

La jurisprudence, source du droit OHADA

Par **Jean GATSI**

Agrégé des facultés de droit
Université de Douala (Cameroun)

Le caractère de source du droit de la jurisprudence est bien une lapalissade. Elle ne l'est certainement pas au même titre que les deux principales à savoir la loi et coutume. Dans les systèmes de tradition juridique romano-germanique, on lui méconnaît le caractère de source directe du droit, tout en lui reconnaissant une certaine autorité, une certaine influence dans les systèmes juridiques¹. Aujourd'hui justement, il n'est plus d'incertitude quant à la valeur de la jurisprudence au point où il serait redondant que faire une étude sur celle de source du droit. Mais le sujet est spécifique et porte sur le rapport de la jurisprudence avec le nouveau droit de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). S'agissant d'un droit nouveau, il nous semble tout à fait intéressant d'étudier le rôle que jouent les juges dans sa mise en œuvre. Le problème juridique que pose donc cette recherche est celui de la contribution de la jurisprudence à l'essor du droit OHADA. Quelle peut-être cette contribution pour mériter qu'on s'y attarde ? Au cas où elle existerait, est-elle significative ? Comment s'exprime-t-elle ? Qu'a-t-elle de particulier ? A partir de ce dernier questionnement, l'on peut préjuger tout l'intérêt du thème qui permet d'élaborer une certaine vision de l'application du droit de l'OHADA. Cette approche n'est guère novatrice, sous d'autres cieux justement, nombre d'études ont été déjà faites sur le rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques². En cela, au moins, elle n'est pas *alien* et cadre bien avec les questions d'actualité. Il est vrai peut-être, tel que le sujet est libellé, il augure des ambitions titanesques d'explorer l'ensemble de la jurisprudence des Cours et Tribunaux de l'espace OHADA ; mais ce serait peine perdue, des auteurs s'étant déjà lancé sur diverses pistes qui rendent compte d'un tel souci³. Dans le cadre cette recherche particulière, nous nous limiterons donc à l'examen d'une part, des domaines de production du droit OHADA par la jurisprudence (I) et d'autre part, des moyens de cette production (II).

I- Les domaines de production du droit OHADA par la jurisprudence

¹. Pour l'ensemble des questions : G. Canivet, « *Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale* », In La création du droit par les juges, *Arch. phil. droit.*, t. 50, Dalloz, 2007, pp. 9-31.

². J. L. Bergel, Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques, Cahiers de méthodologie juridique, RRJ, PUAM, 1994-4. Plus particulièrement, N. Molfessis (dir), La Cour de cassation et la création du droit, Vol. 20, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2004.

³. Par ex. B. Bayo Bybi, « *Le rôle de la CCJA dans la sécurisation de l'espace OHADA* », Thèse dact. Univ. Caen/Basse Normandie, 2009 ; F. Onana Etoundi, « *L'état de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA* », Penant, Vol. 118, N°865, 2008, pp. 465-491 ; J. Kodo, « *Quelques aspects techniques et pratiques de la jurisprudence de l'OHADA* », (Communication donnée au séminaire international sur « Le droit africain et le développement social », organisé par la Société Chinoise d'Etude de l'Histoire Africaine, le Centre d'Etude Juridiques sur l'Afrique de l'Université de Xiangtan, le Centre d'Etudes Juridiques de la province du Hunan et l'Association pour l'Unification du Droit en Afrique (UNIDA), du 30 octobre au 02 novembre 2009, à Xiangtan, Chine).

La contribution de la jurisprudence à l'essor du droit OHADA est réelle et actuelle. Les décennies d'application et d'interprétation du Traité de Port-Louis⁴ ainsi que des Actes uniformes en témoignent éloquemment. Une chose nous semble importante, celle de savoir quelles sont les exigences qui ont particulièrement interpellé les juges dans l'œuvre d'interprétation du droit de l'OHADA. Deux séries d'exigences ont retenu notre attention à savoir : l'éclairage des concepts (A) et l'application des dispositions des Actes uniformes (B).

A- L'éclairage des concepts

Selon une terminologie chère au doyen Jean Carbonnier, le législateur doit faire œuvre de pédagogie⁵. Evidemment, les législateurs contemporains essaient, autant que faire se peut, d'apporter des définitions aux concepts contenus dans les lois⁶. Maintes formules sont alors employées tel « *Par...dans la présente loi, il faut entendre...* ». Mais, il demeure évident que la loi, dans son abstraction, ne peut pas tout prévoir si elle ne prévoit pas plutôt, « *des normes dont le contenu lui échappe* »⁷. C'est dans ce contexte, suivant l'article 4 du Code civil Napoléon, qui punit le déni de justice, que les juges interviennent pour faire parler la loi silencieuse, en exposer la lumière en cas d'obscurité, ou les compléments en cas d'insuffisance⁸. Ces réflexes animent les magistrats dans tout système juridique. Dans le cadre de l'OHADA, ils sont notamment intervenus pour préciser certains concepts (1) et même en créer d'autres (2).

1- La précision de certains concepts

Le juge appelé à connaître d'un différend doit nécessairement interpréter la loi, afin de préciser le sens des institutions qui y sont contenues. D'ailleurs entre des vis-à-vis, le litige ne naît que s'il y a conflit d'intérêts résultant indubitablement d'une différence d'interprétation de la règle de droit⁹. L'office du juge est donc souvent de dire ce qui est entendu par la règle en cause. Le droit OHADA étant un droit nouveau, ce qui ne constitue pour autant pas une raison suffisante, des conflits d'interprétation se sont très tôt élevés. Les juges sont venus au grand secours du système en apportant quelques éclairages sur les points objets de discorde. A cette faveur, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a, dans sa fonction consultative¹⁰, eu à trancher la plupart des questions qui se sont posées à elle.

L'une des questions qui s'est posée avec acuité était la portée abrogatoire des Actes uniformes sur le droit interne, instituée à l'article 10 du Traité. La demande d'Avis avait été portée par la république de Côte d'Ivoire¹¹. A l'issue de sa séance du 30

⁴ Traité de Port-Louis signé le 17 octobre 1993, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008.

⁵ J. Carbonnier, « *Variation sur la loi pédagogue* », In Societa, Norme e Valori, Scritti in onore di Renato Treves, 1984.

⁶ V. S. Ballian, « *Essai sur la définition dans la loi* », Th. Paris I, 1986.

⁷ V. P. Dubouchet, « *Théorie normative du droit et le langage du juge* », RRJ, Droit prospectif, 1994-2, p. 660.

⁸ Proudhon enseignait d'ailleurs à ce sujet, dans son Cours de droit civil français, Dijon 1810, que, « *Si le texte paraît silencieux à celui qui n'en fait qu'une lecture légère, les principes qu'il établit sont éloquentes pour celui qui a soin de les méditer* ». Pour J. J. Daigre et D. R. Martin, « *La lettre tue et l'esprit revivifie* », D. 1996, Chron., p. 238 et ss.

⁹ Voir la définition du litige juridique proposée par MM. L. Cadiet et E. Jeuland, Droit judiciaire privé, Paris Litec, 2006, p. 3, n° 6. Pour ces auteurs, le litige est « *Une situation d'incertitude née le plus souvent d'un conflit potentiel d'intérêts, pouvant donner lieu à une décision juridictionnelle dont l'objet est de lever l'incertitude sur la situation juridique en cause* ».

¹⁰ V. art. 14 al. 2 du Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

¹¹ Par lettre du 11 octobre 2000.

avril 2001, la haute juridiction communautaire a rendu un avis dont la teneur suit : « *L'article 10 du Traité contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire, dans les Etats, des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures et postérieures. En vertu du principe de supranationalité qu'il consacre, l'article 10 du traité (...) contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes Uniformes...* »¹². Par cette position, la CCJA a fini de fixer sur le sens de cet article 10 dont il se disait qu'il était inconstitutionnel.

Il en a été de même, par exemple, avec régime des nullités pour lequel les querelles étaient légion dans les milieux judiciaires sur le point de savoir s'il fallait tenir compte de la distinction entre formalités substantielles et formalités non substantielles avant d'annuler un acte non conforme. Par avis du 07 juillet 1999¹³, à la demande du tribunal judiciaire de première instance de Libreville, la CCJA précise que la faculté n'est laissée au juge du fond qu'en cas de nullités non textuelles et que celles textuelles sont absolues.

D'autres avis sont intervenus notamment, à la demande de la république du Mali sur la portée de l'article 39 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ; à la demande de la république du Sénégal sur la portée de l'acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique¹⁴.

Il n'y a d'ailleurs pas que la compétence consultative de la CCJA qui ait été mise à contribution dans l'œuvre de précision des concepts.

Il n'y a pas que la fonction consultative de la CCJA qui ait été mise à contribution pour l'éclairage conceptuel. Même au plan juridictionnel, la Cour commune de justice et d'arbitrage a pu faire œuvre pédagogique.

La haute Cour est par exemple intervenue pour indiquer ce qu'il est entendu, aux articles 69 et 71 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, par bail commercial¹⁵. Par un Arrêt en date du 15 décembre 2005¹⁶, en plus des éléments contenus dans les articles 69 et 71, elle a notamment précisé une condition supplémentaire de l'existence d'un bail commercial : celle de l'exercice d'une activité commerciale. Cela est fort logique car un parti politique, en l'occurrence le Rassemblement Des Républicains (RDR), n'exerce pas d'activité commerciale d'après les dispositions combinées d'une part, de l'article 1^{er}, alinéa 1 de la loi n°93-668 du 09 août 1993 relative aux partis et groupement politiques et d'autre part, de l'article 1^{er} de la loi n° 60-315 du 21 septembre 1960 relative aux associations en Côte d'Ivoire et ne saurait donc conclure un bail commercial au sens des dispositions de l'Acte uniforme en cause.

¹². V. Avis n°00/2001/EP du 30 avril 2001.

¹³. V. Avis n°001/99/JN du 07 juillet 1999, note P. K. Ag boybor, RDAI, 2000, n°7, pp. 914-917 ; 1999, n°8, pp. 924-926.

¹⁴. V. Le commentaire de Mme le Professeur J. Lohoues-Obles sur le Traité, in Traité et Actes Uniformes commentés et annotés, 2^e éd. 2002, p. 42, note sous article 14.

¹⁵. Il s'agit aujourd'hui du bail à usage professionnel, depuis l'avènement de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général. Voir art. 101 et suivants de cet Acte uniforme.

¹⁶. V. CCJA, Arrêt n°056/2005 du 15 décembre 2005 : Rassemblement Des Républicains dit RDR c/Fonds de Développement et de Promotion des Activités des Producteurs de Café et de Cacao dit F.D.P.C.C, Juriscope 2006 ; v. égal. CA Abidjan, n°904 du 08 juillet 2003, Juriscope 2007 ; Cass. civ. 3ème, 7 novembre 2001, pourvoi n°00-12.897, la documentation française, 2002.

En droit des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, la CCJA a par un arrêt du 27 janvier 2005¹⁷ fourni la définition du tiers saisi qui fait défaut dans l'Acte uniforme y relatif¹⁸. En effet, personnage désormais central de ces procédures, le législateur communautaire ne l'a pourtant pas défini. La difficulté était réelle d'autant plus que la formule lapidaire contenue dans le texte de l'article 38 qui introduit le tiers dans les voies d'exécution est fort équivoque. Ainsi libellé : « *Les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures en vue de l'exécution et de la conservation des créances. Ils doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis. Tout manquement par eux à ces obligations peut entraîner leur condamnation à verser des dommages-intérêts. Le tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie peut également, et sous les mêmes conditions, être condamné au paiement des causes de la saisie, sauf son recours contre le débiteur* ». Ce texte ne permettait pas, à lui seul, de savoir qui est le tiers des voies d'exécution. Cela est d'autant vrai que le reste des textes qui évoquent à leur tour le tiers saisi ne sont pas davantage explicites. Mais la CCJA a jugé que le tiers saisi est la personne détentrice des biens appartenant au débiteur, en vertu d'un pouvoir propre et indépendant, même si elle possède pour autrui. Cette décision prise à propos de la saisie attribution, mais aussi s'applique à toutes les procédures de saisie entre les mains du tiers, est venue mettre les pendules à l'heure.

Dans cette même discipline, les juges ont pu définitivement fixer sur la forme de la conversion de la saisie conservatoire en saisie exécutoire, pour juger conformément aux articles 61, alinéa 1 et 69, qu'elle devait se faire « *non pas par décision de justice, mais plutôt par le créancier lui-même qui, par le biais d'un huissier et muni d'un titre exécutoire, diligente une procédure distincte de celle ayant abouti à la saisie conservatoire* »¹⁹. L'intérêt d'une telle précision réside dans le fait que jadis, sous le Code de procédure civile et commerciale, la conversion ou ce qu'elle était à cette époque, se faisait au cours d'une instance en validation de saisie dont les lourdeurs n'étaient pas pour faciliter le recouvrement des créances.

Ces quelques exemples auxquels pourraient s'ajouter d'autres, peuvent rendre compte de travail de la jurisprudence dans la création du droit de l'OHADA²⁰. Elle est même allée plus loin, en créant certains concepts dont les théoriciens et les praticiens se servent pour apprécier le contenu du droit des affaires en Afrique.

2- La création des concepts

La distinction qui a cours au sein de la règle de droit, entre droit déterminateur et droit sanctionateur, s'applique particulièrement en jurisprudence. Le droit déterminateur est entendu comme la partie du droit objectif qui pose les règles de conduite sociale, en autorisant ou interdisant tel comportement. Le droit sanctionateur quant à lui a pour seule fonction d'assurer la sanction des règles de droit entrant dans la catégorie des droits déterminateurs. Cette distinction oppose les disciplines comme le droit civil et le droit pénal, entendues comme déterminatrices, à

¹⁷. CCJA, n°09/2005, 27 janvier 2005 : Sté Afrocom-CI c/ Citibank, www.ohada.com, Ohadata J-05-191, Le Juris Ohada, n°1/2005, janvier-mars 2005, p. 28. Recueil de Jurisprudence de la CCJA, N°5 janvier-juin 2005, p. 57 ; Coll. Rec. Jur. CCJA, Vol. 1, 2003-2005, p. 516.

¹⁸. V. F. Biboum Bikay, « *Le tiers dans le droit des voies d'exécution de l'Ohada* », Thèse dact., Univ. Douala, 2010, p. 143.

¹⁹. CA Centre, n° 10/civ., 02 octobre 2002 : Osoh Undchukwu Sunday c/ La Succession Tonou, Ohada.com, Ohadata J-04-430 ; Ohadat J-04-473.

²⁰. Sur un plan comparé lire : N. Molfessis (dir), La Cour de cassation et la création du droit, Vol. 20, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2004.

tous les droits processuels entendus comme sanctionnateur²¹. Dans cette logique le juge n'est confiné qu'à la sanction des règles de droit.

Mais *a contrario*, le juge moderne joue souvent un rôle déterminateur quand le législateur lui-même y a failli. On avait exagéré ce propos pour parler d'un gouvernement des juges²². Loin s'en faut, il s'agit d'une simple mission de suppléance. Cette mission s'est particulièrement illustrée lorsqu'il a fallu par exemple créer les notions de dirigeant de fait et de l'intérêt social²³ en droit des sociétés commerciales.

Le dirigeant de fait comme on l'a défini en doctrine, « *est celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction sans avoir été désigné à cet effet* »²⁴. Evidemment cette notion, encore moins sa définition, ne se trouve dans aucun texte de loi. C'est la jurisprudence qui l'a élaborée, pour punir les abus de majorité ou de minorité²⁵ ou plus généralement, pour protéger l'intérêt social²⁶.

Le législateur OHADA laisse y penser lorsqu'il étend la responsabilité d'un dirigeant à un associé commanditaire qui aurait posé un acte de gestion²⁷. Mais cette extension n'est pas suffisante pour rendre compte de la notion de dirigeant de fait en droit OHADA. Il faut notamment se référer aux éléments caractéristiques de la notion, retenus par les juges, pour mieux comprendre le sens d'une telle extension.

Ainsi, lorsque des actionnaires réussissent à mettre le conseil d'administration dans une telle situation de dépendance que ses décisions s'avèrent soumises aux résultats de leurs recherches et leurs avis, l'on doit retenir la qualité de dirigeant fait contre eux²⁸. De même, une personne morale tierce à la société peut avoir la qualité de dirigeant de fait, pour avoir en fait et par l'intermédiaire d'un administrateur dépourvu de toute autonomie à son égard, réalisé en toute indépendance, des actes positifs de gestion²⁹. Tel est le cas d'une société holding à l'égard de laquelle la qualité de dirigeant de fait des filiales de la société mère, avait été reconnue, après

²¹. C. Tahj, Procédure civile, éd. Bréal, 2010, p. 13 ; L. Cadiet et E. Jeuland, Droit judiciaire privé, Paris Litec, 2006, p. 4.

²². E. Lambert, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, éd. Dalloz, 2005. Il semble que l'auteur ait été inspiré par un arrêt : *Marbury v. Madison* de la Cour suprême des États-Unis, rendu le 24 février 1803. Dans cette arrêt, la Cour affirme la capacité, pour les tribunaux et en particulier pour elle-même, de juger de la conformité des lois à la constitution et d'écarter, en ne les appliquant pas, celles qui y contreviendraient. Ce principe donne à la cour son pouvoir le plus important, et fait d'elle la première cour constitutionnelle de l'Histoire (http://fr.wikipedia.org/wiki/Marbury_v._Madison). V. également J. Henninger, *Marbury v. Madison*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006 ; E. Zoller (dir), *Marbury v. Madison: 1803-2003, Un dialogue franco-américain*, Dalloz, 2003 ; J. Lambert, « *Les Origines du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis. Marbury v. Madison* », Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger, t. 48, 38^e année, 1931, pp. 1-69 ;

²³. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, « *L'intérêt social en droit des sociétés* », thèse d'Etat, Université de Yaoundé II (Soa), 2006 ; B. Y. MEUKE, « *De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA* », Revue trimestrielle de droit et de jurisprudence des affaires, n°2, p. 45, Ohadata D-06-24 ; B. Delecourt, *L'intérêt social*, Mémoire de DEA, univ. Lille, 2000/2001.

²⁴. D. Tricot, « *Les critères de la gestion de fait* », Droit et patrimoine, janvier 1996, p. 24 ; lire également G. Notté, « *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé* », Thèse Paris I, 1978 ; J. P. Legros, « *Redressement ou liquidation du dirigeant* » Revue Droit des sociétés, N°4, avril 2009, commentaire n°81, p. 38.

²⁵. A. L. Champetier de Ribes-Justeau, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité, Etude comparative des droits français et américain des sociétés - Oscar du droit des sociétés et de la bourse*, Dalloz, 2010.

²⁶. B. Y. MEUKE, « *De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA* », Revue trimestrielle de droit et de jurisprudence des affaires, n°2, p. 45 ; N. Bourrier, « *L'intérêt social comme seul critère de la révocation d'un administrateur de SA* », note sous, Cass. com., 19 décembre 2006 (Pourvoi n°F 05-15.803), 31 janvier 2007, <http://www.onb-france.com/economica/L-interet-social-comme-seul.html>, consulté 15 janvier 2011.

²⁷. Art. 300 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

²⁸. Com., 6 février 2001, Bull., IV, n°33, in Rapport 2006, La Documentation Française, 2007, p. 351 et suiv.

²⁹. Com., 27 juin 2006, Bull. n°151, in Rapport 2006, La Documentation Française, 2007, p. 351 et suiv.

qu'est été mise en évidence l'absence totale d'autonomie de ces filiales à l'égard du holding³⁰.

De cette notion, il peut dès lors être retenu les éléments suivant : la qualité de tiers ou de partie à la société commerciale est indifférente à la qualification de dirigeant de fait, dès lors que le mis en cause a effectué des actes positifs de gestion. L'intérêt, pour la jurisprudence de se déterminer ainsi, est de savoir quelle est la personne susceptible d'engager sa responsabilité pour d'éventuelles fautes de gestion, surtout qu'il n'existe pas de solidarité entre le dirigeant de droit et celui de fait dans la mise en œuvre de cette responsabilité³¹. Cela va dans le sens de l'intérêt social³².

Plus que le dirigeant de fait, l'intérêt social dont la jurisprudence a dégagé les contours, apparaît être une notion à contenu variable³³. Il est perçu tantôt comme l'intérêt des associés³⁴, tantôt comme l'intérêt de la société³⁵. En réalité, le législateur OHADA qui emble y faire référence à travers l'intérêt commun, ne l'a pas défini. En effet, il est simplement dit à l'alinéa 2 de l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique que « *La société commerciale doit être créée dans l'intérêt communs des associés* ». Pour tenter de comprendre cette exigence d'intérêt commun des associés, les juges ont dû créer d'abord la notion d'*affectio societatis*, entendue comme la volonté de créer la société et de collaborer en dehors de toute idée de subordination³⁶. Pour la jurisprudence donc les deux notions procèdent de la même réalité. Mais en fait, l'une est philosophique, l'*affectio societatis* et l'autre purement juridique, l'intérêt commun. C'est la raison pour laquelle l'intérêt social s'apprécie en cours de vie sociale dans le dessein de voir si tel acte a été posé dans cet intérêt. Et la jurisprudence l'utilise pour punir les abus de majorité et de minorité, ainsi que les fautes de gestion en marge du pouvoir, en principe illimité, du dirigeant d'engager la société.

B- L'application des dispositions du droit OHADA

L'application des dispositions de droit OHADA, s'est faite avec une rapide et constante activité des juges. Sans cette application, l'on serait certainement encore dans l'incertitude relativement à ce droit « *supranational* »³⁷, qui a institué un système judiciaire supranational en dernier ressort³⁸. L'inquiétude devait être renforcée à partir du moment où la CCJA est investie du statut de troisième degré de juridiction, jamais vu dans l'histoire des Cours communautaires. L'évidence est surtout à l'heure actuelle que l'application des dispositions du droit de l'OHADA est effective (1), ce qui peut être vérifié dans divers modes de résolution des conflits (2).

1- L'effectivité de l'application des dispositions du droit OHADA

³⁰. Com., 2 novembre 2005, In Rapport, précité, Idem.

³¹. J. P. Legros, « *Redressement ou liquidation du dirigeant* » Revue Droit des sociétés, N° 4, avril 2009, commentaire n°81, p. 38.

³². F. Lefebvre, Sociétés commerciales, Mémento pratique, Ed. Francis Lefebvre, 2004, p. 173, n° 1901.

³³. M. A. Mouthieu, L'intérêt social en droit des sociétés, L'Harmattan, Coll. « Etudes africaines », 2009, p.

³⁴. M. Germain, « *L'intérêt commun des actionnaires* », Cahiers dr. entreprise, 1996, N°4, p. 13.

³⁵. A. Pirovano, « *La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise* », D. 1997, p. 189.

³⁶. Cass. Ch. Mixte 16 décembre 2005, BICC n° 634 du 15 février 2006 ; Cass. Req., 3 janvier 1940, D. 1940, p. 88. Lire Ch. Venzon, L'*affectio societatis*, Mémoire DEA, Univ. R. Schumann, 2003 ; M. Corrieras, L'*Affectio societatis* dans le traité des lois et les lois civiles dans leur ordre naturel de Domat, Paris, publié par l'auteur, 1995 ; De J. M. Bermont de Vault, « *Le spectre de l'affectio societatis* », JCP, 1994, éd. E, I, p. 345.

³⁷. D. Abarchi, « *La supranationalité de l'OHADA* », Revue EDJA, N°44 janvier-février-mars 2000, p. 7 ss.

³⁸. H. Tchanchou, La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA, Etude à la lumière du système des Communautés européennes, L'Harmattan, 2009 ;

L'effectivité de l'application du droit de l'OHADA est appréciable tout d'abord à partir de l'organisation judiciaire nationale des Etats parties. Ceux-ci ont aisément mis leurs systèmes judiciaires en conformité avec les exigences prévues au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Ce texte fondateur a pris soin de ne désigner que « *la juridiction compétente* ». Au fond cette juridiction, pour l'application de tel Acte uniforme, n'est pas différente d'un pays à un autre, du moins sur le plan fonctionnel.

D'ailleurs, des problèmes s'étaient posés à propos des juridictions habilitées à connaître de l'ouverture d'une procédure collective, du contentieux de l'exécution et de l'adjudication des immeubles. Ces questions ont été déjà tranchées par la CCJA. S'agissant du premier cas, c'est le principe de l'unité de compétence juridictionnelle qui a été retenu par le droit conventionnel, qui donne un effet international à la décision rendue dans l'un des Etats membres de l'OHADA³⁹. De la sorte, lorsqu'une procédure est ouverte à l'encontre d'un débiteur dans un pays de l'espace communautaire, la décision rendue produit effet dans les autres. Mais cela n'exclut pas l'ouverture de procédures secondaires, à condition que soit respectée la procédure principale et que les différents syndics travaillent en coordination⁴⁰. A ce jour, ce système fonctionne parfaitement bien au point que la jurisprudence de l'OHADA peut se prévaloir d'une unité de ses positions. Il s'agit là d'un véritable gage de l'effectivité de l'application du droit communautaire.

Pour ce qui est du juge du contentieux de l'exécution, l'unanimité est faite aujourd'hui à son sujet malgré les hésitations de départ découlant de l'équivoque suscitée par les dispositions de l'article 49 de l'Acte uniforme relatif aux procédures de recouvrement. Ce texte prévoit que « *La juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence...* »⁴¹. Cette disposition a suggéré à l'ensemble des Etats membres qu'il s'agissait du juge des référés. Or, à la différence de ce juge du provisoire, le juge du contentieux de l'exécution est un juge de fond. Il fallait donc résoudre la question de savoir si l'urgence visée par le texte de l'Acte uniforme était une matière procédurale ou une modalité procédurale. Dans la première hypothèse, le juge des référés s'imposait comme juge spécial de l'urgence⁴². En revanche, la seconde hypothèse laissait envisager que n'importe quel juge puisse juger comme en matière d'urgence. C'est cette position qu'adopta le législateur camerounais par une loi de l'an 2007⁴³.

La CCJA quant à elle, n'a pas fait de différence, jugeant tantôt comme juge des référés, tantôt comme juge spécial de l'exécution, en fonction de l'orientation de la loi nationale dont la décision est en cause⁴⁴. Cette position renseigne donc sur l'idée que l'urgence dont il est question est pour la haute juridiction, une simple modalité procédurale et pouvant ainsi échoir à tout juge qui en a reçu compétence matérielle.

³⁹. H. D. Modi Koko Bebey, « *Le Tribunal compétent pour l'ouverture des procédures collectives du droit uniforme OHADA* », Juriscope, 2001, p. 4 ss.

⁴⁰. H. D. Modi Koko Bebey, « *Le Tribunal compétent pour l'ouverture des procédures collectives du droit uniforme OHADA* », Juriscope, 2001, p. 13 ss.

⁴¹. CCJA 2^e n°27, 16 novembre 2006 : Maître Kaudjhis-offoumou Françoise, Avocate à la cour c/ La Société de Promotion Immobilière dite SOPIM, Juriscope.org, 2007.

⁴². Art. 182 et ss. Du Code de procédure civile et commerciale.

⁴³. Loi n°2007/001 du 19 avril 2007, instituant le juge du contentieux de l'exécution et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères.

⁴⁴. V. Les décisions de la CCJA en la matière sur ohada.com.

C'est dans le même esprit qu'elle résout la question de la juridiction compétente en matière d'adjudication des immeubles. La haute cour rappelle qu'il s'agit de la juridiction ayant plénitude de compétence⁴⁵. Le problème étant né dans l'organisation judiciaire camerounaise qui reconnaît ce statut au Tribunal de Grande Instance, la Cour conclut que l'adjudication des immeubles est de la compétence de cette juridiction⁴⁶. Elle résout ainsi un problème de correspondance entre la compétence visée dans les textes et la juridiction qui en est attributaire sur le terrain, malgré les différences au niveau des organisations judiciaires nationales qui peuvent connaître des dénominations différentes et même des fonctions différentes, d'un pays à un autre.

Sur un autre plan, l'effectivité est atteinte par l'institution d'une juridiction de cassation commune, qui a su s'adapter aux différences d'organisations judiciaires nationales. De plus, ses arrêts sont directement exécutoires dans le territoire de chaque Etat membre, sans autre forme de procédure⁴⁷.

2- L'effectivité à travers la diversité des modes de résolution des conflits

L'effectivité de l'application du droit de l'OHADA est appréciable à travers la diversité des modes de règlement des différends.

En effet, le système judiciaire communautaire est riche d'au moins deux modes de résolutions des conflits à savoir le mode juridictionnel et le mode arbitral.

Dans l'un et l'autre de ces modes, la haute cour eu à s'exprimer dans le sens de la production du droit de l'OHADA. Nous avons abondamment exposé sur son intervention juridictionnelle. Au plan de l'arbitrage justement la CCJA a rendu de nombreuses sentences arbitrales⁴⁸.

L'on pouvait craindre que la haute Cour soit asphyxiée par ses multiples casquettes ; celle de juridiction et celle du mode non juridictionnel de règlement des différends dans l'espace OHADA. Point n'en est le cas. Les justiciables eux-mêmes ont adopté ces multifonctionnalités du système de la CCJA, à tel point qu'il n'ya plus de doute sur l'effectivité de l'arbitrage OHADA⁴⁹.

L'arbitrage contribue de fait, à l'émergence du droit de l'OHADA, en raison de ce que les décisions rendues, après exequatur, acquièrent une portée juridictionnelle et font donc jurisprudence. Les domaines de production du droit OHADA par la jurisprudence ont ainsi pu être explorés au moyen de divers canaux juridictionnels et conventionnel.

II- Les canaux de production du droit OHADA par la jurisprudence

Depuis la signature du traité OHADA le 17 octobre 1993 à Port -Louis lequel a fait l'objet d'une modification le 17 octobre 2008 au Québec⁵⁰, le droit matériel de

⁴⁵. Art. 248 AUVE.

⁴⁶. CCJA, n° 013 du 18 mars 2004 : Ftoh Fonjungo Tobi as c/ Société Générale de Banque au Cameroun dite SGBBC, Recueil de Jurisprudence de la CCJA, N° janvier 2004, p. 101 ; Juriscope.org, 2004.

⁴⁷. Art. 20 Traité OHADA. Lire M. Maïdagui, « Organisation et fonctionnement de la CCJA et perspectives d'évolution », Penant, Vol. 118, N°865, 2008, pp. 405-427.

⁴⁸. Les sentences arbitrales de la CCJA peuvent être consultées sur Ohada.com.

⁴⁹. T. A. Seck, « L'effectivité de la pratique arbitrale de la CCJA et les réformes nécessaires à la mise en place d'un cadre juridique et judiciaires favorable aux investissements privés », Penant, Vol. 110, N° 833, 2000, pp. 188-198.

⁵⁰. La modification du traité intervenue le 17 octobre 2008 au Québec –Canada avait pour principales innovations : la création du conseil des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OHADA et l'introduction d'autres langues de travail telle que : Le portugais, l'Anglais et l'Espagnol en plus du français.

l'OHADA ne cesse de s'enrichir sur le plan normatif avec l'adoption des actes uniformes. Ceux-ci, interviennent dans les divers domaines relatifs au droit des affaires, et ce à tout moment, sur simple décision du conseil des ministres membres de l'OHADA⁵¹. A côté de ces normes s'ajoute la jurisprudence, qui naît de l'interprétation de ces actes uniformes telle que faite par les différents tribunaux des Etats parties. L'interprétation des actes uniformes concourt, de manière constante, à l'implantation du droit OHADA et à la résolution des conflits de loi, le caractère supranational de l'article 10⁵² du traité ne pouvant pas résoudre de manière effective, le conflit des lois.

Pour asseoir suffisamment le droit OHADA dans le monde des affaires, les tribunaux des états membres se sont attelés à la tâche, chacun en fonction de ses capacités. Cela n'a pas empêché toutefois, que les divergences soient relevées dans l'action juridictionnelle des Etats membres. C'est pour canaliser le travail juridictionnel des juridictions internes que la Cour commune de justice et d'arbitrage, une juridiction de cassation, a été mise sur pied et fait un travail phénoménal à cet effet. Après avoir précisé son domaine d'action, pour éviter ainsi les conflits de juridiction latents⁵³ avec les cours de cassation des états membres, la CCJA, à travers ses triples fonctions⁵⁴ consultative, juridictionnelle et arbitrale, concourt de manière permanente à la production du droit OHADA. La jurisprudence de la CCJA sera appréciée d'une part sur la pertinence de ses avis consultatifs (A) et d'autre part sur le contentieux et l'arbitrage (B).

A- Les avis consultatifs de la CCJA

L'une des missions dévolues à la CCJA concerne la consultation. En effet, la CCJA a compétence pour éclairer les Etats membres et certaines de leurs institutions sur les questions relatives à l'application des actes uniformes en rapport avec les actions menées au quotidien par les Etats. Cet éclairage qui pouvait être confié à un autre organe non juridictionnel, au regard de la portée non obligatoire de ses avis pour les parties, a toutefois été attribuée à cette juridiction en sa qualité d'organe juridictionnel

⁵¹- Cf. art. 2 du traité OHADA.

⁵²-Art. 10 du traité « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les états parties nonobstant toute dispositions contraire de droit interne, antérieur ou postérieur* ». Pour un commentaire voir, J. Issa-sayeg, « *La portée obligatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des états* », Rev. Burk. de Droit, n° 39-40, n° spécial, 2001, p.57 ; P. Diedhiou, « *L'article 10 du traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranational, op.cit., p. 265 et ss.*

⁵³. Les questions de cette envergure se sont posées surtout dans les affaires pénales. En effet, la plénitude de compétence reconnue au juge pénal lui donne le droit d'étendre sa compétence à toutes questions civile, sociale et même commerciale du droit OHADA lesquelles relèvent pourtant en cassation de la Compétence de la CCJA. Il existe ainsi dans cette hypothèse, un véritable conflit de juridiction positif car, autant les cours suprêmes nationales seront compétentes pour connaître des deux questions, autant la CCJA est compétente pour la question du droit Uniforme. De même l'article 18 du traité précise que lorsqu'une partie conteste la compétence d'une juridiction de cassation nationale qui s'est pourtant déclarée compétente d'une affaire qui relève normalement de la CCJA, celle-ci dispose de deux mois pour contester la compétence de la juridiction nationale de cassation devant la CCJA. Passé ce délai, la compétence de ladite juridiction ne saurait être remise en cause. Voir en ce sens, CCJA arrêt n° 008 du 26 fév. 2009 affaire Société IFC c/Y, Juris ohadata, n°2/2009 Avril-juin, p.19. Sur la question voir par ex. F. Anoukaha, « *La délimitation de la compétence entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et les cours suprêmes nationales en matière de recouvrement des créances (à propos de l'arrêt Paniol)* », Juridis périodique, n° 59 juillet-août-septembre 2004, p. 118 ; J. Fometeu, « *Le clair –obscur de la répartition des compétences entre la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation* », Juridis périodique, n° 73 Janvier-février-mars 2004, p. 90.

⁵⁴- L'article 14 du traité OHADA précise les missions de la CCJA. Ce texte est complété par les articles 53 à 58 du règlement de procédure de la CCJA pour le cas de la procédure consultative et par les articles 23 à 52 pour la procédure contentieuse.

très important de l'organisation. Il conviendra donc de préciser le contenu du pouvoir consultatif de la CCJA (1) avant de préciser la portée réelle de ses avis (2).

1- La compétence consultative de la CCJA

La Cour commune de justice et d'arbitrage a une compétence consultative. Cette compétence lui est attribuée par le traité Originnaire de l'OHADA qui précise en son article 14 alinéa 1 que : « *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 (...)* ». Ce texte délimite d'une part le domaine des avis, d'autre part les personnes pouvant saisir la CCJA pour obtenir les avis.

S'agissant du domaine des avis, la CCJA a une compétence consultative sur les questions d'interprétation du traité, d'un acte uniforme ou d'un règlement pris en application du traité.

S'agissant des personnes pouvant demander des avis, le texte rappelle que la CCJA peut être saisie par le conseil des ministres de l'OHADA, par les Etats⁵⁵ et par les juridictions nationales. Cela amène toutefois à faire une différence selon que les avis sont demandés par le conseil des ministres ou par les autres organes. Lorsque la demande d'avis provient du conseil des ministres de l'OHADA, l'avis revêt une portée obligatoire. La saisine de la CCJA par le conseil des ministres est d'ailleurs indispensable avant toute adoption d'acte uniforme, il s'agirait même d'une question de procédure qui voudrait d'ailleurs que la Cour soit saisie à priori avant même la procédure de préparation des projets d'actes uniformes. Le non respect de cette formalité indispensable dans la préparation entraîne d'emblée la non adoption d'acte uniforme. Cela témoigne de la place qu'occupe la CCJA dans la création du droit uniforme. C'est elle qui doit impulser la préparation des projets d'actes uniformes à partir des avis. Ce rôle lui est reconnu implicitement par l'article 6 du traité qui dispose ainsi que « *les actes uniformes sont préparés par le secrétariat permanent en concertation avec le gouvernement des Etats parties. Ils sont délibérés et adoptés par le conseil des ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage* ». Aussi les avis de la CCJA sont obligatoires pour l'institution de l'OHADA dans sa fonction de production des normes juridiques. A titre comparatif, la Cour internationale de Justice, l'organe judiciaire principal des Nations unies, reconnaît à l'article 96 de sa Charte, le pouvoir à vingt-deux organes de demander les avis. Parmi ces organes se trouvent : l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, deux principaux organes des Nations unies. Cependant, on note une réelle avancée dans l'OHADA car, s'il est impossible d'adopter un acte uniforme sans avis de la CCJA, l'ONU n'a pas besoin de l'avis de la Cour internationale pour l'adoption d'une résolution⁵⁶. C'est également le cas des Cours de Justice de l'UEMOA en

⁵⁵. Pour les cas de la saisine de la CCJA pour avis par les Etats parties, on peut citer à titre d'exemple l'A vis n° 002/99/E du 13 octobre 1999 suite à la demande du président de la république du Mali en date du 22 mai 1999 sur l'article 39 de l'AUPSVRE et sur un projet de loi sur l'habitat donc l'article 16 était à l'encontre de l'Acte uniforme ; l'avis n° 02/2000/EP du 26 Avril 2000 sur la demande de la république du Sénégal en date du 6 décembre 1999 sur la portée de l'AU Relatif au Droit des sociétés commerciales et du GIE (art.449) et sur l'absence du poste de vice-président dans les organes dirigeants des banques et établissements financiers ou la CCJA soutient qu'il n'est possible de créer ce poste sans dénaturer l'article 449 qui s'applique à ces sociétés ; l'avis de N° 00/2001/EP du 30 Avril 2011 sur demande de la république de Cote d'ivoire par lettre du 11 octobre 2000 sur la portée obligatoire des actes sur le Droit Uniforme, V. Ohada Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 3^{ème} éd. 2008, p. 38.

⁵⁶. Cour internationale de justice, Questions et réponses sur l'organe judiciaire principal des Nations Unies, Publication du Département de l'information des Nations Unies, 2001, p. 42.

Afrique de l'Ouest et de la CEMAC en Afrique Centrale ou celle des communautés Européennes au Luxembourg⁵⁷ où les avis ne sont pas préalables avant l'adoption d'un règlement.

En revanche, pour le cas des Etats ou de leurs institutions judiciaires, la demande d'avis auprès de la CCJA n'est pas obligatoire. C'est de manière sporadique qu'ils peuvent demander les avis sur l'interprétation ou sur l'application des actes uniformes. D'ailleurs, pour les cas des juridictions nationales de cassation, il est légitime de penser pour les juges nationaux qu'elles sont des institutions judiciaires de cassation comme la CCJA. Aussi, la saisine régulière de la CCJA pourrait être considérée comme une incompétence avérée par rapport à celles-ci, d'ailleurs cela est d'autant vrai que l'article 18 du traité les met en concurrence. Cela ne saurait constituer une fatalité ; en fait le législateur communautaire entend rendre performantes ses institutions judiciaires en puisant sur les expériences déjà existantes dans d'autres pays. Ainsi, la saisine de la CCJA par les institutions judiciaires nationales des Etats de l'OHADA ressemble à celle de la Cour de cassation française par les juridictions inférieures prévue à l'article L. 151-1 du Code de l'Organisation judiciaire français.⁵⁸ Ce texte rappelle à toute juridiction de l'ordre judiciaire qu'elle peut solliciter l'avis de la Cour de cassation sur une question de droit à la triple condition qu'elle soit nouvelle⁵⁹, qu'elle présente une difficulté sérieuse⁶⁰ et qu'elle se pose dans de nombreux litiges. Même si ces précisions ne ressortent pas du traité de Port-Louis, la saisine de la CCJA pour avis sur une question liée à l'interprétation du traité nécessite au préalable une difficulté, pas encore traitée par les juridictions nationales.

En réalité, il serait souhaitable pour l'avancée du droit uniforme, que la saisine préalable de la CCJA pour consultation soit encouragée, et même obligatoire pour les Etats membres de l'OHADA avant toute adoption de lois nationales, comme elle l'est déjà pour le cas du conseil des ministres. Cela permettra d'éviter ainsi la contrariété des lois nationales et le droit uniforme au regard de l'article 10 du traité. Les avis donnés par la CCJA jusqu'ici constituent un plus dans l'uniformisation du droit OHADA, laquelle s'appréciera d'ailleurs quant à la valeur juridique de ses avis.

2- La portée des avis de la CCJA

De manière générale, l'avis est une opinion sans force juridique obligatoire que donne une institution sur une question juridique donnée à la suite d'une demande faite par une personne ou un organe précis⁶¹. L'avis naît d'une consultation, il n'est pas une décision de justice au sens strict du terme. En effet, il est reconnu que lorsque les avis sont rendus, ils ne sont revêtus ni de l'autorité de la chose jugée, ni

⁵⁷- Boubacar Dicko, « La CCJA », Acte du séminaire sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) organisé à Cotonou du 18 au 21 janvier 2000, www.ohada.com.

⁵⁸. V. par exemple M. Buffet, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », BICC du 15 juin 2000 ; A. Bugada, « La formation pour avis de la Cour de cassation, « juge des lois », in Droit et procédure, n°3, mai-juin 2004 ; R. Libchaber, « La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel », RTD civ. 2003, pp. 157.

⁵⁹. La demande d'avis ne peut porter que sur une question de droit nouvelle qui n'a pas déjà été tranchée par la Cour. V. par exemple les avis rendus par la haute juridiction sur cette question. L'avis rendu le 7 avril 2008, BICC n°684 du 15 juin 2008 ; dans le même sens Avis n°7 et 8 du 29 septembre 2008, BICC n°692 du 1^{er} décembre 2008.

⁶⁰. Cela donne la possibilité à la haute juridiction de s'intéresser aux questions de fait ou de droit se rapportant à l'objet du litige, car la question après avis sera examinée par les juges du fond. V. en sens, Avis, n° 2 du 8 octobre 2007, BICC n°674 du 15 oct. 2007.

⁶¹. V. par ex : L. Cadiet, Droit judiciaire privé, Litec, 3e édit., n°647 ; S. Guinchard G. Montagnier et A. Varinard, Institutions judiciaires, Dalloz, 5e édit., n°406.

de la force obligatoire, caractères indispensables reconnus aux seules décisions de justice⁶². Ils n'ont pas de caractère obligatoire. Ce sont des instruments d'orientation des comportements et des législations nationales. Ils s'adressent aux Etats et acteurs économiques. Cela laisse le choix à la partie qui a demandé l'avis, soit de se soumettre à la position de la CCJA, soit de passer outre l'avis juridique et ce, sans qu'aucune action coercitive ni contraignante soit engagée à son encontre. D'ailleurs, en l'état actuel du droit uniforme, aucune disposition du traité OHADA sanctionnant la violation de l'éclairage d'un avis juridique de la CCJA n'existe. Cela renforce le rôle secondaire de l'avis de la CCJA, non seulement au regard de ses propres arrêts, même aussi à l'égard d'une décision de justice d'une instance juridictionnelle de premier degré.

En revanche, c'est par une réelle volonté politique des Etats parties au traité consistant à aboutir à une intégration économique véritable, que les avis donnés par la CCJA ont une valeur délibérante en lieu et place de la traditionnelle fonction consultative reconnue qui leur est attribuée. À propos, il est légitime de poser la question de savoir si une partie qui a délibérément sollicité l'éclairage de la CCJA sur un point de droit donné peut outrepasser l'avis rendu à cet effet par la même juridiction. La réponse a priori est affirmative, surtout lorsque cet avis est contraire aux intérêts⁶³ du demandeur d'avis et, si on s'en tient à la portée première de l'avis. Mais une réponse négative s'impose dans la mesure où d'une part, les demandeurs d'avis sont dans une situation délicate qui nécessite absolument l'éclairage de la CCJA, le cas d'une juridiction nationale appelée à statuer sur une question de droit par exemple, mais qui demeure suspendue à la réaction de la CCJA. D'ailleurs, cela contribue à faire avancer le droit uniforme, à condition toutefois que, l'avis ne s'écarte ni de la lettre, ni de l'esprit du droit que la cour incarne. Elle doit donc adopter une démarche cohérente de nature à vaincre la soif du droit du demandeur et de contribuer à l'implantation du droit OHADA dans la sous-région. C'est justement sur ce dernier point, qu'il faut reconnaître la prouesse du législateur OHADA, car tous les avis rendus par la CCJA jusqu'à ce jour sont respectés par les parties intéressées. Fort de ce qui précède, il faut reconnaître aujourd'hui que les avis de la CCJA ont désormais valeur délibérante, au même titre que les décisions de justice. La force reconnue aux avis de la CCJA provient de l'acte de volonté délibéré des demandeurs, lesquels acceptent de leur propre gré les effets des avis et non parce qu'ils ont une valeur obligatoire. Ainsi, les avis demandés par le gouvernement ivoirien à propos de la portée abrogatoire de l'article 336 de l'AUDSCGIE en matière fiscale, celui du gouvernement sénégalais sur l'inexistence du poste de Vice-président, ou celui du Mali sur l'incidence de l'Acte Uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et projet de loi sur l'Habitat, ou enfin celui du gouvernement Gabonais sur le régime des nullités, n'ont jamais été remis en cause par les intéressés. Par contre, ces demandeurs ont reconnu la suprématie du droit OHADA sur leur droit national⁶⁴. Même si beaucoup de questions restent en suspens notamment : celle de la procédure de recouvrement des créances fiscales, ou le recouvrement de celles-ci, continuent de se faire parfois par les anciennes

⁶². F. Anoukaha, Cinq ans de jurisprudence commentée de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, Presses de l'AMA 2005, 1^{ère} éd. p. 6.

⁶³. Telle est la position de la Serbie sur l'avis de la CIJ de 2010 relatif à la proclamation unilatérale de l'Indépendance du KOSOVO.

⁶⁴. Tous ces avis ont été cités supra

procédures administratives des Etats, à l'instar de l'avis à tiers détenteur⁶⁵. Cela peut s'expliquer parce que la CCJA cherche un compromis⁶⁶ entre l'avancée du droit OHADA et la sauvegarde de la souveraineté des Etats parties.

Si la valeur délibérante des avis juridiques de la CCJA constitue une certitude dans la construction jurisprudentielle du droit OHADA, il existe les moyens traditionnels de création du droit dans l'espace OHADA qui renvoient aux fonctions contentieuse et arbitrale dévolues à la CCJA.

B- Les décisions judiciaires et arbitrales

L'une des autres fonctions dévolues à la CCJA par le traité de l'OHADA est le contentieux. La fonction contentieuse attribuée la CCJA par le traité consiste à reconnaître les pourvois en cassation contre les arrêts rendus par les juridictions nationales pour les questions se rapportant à l'interprétation des actes uniformes. En dehors de la fonction contentieuse qui est plus judiciaire, la cour est également compétente pour connaître des questions d'arbitrage. Les deux fonctions de la CCJA ainsi citées lui permettent de concourir à la création du droit OHADA sur la base des décisions judiciaires et des sentences arbitrales.

1- Les décisions judiciaires

La création du droit OHADA par la jurisprudence se fait prioritairement par la plus haute instance juridictionnelle de la communauté sur la base des arrêts, agissant alors comme juridiction de cassation⁶⁷. Cette intense activité de la CCJA est complétée par les juridictions nationales de premier ou du second degré.

a- Les décisions au niveau supérieur

La CCJA est active dans les domaines où le législateur communautaire OHADA est intervenu. Il serait d'ailleurs prétentieux de faire une étude exhaustive sur la position de la haute juridiction sur les différentes questions se rapportant à l'application du droit OHADA. L'objectif consiste ainsi à cibler certains points développés par la CCJA et qui contribuent à l'implantation du droit OHADA.

Dans le domaine de recouvrement des créances, on sait que l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution est venu remplacer les Codes de procédure civile et commerciale alors applicables dans certains Etats membres. De ce fait, il ya eu beaucoup de problèmes d'adaptation de ce nouveau texte dans les institutions juridictionnelles des Etats parties au traité. Il a fallu une intense activité de la CCJA pour apporter des précisions à certains points. Par exemple, concernant la question de la compétence de la juridiction devant connaître du recouvrement ou les mesures d'exécution forcée ou une saisie conservatoire, la CCJA rappelle que cette juridiction est celle prévue par l'article 49 de l'AUPSRVRE et non la juridiction choisie par les législations

⁶⁵. J. Gatsi, « *L'avis à tiers détenteur et le nouveau droit des affaires de l'OHADA* », in *L'effectivité du Droit de l'OHADA*, PUA, Yaoundé 2006, p. 80 et ss.

⁶⁶. D. Tonga, « *L'avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA du 30 avril 2001 : aspects généraux et fiscaux* », *Juridis périodique* n° 62, avril-mai-juin 2005, p.83.

⁶⁷. Il faut souligner que la CCJA connaît les recours contre les décisions rendus en dernier ressort appartenant à chaque législation nationale. Toutefois le dernier ressort ne renvoie pas aux juridictions nationales de cassation, mais aux arrêts rendus par les cours d'appel. (art. 14 alinéa 3 du traité) et contre les décisions non susceptibles d'appel (Art. 14 alinéa 4 du traité). V. en ce sens J. ISSA-SAYEG, Répertoire Quinquennal OHADA, 2005-2006, UNIDA OHADACOM, p. 21.

nationales⁶⁸. D'après le texte communautaire, la compétence en cette matière est dévolue au juge de l'urgence qui est alors le président du tribunal ou un juge délégué à cet effet. La haute juridiction continue à soutenir cette position en invitant les juridictions nationales dans cette circonstance à sursoir à statuer en cas de difficulté sérieuse jusqu'à ce qu'elle donne sa position une fois qu'elle est saisie⁶⁹. Cependant elle institue un partage de compétence entre les cours d'appel nationales qui pourront d'ailleurs appliquer le droit national à propos de l'application de l'article 32 de l'AUPSRVE. Cette disposition précise alors que « à l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision ». C'est en application de ce texte que la CCJA a soutenu en 2002 que le créancier titulaire d'un titre exécutoire ne pouvait subir une suspension des poursuites⁷⁰. Mais par trois arrêts successifs rendus en 2003⁷¹, elle a reconnu non seulement la suspension des poursuites, mais elle a soutenu qu'elle est incompétente si l'exécution n'a pas encore commencée et que le débiteur a saisi la Cour d'appel pour empêcher le commencement de l'exécution forcée en appliquant sa loi dans le cadre d'une procédure des défenses à exécution. En revanche, elle est compétente pour connaître de cette question lorsque l'exécution a commencé et dans cette hypothèse, la Cour d'Appel doit se déclarer d'office incompétente⁷². De même, toujours dans le même domaine, elle a rappelé non seulement l'obligation préalable d'un titre exécutoire avant toute opération de saisie, mais aussi la propriété de la créance au débiteur. L'absence de ces obligations existentielles rend nulle, de manière absolue, toute saisie attribution de créance du débiteur⁷³.

En matière de saisie immobilière, elle rappelle conformément aux articles 33, 247, 248, 259, 269, 270 et 281 de l'AUPSRVE, que les dires et observations formulées par le défendeur et déposées postérieurement à la date de l'audience éventuelle sont irrecevables. Par ailleurs, les réquisitions du ministère public ne constituent pas les observations et dires du défendeur au sens de la loi⁷⁴.

En matière de bail commercial d'avant la réforme du 15 décembre 2010, la haute juridiction pour faire taire les querelles doctrinales relatives à la détermination de la juridiction compétente pour ordonner l'expulsion d'un locataire a soutenu que la compétence du juge des référés se limite aux contestations relatives à la fixation du loyer du bail révisé ou renouvelé. Pour les autres questions et précisément celle de la résiliation du contrat de bail, elles relèvent de la compétence du tribunal du lieu de situation de l'immeuble⁷⁵.

Les précisions jurisprudentielles de la CCJA s'imposent d'emblée à toutes les institutions judiciaires inférieures des Etats membres de l'OHADA qui ne sauraient en

⁶⁸. CCJA arrêt n° 12/2002 du 18 avril 2002, Total fina c/ Sté Cotracom, le juris ohada juillet-septembre 2002, p. 10.

⁶⁹. CCJA arrêt n° 021/2002 du 26 décembre 2002, Sté Mobil Oil Cote d'Ivoire c/ S. M, le juris ohada n° 1/ 2003, janvier-mars 2003, p. 9.

⁷⁰. CCJA Arrêt n° 002/2001 du 11 Octobre 2001, dit arrêt des époux Karnib, www.ohada.com

⁷¹. CCJA n° 012/2003 du 19 juin 2003, SEHIC HOLLYWOOD SA c/ SGBC ; CCJA n° 013/2003 du 19 juin 2003, SOCOM Sarl c/ SGBC ; CCJA n° 014 du 19 juin 2003, SOCOM C/ SGBC et BEAC, Recueil de jurisprudence trimestriel n° 1 janvier-juin 2003 ; G. KENFACK DOUJANI, Note sous l'arrêt n° 013/2003 du 19 juin 2003, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 22 juillet-aout-Septembre 2003, p. 13 et ss.

⁷². S. Souop, « L'exécution provisoire encadrée, leurs et leurs d'un revirement jurisprudentiel », Juridis Périodique n°58, Avril-Mai-Juin 2004, p. 116 et ss.

⁷³. Ibid.

⁷⁴. CCJA arrêt n° 013/2002 du 18 mars 2004, Affaire F.C c/ SGBC, le juris ohada n° 2/ 2004, juin-Aout 2004, p. 27.

⁷⁵. CCJA arrêt n° 011 du 26 février 2004, Affaire Rafiu Oyewemi c/ Tony Antony, le juris ohada n° 2/ 2004, juin-Aout 2004, p. 17

vertu du respect du principe du double degré de juridiction dans l'organisation judiciaire adopter une position contraire à la CCJA. En interprétant ainsi les dispositions du législateur communautaire dans les différents domaines, les arrêts de la CCJA constituent de véritables normes de droit.

b. La contribution des juridictions inférieures

La création du droit OHADA par la jurisprudence ne constitue pas le champ exclusif de la CCJA. Les juridictions inférieures des Etats membres y contribuent massivement. Il en est ainsi, qu'il s'agisse des ordonnances rendues par les juridictions présidentielles des différents tribunaux en matière d'urgence ou dans le contentieux d'exécution des décisions de justice, ou qu'il s'agisse des jugements rendus cette fois par les tribunaux dans l'application du droit OHADA au quotidien. Par juridictions inférieures, il faut entendre les tribunaux d'instance ou les cours d'appel, et dans une certaine mesure par les cours suprêmes au cas où elles viennent à se déclarer compétentes pour des affaires qui ne sont pas liées à l'interprétation du droit OHADA, ou lorsqu'elles se déclarent incompétentes en application des articles 15 du traité.

L'intérêt des décisions rendues par les juridictions inférieures dans la construction du droit OHADA réside dans le processus de confirmation. En effet, dans plusieurs cas, la CCJA s'est contentée de confirmer les décisions des juridictions inférieures en rejetant systématiquement les pourvois formés contre lesdites décisions. Cela amène la haute instance juridictionnelle à conclure à la bonne application des actes uniformes par les juridictions inférieures.

Parfois, les décisions s'imposent elles-mêmes par la simple volonté des parties, c'est justement lorsque celles-ci, lors d'un procès, acceptent le raisonnement des juges. De ce fait, elles reconnaissent une exacte application de la loi et s'abstiennent de ce fait de contester cette décision au niveau supérieur.

La jurisprudence est en général judiciaire. Mais à l'heure de l'implantation du droit OHADA, il n'est pas surprenant de reconnaître la place importante qu'occupent les sentences arbitrales dans la création du droit.

2- Les sentences arbitrales

La troisième fonction dévolue à la CCJA est l'arbitrage⁷⁶. Séduit par les vertus de célérité, consensualisme et discrétion reconnues à l'arbitrage⁷⁷ par rapport aux juridictions judiciaires, le législateur communautaire a, dans le titre IV du traité originaire de l'OHADA, attribué compétence en la matière à la CCJA. Le principe est simple : les parties en insérant une clause compromissoire dans le contrat le soustraient alors déjà de la compétence des juridictions judiciaires étatiques pour le soumettre à une juridiction privée désignée par les parties.

L'un des objectifs du législateur communautaire consiste à promouvoir l'arbitrage dans la sous-région, alors devenue le nouvel eldorado des investissements étrangers. La promotion de l'arbitrage a commencé avec l'adoption de l'acte uniforme sur l'arbitrage, si bien que les parties restent tenues à l'arbitrage OHADA, lorsqu'une des parties est ressortissante d'un Etat membre de l'OHADA ou si le

⁷⁶. Voir sur ce point, P. G. Pougoue, J. M. Tchakoua, A. Féneon, Droit de l'Arbitrage dans l'espace OHADA, PUA, Yaoundé 2000, p. 251.

⁷⁷. Sur Les mérites de l'arbitrage, v. par EX : Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, op.cit., n° 32.

contrat a vocation à s'exécuter dans l'espace OHADA. La promotion s'est poursuivie avec la création d'un centre permanent d'arbitrage au sein de la CCJA. Le centre ainsi créé, contrairement à la chambre judiciaire qui demeure une chambre de cassation dans la phase contentieuse, est une juridiction de premier ordre qui peut être saisie à la première demande d'une partie. Même s'il faut préciser que la CCJA ne tranche pas elle-même les différends⁷⁸ en la matière, son rôle se limite de ce fait à celui d'un surveillant⁷⁹ dans le but de crédibiliser l'arbitrage OHADA. C'est justement dans son rôle d'apprécier la forme de l'arbitrage, que la CCJA arrive à travers ses sentences à implanter le droit OHADA d'arbitrage dans le droit des affaires.

En effet, en plus du nombre sans cesse croissant des sentences arbitrales de la CCJA⁸⁰, ces décisions s'imposent en matière d'arbitrage par leur clarté et précision. On sait que les sentences arbitrales sont des décisions rendues par une autorité privée qui n'ont un effet obligatoire que pour les parties contractantes. Elles ne constituent pas une décision de justice ce qui dans une certaine mesure amoindrit leur impact dans la construction du droit, par rapport aux décisions judiciaires. D'ailleurs, pour qu'elles soient exécutoires dans un Etat, elles doivent nécessairement faire l'objet d'exéquatur⁸¹.

Les sentences arbitrales contribuent à la création du droit, mais pas un droit étatique, un droit privé cette fois, propre aux affaires privées et donc aux acteurs économiques. Le droit du commerce international leur donne le nom de *lex mercatoria*⁸². En effet, la *lex mercatoria* est le résultat de la compilation de deux sources : d'une part un ensemble de règles coutumières, un droit spontané formé par des usages professionnels, et d'autre part les règles créées par la jurisprudence arbitrale. C'est justement sur ce dernier point que les sentences dégagées par le centre arbitral de la CCJA se révèlent importantes car à partir des précisions apportées sur certains principes dans leur application, elles seront prises en considération par les arbitres des autres tribunaux dans les circonstances semblables en lieu et place de l'application automatique des usages qui peuvent d'ailleurs faire l'objet de plusieurs contestations.

La CCJA a pris position sur d'autres points notamment sur l'applicabilité de l'acte uniforme, sur la compétence et sur les voies de recours contre les sentences arbitrales :

S'agissant de l'applicabilité de l'acte uniforme sur l'arbitrage, la CCJA a rappelé conformément à son avis du 30 avril 2001, la primauté du droit OHADA de l'arbitrage comme prévu à l'article 35 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, lequel précise que « le

⁷⁸. Art. 21 al. 2 du traité OHADA.

⁷⁹. Le rôle de la CCJA consiste en amont à nommer ou à confirmer les arbitres, de prendre connaissance du déroulement de l'instance et examine les projets de sentence avant leur signature par les arbitres. C'est vrai que l'article 25 du traité lui confie un rôle juridictionnel celui d'exéquaturer les sentences arbitrales.

⁸⁰. En 2006-2007, huit affaires ont été traitées par la CCJA, contrairement à la période de 1999-2005 où la CCJA n'a connu que onze affaires à raison d'une affaire et demie par an. La sollicitation dont la CCJA fait l'objet en matière d'arbitrage démontre que les hommes d'affaires ont confiance désormais à ce mode alternatif de résolution des différends en lieu et place de la justice étatique. V. A. Dieng, « *La mise en œuvre des instruments relatifs à l'arbitrage : Etats des lieux et perspectives* », Intervention au séminaire organisé par le Cabinet CIMA DE VILLA LAW FIRM OHADA le 28 Avril 2009 sur le thème : une décennie d'arbitrage Cabinet CIMA DE VILLA LAW FIRM, www.ohada.com

⁸¹. Pour les sentences rendues par la CCJA, l'exéquatur est donné par la CCJA agissant cette fois dans le cadre de ses attributions judiciaires. Dans les autres cas, elle s'obtient à la suite d'une ordonnance rendue par le Président de la CCJA (art. 30 al.2 du règlement d'arbitrage de la CCJA).

⁸². V. Par ex : B. Goldman « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives* », Clunet, 1979, p. 475-499 ; Du même auteur « *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, l'affaire Norsolor* » Rev. arb. 1983, p. 379-409 ; A. Kassi, Théorie générale des usages du commerce, LGDJ, Paris, 1984 ; I. Strenger, La Notion de la *lex mercatoria* en droit du commerce international, Rec. Des Cours de l'Académie International de la Haye, 1991, p. 217 et ss.

présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans tous les Etats parties ». D'après la haute juridiction communautaire, cette disposition doit être interprétée comme se substituant aux lois nationales existantes en la matière sous réserve des dispositions non contraires susceptibles d'exister en droit interne. Par conséquent, une affaire née avant l'entrée en vigueur de cet acte échappe de droit à sa compétence. C'est à juste titre que dans son arrêt du 17 juin 2004, la CCJA a considéré « *qu'il apparaît clairement que l'Acte uniforme susvisé ne pouvait être applicable à une instance arbitrale née avant son entrée en vigueur, qu'il s'en suit que les conditions de compétence de la CCJA en matière contentieuse telles précisées par l'Article 14 du Traité ne sont pas réunies, qu'il échet en conséquence de se déclarer incompétente et renvoyer l'affaire devant la Cour Suprême de Côte d'Ivoire.* »⁸³.

S'agissant de l'incompétence du juge judiciaire lorsqu'a été introduite une clause compromissoire, la CCJA a rappelé que le juge judiciaire doit se déclarer d'office incompétent⁸⁴. Toutefois, ce juge judiciaire peut reconnaître sa propre compétence en cas d'urgence avérée. Dans ce cas, le juge des référés peut être sollicité pour prendre des mesures conservatoires et provisoires, éventuellement la désignation des arbitres, sans que cela ne porte préjudice au fond du litige, réservé à l'arbitrage⁸⁵.

S'agissant enfin des voies de recours contre la sentence arbitrale et précisément du recours en annulation, la CCJA a rappelé que la nullité d'une sentence arbitrale doit s'accompagner des motivations du juge qui doit préciser en quoi consiste la violation de la mission confiée aux arbitres dans la convention d'arbitrage. De ce fait si la mission des arbitres consiste à rendre une décision en se fondant sur la loi et non par amiable compositeur, il serait absurde de les sanctionner en disant qu'ils ont violé leur mission⁸⁶. La Cour commune, sur ce point, se rapproche de la Cour de cassation française sur la délicate question du rôle des arbitres⁸⁷. Dans bien de cas, la CCJA a rendu les sentences qui ont d'ailleurs fait l'objet d'une large diffusion⁸⁸.

Les précisions apportées par la haute instance juridictionnelle communautaire s'imposent aux juridictions des Etats parties, lesquelles lorsqu'elles seront confrontées aux mêmes questions, seront tenues de se conformer à la position de la CCJA pour éviter la cassation. Ce travail phénoménal de la CCJA permet ainsi de rejoindre la position dominante de la doctrine par rapport à la place des sentences arbitrales, considérées comme une seconde source du droit au plan national⁸⁹. Le droit de l'arbitrage que le législateur entend promouvoir dans l'espace OHADA se servira en grande partie des précisions que la CCJA apportera sur les usages posés par l'acte Uniforme.

⁸³. CCJA Affaire PDCI C/ Société J. et A. International Co ; Dans le même sens voir également (CCJA, 10 janvier 2002, Affaire CTM c/ Colina SA) www.ohada.com.

⁸⁴. CCJA arrêt du 29 juin 2006, affaire FKA C/ H.A.M, la haute juridiction ne fait que confirmer la position des juges inférieurs. Par ex : C.A ABIDJAN, arrêt du 30 juillet 2002, Aff. SCI Les Tisserins c/ Dame COSTE ; TGI MIFI, jug. Du 1^{er} Aout 2006, Aff. CBC c/ KENMOGNE NZUDIE ; www.ohada.com.

⁸⁵. A propos, L'article 13 alinéa 4 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage dispose que « *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction, en cas d'urgence reconnue et motivée...ordonne des mesures provisoires ou conservatoires.* »

⁸⁶. CCJA, arrêt du 19 juin 2003 aff. Société Sotaci c/ Epoux Delpech. www.ohada.com

⁸⁷. Sur ce point Cf. Cass., civ. 1re, 28 novembre 2007, note de L. Jaeger, Petites affiches mars 2008 et les articles, en particulier celui de L. Kiffer, contenu dans la Revue de Droit des Affaires Internationales n°5, 2008.

⁸⁸. J. ISSA-SAYEGH, Répertoire Quinquennal OHADA, 2005-2006, UNIDA OHADACOM, p. 276-281.

⁸⁹. A. KASSI, Théorie générale des usages du commerce, op. cit., p. 65.