes uniformes ». ²⁶

La Cour suprême du Niger a mis l'accent sur la prépondérance du droit uniforme OHADA dans une hypothèse de pourvoi mixte (qui implique à la fois le droit national et le droit OHADA). Le droit uniforme doit être prépondérant dans la prise de décision, à défaut, la juridiction nationale de cassation peut connaître du litige bien qu'il implique une partie du droit OHADA. Il est clair que la notion de prépondérance invoquée par la Cour est l'expression de la résistance des juridictions nationales de Cassation à la suprématie de la CCJA.

Les relations entre ces deux ordres de juridiction sont à mille lieues d'un rapport basé sur le dialogue des juges. Il existe une relation conflictuelle entre les juges nationaux et communautaires au point que les premiers réclament la rétrocession de leurs compétences en matière de droit des affaires.

Les difficultés entre les deux ordres de juridictions s'étendent également à la répartition des compétences en matière pénale.

23 AKAM AKAM *supra* note 4, 41.

24 Cour suprême du Niger, chambre judiciaire, arrêt N° 1-158/C du 16 août 2001, *SNAR-LEYMA c/ Groupe Hima Souley*. www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-02-36.html.

25 Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance.

26 AKAM AKAM, *supra* note 4, 49.

2. *Les difficultés liées au partage de compétence en matière pénale*

Il est clair que la sanction pénale implique des questions de souveraineté qui nécessitent la compétence exclusive des Etats-parties au Traité. Les rédacteurs du Traité OHADA, compte tenu de la sensibilité que requiert la matière pénale, ont décidé que les actes uniformes qui font office d'instruments permettant la mise en œuvre de la politique d'intégration juridique et judiciaire, puissent déterminer les incriminations pénales, et qu'il appartient aux Etats-parties au Traité OHADA, de fixer le quantum des peines applicables. L'Art. 5 al. 2 du Traité est très explicite : « Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales. Les Etats-parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ».²⁷ Il existe dès lors, un partage de compétence entre d'une part, les actes uniformes qui déterminent les incriminations pénales et d'autre part, les juridictions nationales qui sont chargées de fixer la sanction pénale applicable. Ceci a fait l'objet de beaucoup de critiques au sein de la doctrine. Certains auteurs estiment qu'il est impossible au plan judiciaire de dissocier la portée des incriminations de celles des sanctions.

La limitation des compétences de la CCJA en matière de droit pénal des affaires a pour corollaire la diversification des sources du droit en la matière. Ce qui s'oppose à l'idée même d'uniformisation du droit des affaires dans laquelle les rédacteurs du Traité se sont inscrits. Suivant cette logique de détermination des incriminations pénales par les actes uniformes et de fixation du quantum des peines par les Etats-parties au Traité, chaque Etat aura sa propre jurisprudence, mieux encore selon un auteur « sa propre détermination des incriminations résultant des Actes uniformes ».²⁸

La CCJA s'est déclarée incompétente à faire droit à un pourvoi formé contre une décision faisant application de sanctions pénales.

« La Cour de céans ne peut connaître, par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au Traité, concernent des décisions appliquant des sanctions pénales ».²⁹

L'une des difficultés posées par cette approche de renvoi aux législations nationales pour la détermination des sanctions pénales, est la création de

27 Art. 5 al. 2 Traité OHADA.

28 AKAM AKAM, *supra* note 4, 83.

29 CCJA, Arrêt N° 053/2012, Port Autonome de Douala c/ Ministère Public. En ce sens www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-14-79.html, voir aussi L. CADIET, (dir.), *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, Tome 48, bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, Travaux de l'Association pour l'efficacité du droit et de la justice (AEDJ) dans l'espace OHADA (Paris 2013) 202.

deux blocs d'Etats au sein de l'OHADA, à savoir : les Etats qui ont complété le droit communautaire en prévoyant des sanctions pénales dans leurs législations internes notamment le Cameroun³⁰ et le Sénégal³¹ et ceux qui ne l'ont pas fait.

Dans l'hypothèse où tous les Etats-parties au Traité arriveraient à légiférer en la matière, il serait très difficile d'avoir une lecture cohérente de toutes ces lois. Chaque Etat appliquera des sanctions différentes à une même incrimination pénale contenue dans les actes Uniformes.

Au regard de ce qui précède, l'on est en droit de dire que les rédacteurs du Traité OHADA ne sont pas allés au bout de leur logique d'uniformisation du droit des affaires en Afrique. Cette approche de renvoi aux législations nationales des Etats pour la détermination des sanctions pénales fait naître d'importantes difficultés. En effet, cette détermination peut être différente d'un Etat à un autre. Ce qui peut engendrer, comme le souligne un auteur des « paradis pénaux »,³² encore appelés pays refuge ou « forum shopping ». Ainsi selon le même auteur, un comportement pourrait être considéré comme une infraction grave en certains endroits, alors que le même comportement serait licite en d'autres lieux.

III. CONCLUSION

La signature du Traité de Port-Louis en avril 1993, consacrant ainsi la création de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires, fut une date mémorable dans l'histoire du droit Africain. A travers cet acte, ce sont 14 Etats de la zone franc qui se sont engagés pour mettre en commun leur droit des affaires afin de mettre terme à l'application des textes vétustes hérités de la colonisation qui étaient en complet déphasage avec les nouvelles exigences des activités économiques des Etats Africains. Ce fut un immense pas en avant qui s'est inscrit en rupture totale avec un droit passéiste, non conforme au développement économique des Etats concernés.

La mise en place du droit uniforme OHADA s'est accompagnée de la création d'une Cour commune chargée d'assurer l'interprétation et l'application communes du Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes. Cette Cour a été dotée d'importants pouvoirs no-

30 Loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA.

31 Loi n°98/22 du 26 mars 1998 portant sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte Uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

32 AKAM AKAM, *supra* note 4, 98.

tamment celui d'évoquer en cas de cassation. Dans une telle hypothèse, la Cour peut substituer sa décision à celle des juridictions nationales de cassation des Etats-parties. Ce pouvoir d'évocation de la CCJA est la source d'une relation conflictuelle entre celle-ci et les juridictions nationales des Etats-parties. Au regard de ce constat, il est judicieux de procéder à des réformes en vue de la mise en place d'une relation plutôt basée sur le dialogue des juges à travers l'instauration d'une procédure de renvoi préjudicielle comme c'est le cas en droit de l'Union Européenne. Cette procédure exige que le juge national et la CCJA, dans l'ordre de leurs compétences propres, soient appelés, directement et réciproquement, à l'élaboration d'une décision en vue de l'application uniforme du droit communautaire. Comme le disait un auteur, il ne doit y avoir ni « gouvernement des juges » ni « guerre des juges ». Il doit y avoir place pour le « dialogue des juges ».³³

Il est aussi nécessaire de rétrocéder aux juridictions nationales suprêmes toutes leurs compétences en matière de droit des affaires OHADA. L'objectif de création d'espace judiciaire intégré que se sont fixés les rédacteurs du Traité OHADA, ne doit pas être exclusif, mais inclusif. Toutes les juridictions nationales doivent être compétentes pour connaître des contentieux nés de l'application du droit uniforme. L'OHADA s'agrandit avec la perspective d'harmonisation de nouvelles matières³⁴ qui vont certainement échapper à la compétence des juridictions nationales de cassation.

33 B. BOUMAKANI, Le juge interne et le droit OHADA, *Penant* (avril-juin 2002) 839-133.

34 Les matières retenues par la décision N° 011/2011/CM/OHADA du 17 juin autorisant une étude sur la faisabilité d'extension du domaine du droit des affaires sont : le crédit-bail, l'affacturage, la sous-traitance, la franchise, les contrats Built Operate and Transfert ou Partenariats Public Privé, la médiation commerciale, le règlement des conflits de lois et la circulation des actes publics). Voir dans ce sens, F. M. SAWADOGO, Les 20 ans de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) : Bilan et perspectives, communication présentée par l'auteur à l'occasion du 20^e anniversaire de l'OHADA à Ouagadougou du 10 au 17 octobre 2013, 21, http://www.daldewolf.com/documents/document/20151125101654-47_8_communication_-_pr_sawadogo.pdf.