

LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE DE L'OHADA

Par Placide MOUDOUDOU

Assistant à la Faculté de droit de Brazzaville (Congo)

Introduction

Le dispositif institutionnel de l'OHADA ne méconnaît pas le principe de la séparation des pouvoirs formulé par Locke et développé par Montesquieu dans *De l'esprit des lois* (livre XI, chap. 6). On sait que ce principe tend à prévenir les abus du pouvoir en général, en l'attribuant non à un organe unique, mais en le répartissant entre plusieurs organes, chargés chacun d'une fonction distincte, et en mesure de se faire mutuellement contrepoids.

Ainsi que cela a été dit ¹, plus par commodité qu'en toute orthodoxie de droit public, il est permis d'apercevoir, dans les trois grandes instances créées par l'OHADA, un écho de ce principe de la séparation des pouvoirs (avec les inévitables limites que connaît ordinairement ce principe). L'article 3 du Traité pose ainsi les bases d'une organisation bicéphale, en disposant que l'OHADA « comprend un Conseil des ministres et une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ».

Parce qu'il adopte les Actes Uniformes, on peut en effet considérer que le Conseil des ministres assure le pouvoir législatif de l'OHADA, et le Secrétariat permanent en constitue le pouvoir exécutif, tandis que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est investie d'un pouvoir judiciaire autonome.

Alors qu'un Titre est consacré aux Actes Uniformes (Titre II), la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) voit son organisation et ses compétences "éparpillées" dans tout le Traité de Port-Louis de 1993. Elle est composée de sept juges élus au scrutin secret par le Conseil des ministres sur une liste de personnes présentées par les Etats Parties et comprenant deux candidats au plus par Etat (article 32 du Traité). Une fois élus, les membres de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sont inamovibles (article 36).

Les juges sont élus pour une durée de sept ans, renouvelable une fois, parmi les magistrats, avocats et professeurs de droit ressortissants des Etats Parties et ayant acquis au moins quinze ans d'expérience professionnelle. La CCJA est renouvelée par septième chaque année, et ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même Etat (article 31). Chaque membre de la Cour conserve son mandat jusqu'à l'entrée en fonction de son successeur, et un dispositif organise la permanence de l'effectif en cas de vacance de siège (article 35).

Le Règlement de procédure de la C.C.J.A date du 16 Avril 1996 ; il fixe les règles d'organisation de la Cour, la procédure contentieuse, et la procédure consultative. S'agissant

¹ Philippe TIGER , *Le Droit des affaires en Afrique, Paris ,PUF, Que sais-je?, 1999, p. 34.*

notamment de la procédure contentieuse, elle essentiellement écrite. Toutefois la Cour peut, à la demande de l'une des parties, organiser dans certaines affaires une procédure orale (Article 34 du Règlement). Les arrêts de la Cour, rendus en audience publique, doivent contenir les mentions suivantes :

- L'indication qu'il est rendu par la Cour ;
- La date du prononcé ;
- Les noms de Juges qui ont pris part, ainsi que celui du Greffier ;
- L'indication de parties ;
- Les noms des avocats des parties ;
- Les conclusions des parties ;
- L'exposé sommaire des faits ;
- Les motifs ;
- Le dispositif, y compris la décision relative aux dépens (Articles 39 et 40).

Bien entendu, les parties au litige peuvent renoncer à leurs prétentions (Article 44 du Règlement) et, les Etats Parties au traité et les tiers peuvent agir en intervention (Article 45 du même Règlement). Il faut ajouter que les voies de recours extraordinaires n'ont pas été oubliées (tierce opposition, demande en interprétation, révision de l'arrêt...).

Le ministère d'avocat est obligatoire ; toute personne pouvant se présenter en qualité d'avocat devant une juridiction de l'un des Etats Parties est admis à exercer ce ministère (Article 23 du Règlement).

Quant à la procédure consultative, toute demande d'avis consultatif émanant d'un Etat Partie ou du Conseil des Ministres est présentée par requête écrite. Cette requête formule, en termes précis, la question sur laquelle l'avis de la Cour est sollicité ; il y est joint tout document pouvant servir à élucider la question (Article 54 du règlement). L'avis consultatif contient nettement moins d'indications que l'arrêt de la Cour ; il contient :

- L'indication qu'il est rendu par la Cour ;
- La date du prononcé ;
- Les noms des juges qui y ont pris part, ainsi que celui du greffier ;
- Les motifs ;
- La réponse à la question posée à la Cour (Article 58 du même Règlement).

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a son siège à Abidjan en Côte d'Ivoire. Elle exerce trois fonctions essentielles : une fonction juridictionnelle puisqu'elle assure l'interprétation et l'application du Traité, des Actes Uniformes et des Règlements pris pour son application (I), une fonction en matière d'arbitrage (II) et des fonctions consultatives (III).

I. LA FONCTION JURIDICTIONNELLE DE LA C.C.J.A

A- La supériorité de la CCJA sur les juridictions nationales

1) La logique hiérarchique du Traité OHADA

Celle-ci apparaît nettement aux alinéas 3, 4 et 5 de l'article 14 du Traité OHADA qui dispose : « Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions relatives à l'application des Actes Uniformes et des décisions

appliquant des sanctions pénales. Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats Parties dans les mêmes contentieux. En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond ».

*Ainsi donc, lorsque la CCJA est saisie par la voie du recours en cassation, elle se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel ou celles rendues en premier et dernier ressort, conformément à l'article 13 du Traité selon lequel « Le contentieux relatif à l'application des Actes Uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats Parties ».

En disposant qu'en cas cassation, la Cour évoque l'affaire, le Traité fait-il en quelque sorte de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage un troisième degré de juridiction ; il s'agit d'une disposition exorbitante qu'on retrouve dans très peu d'Etats (cas de la loi ivoirienne qui la consacre pour la Cour suprême de Côte d'Ivoire). En prévoyant qu'elle statue sans renvoi, le droit OHADA présente l'avantage de faire gagner du temps et d'éviter les divergences de solutions qui proviendraient des différentes cours d'appel des Etats Parties et le risque d'un second pourvoi devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Ce mécanisme traduit la volonté des rédacteurs du Traité d'unifier la jurisprudence ; d'où l'intérêt de publier les arrêts de la COUR dans un recueil spécialisé prévu à cet effet (Article 12 du Règlement)².

A titre d'illustration, on peut citer parmi plusieurs arrêts de la CCJA, l'affaire SOCIETE PMU-MALI C/Sieur Koné du 10 janvier 2002 : en l'espèce il était fait grief à un jugement du Tribunal de commerce de Bamako d'avoir violé l'article 1^{er} de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en ce qu'il avait confirmé une ordonnance d'injonction de payer délivrée le 23 août 2000 par le président dudit Tribunal en vue de recouvrement d'une créance qui « n'existe même pas » alors même que, selon ledit article 1^{er}, le recours à une telle procédure n'est possible que pour le recouvrement d'une créance certaine, liquide et exigible. La CCJA, après avoir rappelé les articles 10 et 14 du Traité OHADA d'une part, et l'article 15 dudit Acte d'autre part décide « que l'examen des pièces du dossier de la procédure révèle que (ce jugement du 31 janvier 2001 du Tribunal de commerce de Bamako, objet du présent renvoi, est une décision rendue sur opposition à une ordonnance d'injonction de payer, qu'en application de l'article 15 sus-énoncé de l'Acte Uniforme susvisé, ledit jugement est susceptible d'appel dans les conditions du droit national du Mali, que le jugement, dont pourvoi, n'étant donc ni une décision rendue par une juridiction d'appel malienne, ni une décision non susceptible d'appel prononcée par toute autre juridiction malienne, c'est en violation des dispositions sus-énoncées de l'article 14 du Traité instituant l'OHADA qu'il a fait l'objet de pourvoi en cassation devant la Cour de Céans ; que dès lors ledit pourvoi doit être déclaré irrecevable ». (CCJA, arrêt n°002/2002 du janvier 2002).

Le dispositif de l'OHADA fait que les juges internes sont encadrés par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui est donc une Cour régulatrice. A l'instar de la Cour suprême des Etats à laquelle elle se substitue, elle peut réformer les décisions des juges du fond ayant mal interprété le texte supranational. Ce procédé ne se rencontre, à ce jour, dans aucune autre organisation d'intégration. Ainsi qu'il apparaît dans le Traité de 1993, non seulement il retire aux juridictions suprêmes des Etats le monopole de la cassation et le confie à une juridiction supranationale, mais encore il met en place un système de juridiction centralisé et hiérarchisé à la tête duquel se tient la CCJA.

² Le premier recueil est paru en janvier 2003, sous le numéro spécial 0 et couvre la période 1999-2002.

Erigée en matière du droit des affaires en organe suprême, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage veille au respect de ce droit par le juge interne. En tant que juge de cassation, pourvu de pouvoirs juridictionnels étendus, elle connaît des moyens de droit ; de plus, dotée d'un pouvoir d'évocation, elle rejuge l'affaire comme le ferait un juge d'appel en substituant son propre arrêt à la décision qui lui a été déférée. L'article 14 alinéa 5 précité spécifie clairement son rôle et ses pouvoirs. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est ainsi tout à la fois juge du droit et du fait : elle peut être saisie, en matière de pourvoi en cassation, soit directement par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes (articles 15 du Traité).

Conformément à cet article 15 du Traité, lorsque la saisine est faite directement par l'une des parties à l'instance, le recours est présenté au greffe dans les deux mois de la signification de la décision attaquée, par l'avocat du requérant (article 28 du Règlement de procédure CCJA). Le recours doit indiquer, entre autres, les Actes Uniformes ou les Règlements prévus par le Traité dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la Cour. La décision de la juridiction nationale qui fait l'objet de recours doit être annexées au recours (article 28-2 du Règlement CCJA).

La CCJA est attentive aux conditions de recevabilité de la requête prévues à l'article 28 du Règlement de procédure³.

Le recours est signifié par la CCJA à toutes les parties à la procédure devant la juridiction nationale (articles 29 du Règlement), qui peuvent présenter un mémoire en réponse dans un délai de 3 mois à compter de la signification du recours (article 30 du Règlement).

Lorsque la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est saisie par une juridiction nationale statuant en cassation, qui lui renvoie le soin de juger une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes, cette juridiction est immédiatement dessaisie. Elle transmet à la Cour l'ensemble du dossier de l'affaire avec une copie de la

³ L'affaire BICIG contre ENGATRANS du 26 mai 2000 en est une illustration. En l'espèce, la BICIG n'avait pas joint à son recours certaines pièces importantes notamment la copie certifiée conforme de la décision de la Cour d'appel de Libreville faisant l'objet du recours, la copie de l'exploit de signification de la décision attaquée attestant de la date de cette signification, la copie des statuts ou un extrait récent du registre du commerce ou toute autre preuve de l'existence juridique de la société anonyme BICIG au nom de laquelle le pourvoi est formé et le mandat donné par la BICIG au requérant pour agir en son nom. La CCJA a répondu en ces termes : « attendu qu'invité par le greffier en chef (le) 2 juin 2000 à régulariser son recours en produisant les pièces y faisant défaut dans un délai d'un mois à compter du 28 juin 2000, date de réception par le requérant de la demande de régularisation, celui-ci n'a point donné de suite au terme du délai imparti (...) ; attendu que le défaut de production de certaines pièces, notamment la copie de l'exploit de signification de la décision attaquée est le mandant donné par la BICIG à Maître P. Okemvele Nkogho, avocat à la Cour à Libreville, ne permet pas à la Cour respectivement de savoir si le pourvoi a été formé dans le délai légal requis et de s'assurer si l'avocat, par le ministère duquel la Cour est saisie, avait bien qualité pour agir au nom et pour le compte de la BICIG ; qu'ainsi faute par le requérant d'avoir mis à la disposition de la Cour ces éléments essentiels d'appréciation sans lesquels il pourra être porté atteinte inconsidérément à la sécurité des situations juridiques, son recours exercé au mépris des prescriptions de l'article 28 du Règlement de procédure susvisé, doit être déclaré irrecevable ». www.ohada.com/ohadata-J-*

Cette jurisprudence a été réitérée dans l'affaire SA Aminou et autres contre CCEI Bank (CCJA, 16 novembre 2000).[www.ohadata.com/ohadata J-](http://www.ohadata.com/ohadata-J-)*

décision de renvoi. Dès réception de ce dossier, les parties sont avisées de cette transmission par la Cour (article du 51 Règlement).

Deux précisions doivent toutefois être mentionnées.

Tout d'abord, « la saisine de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre une décision attaquée. Toutefois cette règle n'affecte pas les procédures d'exécution. Une telle procédure ne peut reprendre qu'après arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage se déclarant incompétente pour connaître de l'affaire» (article 16 du Traité). Ce texte confirme, ainsi que nous l'avons dit, la supériorité de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage par rapport aux juridictions nationales ; s'agissant des procédures d'exécution, cette règle est conforme au principe selon lequel un pourvoi n'est pas suspensif de l'exécution des décisions rendues en dernier ressort pour empêcher le débiteur d'organiser son insolvabilité.

Ensuite, selon l'article 17 du Traité de l'OHADA « l'incompétence manifeste de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut être soulevée d'office par toute partie au litige *in limine litis*. La Cour se prononce dans les trente jours ». L'exception d'incompétence peut être principalement invoquée a priori. L'incompétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut être soulevée d'office ou être le fait de toute partie au litige, *in limine litis*, sous la forme de question préjudicielle. C'est l'hypothèse où la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est saisie alors que le litige ne porte pas sur l'application des Actes Uniformes. La Cour a trente jours pour se prononcer sur l'exception d'incompétence alléguée, par un arrêt qu'elle notifie tant aux parties qu'à la juridiction en cause. De l'autre côté « toute partie qui, après avoir soulevé l'incompétence d'une juridiction nationale statuant en cassation estime que cette juridiction a, dans un litige la concernant, méconnu la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut saisir cette dernière dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision contestée. La Cour se prononce sur sa compétence par un arrêt qu'elle notifie tant aux parties qu'à la juridiction en cause. Si la Cour décide que cette juridiction s'est déclarée compétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue » (article 18 du Traité).

La CCJA a appliqué cet article dans l'affaire Caisse Nationale de Prévoyance Sociale (CNPS) du Cameroun contre S.A.R.L PAMOL Plantation LTD du 22 août 2001. En l'espèce la CNPS du Cameroun contestait la compétence de la Cour suprême camerounaise, demandait la suspension de l'instruction du pourvoi formé par la société PAMOL Plantation LTD et le renvoi de la cause et des parties devant la Cour Commune et d'Arbitrage. Le requérant invoquait à l'appui de sa requête deux moyens de droit tirés de l'article 15 de l'ordonnance n°72-6 du 26 août 1972 fixant l'organisation de la Cour suprême du Cameroun et d'autre part de l'article 18 du Traité de l'OHADA. Au terme dudit article 15 de l'ordonnance précitée :

« 1) toutes juridictions non répressives, y compris la chambre administrative de la Cour suprême doivent statuer immédiatement par décision avant dire droit distincte sur les exceptions d'incompétence (...) sans pouvoir, en aucun cas, joindre l'incident au fond ;

2) elles peuvent relever d'office une incompétence pour le même motif dans les mêmes formes ;

3) les décisions rendues en application des paragraphes 1 et 2 du présent article peuvent dans les délais de 10 jours de leur notification, le cas échéant par dérogation à l'article 14 alinéa 6 et à l'alinéa 6 du présent article, faire l'objet de la part de toutes les parties, y compris le ministère public, d'un pourvoi devant l'Assemblée plénière dont la décision est attributive de compétence ».

La CCJA a rejeté la requête ⁴ car la Cour suprême camerounaise ne s'était pas encore définitivement prononcée : « attendu qu'à la date de la saisine de la Cour de céans, la juridiction nationale statuant en cassation n'avait pas encore rendu de décision dans le litige opposant le requérant à la société PAMOL Plantation LTD ; qu'en l'espèce, seule une décision ayant épuisée la saisine des juridictions camerounaises pouvait faire l'objet de contestation devant la Cour ; qu'à défaut d'une décision, le requérant n'est pas fondé à arguer d'une méconnaissance de la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage par la juridiction nationale statuant en cassation ; qu'en conséquence, son recours, qui n'a point obéi aux prescriptions de l'article 18 ci-dessus est manifestement irrecevable ; attendu qu'en vertu des dispositions de l'article 32 alinéa 2 du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, lorsque la Cour est manifestement incompétente pour connaître du recours ou lorsque celui-ci est manifestement irrecevable ou manifestement non fondé, elle peut à tout moment rejeter ledit recours par voie d'ordonnance motivée ».

Par cette jurisprudence, la CCJA vient préciser le contenu de l'article 18 du Traité, contenu qui peut faire penser au principe de l'épuisement des voies de recours interne bien connu en droit international.

2) L'autorité de la chose jugée et la force exécutoire des arrêts de la CCJA

Elles sont prévues à l'article 20 du Traité : « les arrêts de la COUR Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un Etat partie ».

L'autorité de la chose jugée attachée à ces arrêts signifie que, sous réserve des voies de recours, la même chose ne peut être jugée entre les mêmes parties dans un autre procès. C'est ce que confirme les articles 47 et 49 du Règlement qui n'autorisent que les voies de recours extraordinaires de la tierce opposition et la révision. Cette triple identité est celle à laquelle l'article 1351 du code civil français fait allusion. Selon certains auteurs ⁵, il eût mieux valu dire « force de chose jugée » ce qui signifie que la décision revêtue d'un tel caractère ne peut plus être attaquée par aucun recours suspensif d'exécution, ce qui est le cas des arrêts de la CCJA. Cette dualité d'expression est nettement définie en droit français (articles 1350 du code civil et 500 du nouveau code de procédure civile).

Comme on le sait, l'autorité de la chose jugée s'applique dans tous les Etats des parties sans qu'il soit besoin de recourir à une convention d'entraide judiciaire.

D'autre part, les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, peuvent donner lieu à exécution forcée sur le territoire de chacun des Etats parties dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Cette disposition est complétée par les articles 42 et 46 du Règlement, qui disposent respectivement que l'arrêt a force obligatoire, c'est-à-dire exécutoire, à compter du jour du prononcé, et que la formule exécutoire est apposée sans autre

⁴ CCJA, 25 septembre 2001.

⁵ J. Lhhoues-Oble .commentaire du traité OHADA in code OHADA ,éd. Juriscope , 2002 (voir article 20).

contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre par l'autorité nationale de chaque Etat partie détermine cette « formule exécutoire ».

Exceptée cette exigence de formule exécutoire, les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sont exécutés sur le territoire des Etats parties sans qu'il soit besoin de recourir à la procédure de l'exequatur. On note donc une différence de traitement avec la sentence arbitrale rendue sous le contrôle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui requiert une décision nationale d'exequatur (article 25 du Traité).

Au total, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage exerce un imperium supranational. Mais cet imperium n'est que partiel car, comme nous l'avons dit, l'apposition de la formule exécutoire est nécessaire. Et si l'arrêt doit être exécuté sur plusieurs territoires, à la fois successivement, il faudra respecter la formalité autant de fois que nécessaire. Cette situation traduit bien la supériorité de la compétence judiciaire de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sur celle des juridictions nationales.

B- Les Cours d'appel : juges de droit commun du droit de l'OHADA.

C'est essentiellement par la fonction juridictionnelle que le Traité de l'OHADA entend assurer l'efficacité de l'imbrication des ordres juridiques OHADA et national. C'est, en effet, au juge que revient le soin de garantir les deux caractéristiques qui gouvernent l'OHADA et qui tirent leur origine de l'article 10 du Traité, à savoir : d'une part, l'application directe et obligatoire des Actes Uniformes dans les Etats Parties et, d'autre part, leur primauté sur les dispositions internes antérieures et postérieures. Tant l'effet direct de l'OHADA que sa primauté interpellent, avant tout, le juge interne. C'est lui, en effet, qui avant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage garantit la primauté de la norme OHADA sur la règle nationale.

Le Traité de l'OHADA ne vise pas tout juge interne, il s'intéresse en particulier au juge du fond. Son article 13 en fixe les contours en ces termes : « le contentieux relatif à l'application des Actes Uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats Parties ». Le juge interne du fond est ainsi érigé en juge de droit commun des normes OHADA. Il est placé, ainsi que nous l'avons déjà dit, sous la subordination hiérarchique de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui exerce son contrôle notamment par la cassation sans renvoi.

L'applicabilité directe qui est reconnue au droit OHADA et qui lui permet de créer directement des obligations au profit des particuliers a pour double conséquence que ces particuliers peuvent se prévaloir de ces droits ou de ces obligations devant les juges internes et ceux-ci ont l'obligation d'en assurer le respect. Quelques arrêts illustrent bien cette affirmation.

* La Cour d'appel de Douala (Cameroun) dans l'affaire Société SOCCIA qui l'opposait à la Banque Africaine de Développement (BAD) à propos d'un contrat de prêt, infirme, le 15 mai 2000, l'ordonnance de référé en ce que la mesure provisoire accordée n'a pas été suivie d'une mise en œuvre par la banque, en vue de l'obtention d'un titre exécutoire contre sa débitrice. Le juge d'appel camerounais fait ici application de l'article 61 alinéa 1^{er} de l'Acte Uniforme sur les procédures de recouvrement simplifié et voies d'exécution qui impartit un délai d'un mois à peine de caducité, au créancier bénéficiaire d'une saisie

conservatoire (comme l'était la BAD en l'espèce) pour introduire ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire ⁶.

* La Cour d'appel de Port-Gentil (Gabon) a aussi fait application de ces dispositions: « considérant que l'article 10 du Traité (de l'OHADA) 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 » ⁷.

* La même Cour d'appel de Port-Gentil, dans l'affaire Société E.F.G. infirme, par un arrêt de 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 E.F.G pour garantir une créance évaluée à 254 millions de francs CFA. Le juge d'appel fonde sa décision sur l'article 54 de l'Acte Uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Cet article dispose, en effet, que 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. Or sur ce péril dans le recouvrement, le juge d'appel gabonais observe que la société CAGRICO se borne à affirmer qu'elle est créancière de la société E.F.G sans apporter la preuve aux débats du péril ou de la menace pesant sur le recouvrement de sa créance ⁸.

* La Cour d'appel de Niamey (Niger) pour sa part se fonde sur les articles 314, 12 et 10 de l'Acte Uniforme sur les Sociétés commerciales et Groupement d'intérêt économique pour denier la qualité d'associé, par un arrêt du 8 décembre 2000, à une Société à responsabilité limitée aux requérants qui demandaient l'annulation de la décision par laquelle le gérant de la société refusait de présenter son rapport de gestion ⁹.

A cause de la place et du rôle des juridictions nationales dans le dispositif de l'OHADA la formation des juges à été une préoccupation majeure des rédacteurs du Traité qui institue à cet effet une Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA). Selon les termes mêmes de l'article 41 du Traité, cette Ecole concourt « à la formation et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des Etats Parties ». Le choix ainsi opéré est une garantie de la bonne application du droit harmonisé par les juridictions nationales du fond car le personnel judiciaire est formé de la même façon et dans les mêmes conditions, quel que soit le pays auquel il appartient. Mieux, la formation et le perfectionnement ne concernent pas seulement les magistrats mais aussi le personnel judiciaire et para judiciaire.

⁶ C.A Douala 15 mai 2000, Société SOCCIA, Rev. Cam des affaires, Jan-fév. 2001, des affaires, Jan-fév. 2001, N°12, note G.Kenfack Douajni. www.ohada.com/ohadata J-*

⁷ C.A Port-Gentil, 9 décembre 1999, Société Kossi, Penant, 2001, septembre-décembre, n° 837, p. 345. www.ohada.com/ohadata J-*

⁸ C.A.Port-Gentil, 28 avril 1999, Société E.F.G, Penant, Janvier-Avril 2001, N°835, p. 114. www.ohada.com/ohadata J-*

⁹ C.A. Niamey, 8 décembre 2000, Samak Dan Nona c/ Hamidou Abou. www.ohada.com/ohadata J-*

C- La « réception » de la CCJA en droit interne

Les pouvoirs exorbitants de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont suscité des réactions différentes des juges des Etats Parties chargés de contrôler la constitutionnalité des traités internationaux à la constitution. En réalité, à l'exclusion du Sénégal, du Bénin et du Congo Brazzaville, les juges constitutionnels des Etats n'ont pas été mis à même d'examiner la question de la compatibilité des transferts de compétence avec la Constitution.

Au Sénégal, le Conseil constitutionnel a considéré que même si les articles du Traité avaient prescrit un véritable abandon de souveraineté, ils ne seraient pas inconstitutionnels. Pour justifier cette position il se fonde sur le paragraphe 3 du préambule de la constitution du Sénégal aux termes duquel : « Le peuple sénégalais décide : que la République du Sénégal ne ménagera aucun effort pour la réalisation de l'Unité africaine »¹⁰.

Au Bénin, saisie par le Président de la République, la Cour constitutionnelle a jugé qu'un abandon partiel de souveraineté dans le cadre d'un Traité ne saurait constituer une violation de la constitution dans la mesure où celle-ci, à l'article 144, a prévu que le Président de la République négocie et ratifie les traités et accords internationaux et ledit Traité se justifie, au surplus, par la nécessité de l'intégration régionale ou sous-régionale affirmée par le préambule et l'article 149 de la constitution¹¹.

A la différence des juges constitutionnels Sénégalais et Béninois, le juge constitutionnel congolais avait jugé que les pouvoirs exorbitants de la COUR Commune de Justice et d'Arbitrage sont contraires à la loi fondamentale du 24 octobre 1997. En effet, la Cour suprême avait été saisie par le ministre de la Justice pour contrôler la conformité du Traité OHADA à la constitution congolaise. Dans un avis du 1^{er} octobre 1998, elle a estimé que « les articles 14 alinéas 3 ;4 et 5 ; 16 ; 18 ; 20 ; 25 alinéa 2 du Traité encourent le grief de ne pas être conformes à (la constitution)... notamment en ses articles 71 et 72 », car « la fonction de juger, qu'elle soit exercée par les juridictions de première instance ou d'appel ou par la Cour suprême, est une fonction constitutionnelle en même temps qu'elle est l'expression de la souveraineté et de l'indépendance nationales ». Ainsi donc « le pouvoir de rendre exécutoire sur le territoire national une décision juridictionnelle rendue par une juridiction étrangère ou un sentence arbitrale (leur) appartient et procède également de la souveraineté et de l'indépendance nationales »¹².

Cette analyse est douteuse, car l'objet des articles 71 et 72 (relatifs au Pouvoir judiciaire) de l'ancienne constitution congolaise de 1997 n'était pas d'empêcher que certaines compétences juridictionnelles soient transférées à une juridiction internationale, en l'espèce la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. L'idée du constituant de 1997 était d'éviter que le Gouvernement ou le Parlement ne puisse donner des ordres ou exercer des pressions directes ou indirectes sur le juge, de l'inciter à statuer dans un sens déterminé : le juge doit statuer en conscience et rien de plus. Ces articles 71 et 72 de l'ancienne constitution congolaise interdisaient des transferts horizontaux de compétences, c'est-à-dire d'un pouvoir vers un autre, et non des transferts verticaux, d'une juridiction nationale vers une juridiction

¹⁰ Conseil constitutionnel, 16 décembre 1993, Penant, Mai-août 1998, p 225, note A. Sall. www.ohada/ohadata J-*

¹¹ Décision DCC 19-94 du 30 juin 1994 cité par Boumakani, le juge interne et l'ohada, in Penant 2001, p.149.

¹² Voir P. Moudoudou, note sous Cour Supreme, 1 octobre 1998, Penant, janvier-mars 2002.

internationale. Et, le Congo Brazzaville avait, malgré cet avis, déposé les instruments de ratification en mai 1999 sans que la constitution soit révisée.

II- LES FONCTIONS ARBITRALES DE LA CCJA

Aux termes de l'article 1^{er} du Règlement d'arbitrage « la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage...exerce les attributions d'administration des arbitrages dans le domaine qui lui est dévolu par l'article 21 du Traité. Les décisions qu'elle prend à ce titre, en vue d'assurer la mise en œuvre et la bonne fin des procédures arbitrales et celles liées à l'examen de la sentence sont de nature administrative... Elles sont prises par la Cour dans les conditions fixées en Assemblée générale sur proposition du Président. Le greffier en chef assure les fonctions de secrétaire général de cette formation administrative de la Cour ». De la lecture combinée de l'ensemble du Règlement d'arbitrage et du Règlement intérieur de la Cour, il ressort qu'en tant que Centre d'Arbitrage, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, comprend un Président, une Assemblée plénière, une formation restreinte, un Secrétaire général et une régie des recettes et des dépenses. Il convient de déterminer les lignes générales de "l'arbitrage Ohada" (A), d'indiquer ensuite les rôles de chacun des organes chargés de le gérer (B) et enfin, de décrire le déroulement de la procédure (C).

A . Les lignes générales de "l'arbitrage OHADA".¹³

Selon l'article 21 du Traité « En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats Parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats Parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent Titre.

La Cour de Justice et d'Arbitrage ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance et examine les projets de sentences, conformément à l'article 24 (du Traité) ». Il découle de cet article que le recours à « l'arbitrage OHADA » est facultatif ; cependant, une fois fait le choix de cette procédure, des exigences de forme s'imposent aussi bien aux parties qu'aux arbitres.

Le Traité OHADA n'a pas pour ambition de supprimer les législations nationales régissant l'arbitrage. En effet, en indiquant que « en application d'une clause compromissoire toute partie à un contrat peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent Titre », l'article 21 laisse aux parties le choix de soumettre leur différend à « l'arbitrage OHADA » ou à tout autre. Une grande place est ainsi laissée à la volonté des parties. Dès lors, il y a survie des lois nationales sur l'arbitrage, ainsi que l'indiquent les dispositions des articles 16 et 17, alinéa 1 du Règlement d'arbitrage : « les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent du présent Règlement et, dans le silence de ce dernier, celles que les parties ou, à défaut, l'arbitre, déterminent en se référant ou non à une loi interne de procédure applicable à l'arbitrage ».

L'article 21 du Traité reconnaît donc aux parties la faculté de choisir la procédure qui sera appliquée : l'arbitrage l'OHADA, la loi nationale ou l'Acte Uniforme sur l'arbitrage. On

¹³ Voir aussi La présentation de l'arbitrage par Pierre MEYER dans le même programme INFOROUTES.

s'éloigne des principes dégagés dans d'autres organisations d'intégration comme la Conférence interministérielle du marché des assurances (Traité CIMA) qui retire aux Etats signataires toute compétence nationale relative au droit des assurances (article 43 et suivants du Traité CIMA).

Au fond, cet article détermine un critère principal qui est le contrat et des critères subsidiaires mais non cumulatifs. Le premier porte sur l'expression « toute partie à un contrat » et les deux autres sur le domicile ou la résidence dans un des Etats Parties, ou l'exécution du contrat sur le territoire d'un Etat Partie.

En effet, les litiges doivent être d'ordre contractuel ; ce critère exclut donc les rapports extra contractuels. Le champ d'application de l'arbitrage OHADA est ainsi beaucoup plus étroit que celui de la convention de New York qui accueille les différends nés dans une relation contractuelle ou non. Ensuite, en retenant sans restriction le critère contractuel, cet article permet d'affirmer qu'aussi bien les litiges nés de contrats commerciaux que ceux résultant des contrats civils peuvent être soumis à l'arbitrage. Ce qui est une innovation car la plupart des Etats Parties, avant l'OHADA, ne reconnaissaient la validité de la clause compromissoire qu'en matière commerciale.

Les critères subsidiaires concernent, ainsi qu'on l'a dit, soit le domicile ou la résidence, soit le lieu de l'exécution du contrat. Bien entendu ces critères ne sont pas cumulatifs.

S'agissant du domicile ou de la résidence l'une des parties au contrat doit résider dans un des Etats Parties. Tel est le cas du litige né de contrats liant une société camerounaise domiciliée au Cameroun et une société française ayant son siège en France, et portant sur l'exportation de la banane du Cameroun en France. Cette condition supplémentaire, qui avait été préférée à juste titre à celle de nationalités différentes, moins significatives d'un point de vue économique, est peut être excessive car des opérations de commerce international peuvent être réalisées entre les commerçants situés dans le même pays. Ainsi, par exemple, la société française aurait pu avoir son siège au Cameroun.

Quant à l'exécution du contrat, à défaut de domicile ou de résidence de l'une des parties dans un des Etats Parties, l'exécution du contrat qui est à l'origine du différend doit avoir lieu ou avoir été prévue, en tout ou partie, sur le territoire d'un ou plusieurs Etats Parties. C'est dire que le litige intéresse différents pays parce qu'il résulte d'une opération du commerce international : par exemple, il oppose un vendeur togolais à un acheteur centrafricain au sujet de marchandises en provenance de l'Allemagne.

Ainsi donc, l'arbitrage OHADA concerne des contrats exécutés dans un des Etats Parties ou dont l'une des parties a son domicile ou sa résidence dans un des Etats Parties.

B. Rôles des organes du Centre d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Il faut rappeler que la mission de ce centre est de « procurer ...une solution arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel lui est soumis par toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats Parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou en partie sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats Parties ».

1) Le rôle du Président de la Cour, Président du Centre d'arbitrage CCJA.

C'est au Président qu'il revient de prendre, en cas d'urgence et hors le cas où les décisions requièrent un arrêt de la Cour (cas de contestation de la validité d'une sentence arbitrale par exemple), toutes les mesures nécessaires à la mise en place et au bon déroulement de la procédure arbitrale, même s'il doit en informer la Cour à sa prochaine réunion. C'est à lui qu'il revient de veiller, d'une manière générale, à ce que toutes les dispositions utiles soient prises pour assurer le bon déroulement des procédures arbitrales engagées sous l'égide de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

2) Le rôle de l'Assemblée plénière

C'est à elle qu'il revient, en temps normal, de prendre toutes les décisions nécessaires à la mise en place et au bon déroulement des procédures arbitrales. Il s'agit donc d'une compétence générale en ce qui concerne l'administration des procédures d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Ainsi, à chaque étape de la procédure, lorsqu'apparaît un risque de paralysie, l'Assemblée plénière intervient afin d'y remédier et donner libre cours à la procédure. Il en va ainsi notamment :

-lorsque surviennent des situations inattendues (décès ou démission de l'arbitre) ou des désaccords entre les parties lors de la désignation des arbitres (récusation) ;

- lorsque les parties ne sont pas convenues dans leur convention d'arbitrage d'un nombre précis d'arbitres ;

- lorsqu'il y a contestation par l'une des parties de la validité de la sentence arbitrale.

Par ailleurs, c'est à l'Assemblée plénière de la Cour qu'il revient, en application de l'article 24 du Traité et de l'article 23 de son Règlement d'arbitrage, d'examiner préalablement à leur signature par l'arbitre les projets de sentence, ceux des sentences partielles qui mettent un terme à certaines prétentions des parties et ceux des sentences définitives qui mettent un terme final au litige. Cet examen préalable des projets de sentence ne peut donner lieu qu'à des modifications de pure forme (car le Centre d'arbitrage n'assume pas de fonction juridictionnelle) : la Cour doit s'abstenir de toute intervention sur le fond du litige qui relève de la seule compétence de l'arbitre que les parties se sont librement choisis contrairement à certains systèmes d'arbitrage dans lesquels l'organe de suivi des procédures dispose d'un pouvoir de suggestion en ce qui concerne le fond de la sentence.

3) Le rôle de la formation restreinte

En application de l'article 1.1 de son Règlement d'arbitrage qui l'autorise à déterminer par elle-même les conditions dans lesquelles elle a à prendre ses décisions en tant que Centre d'arbitrage en vue d'assurer la mise en œuvre et la bonne fin des procédures arbitrales, la CCJA a jugé nécessaire, dans un souci de clarification des rôles, de créer en son sein une formation restreinte qui se chargerait plus spécialement du suivi des procédures arbitrales. C'est ainsi qu'elle a institué une formation restreinte composée de 3 membres dont le Président de la Cour (cf. Règlement intérieur du 2 juin 1999). Aux termes de l'article 25 de ce

Règlement intérieur, la Cour peut déléguer à cette formation restreinte un pouvoir de décision sous réserve d'être informée des décisions prises à sa prochaine réunion. Et c'est seulement lorsque la formation restreinte ne peut décider qu'elle renvoie l'affaire à la prochaine Assemblée plénière de la Cour en lui faisant toute proposition qu'elle juge appropriée (article 2.7 du Règlement intérieur).

4) Le rôle du Secrétaire général

Il est l'une des pièces maîtresses du dispositif de suivi des procédures arbitrales de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. C'est en effet, le Secrétaire général qui enregistre les demandes d'arbitrage et les notifie aux parties défenderesses en y joignant un exemplaire du Règlement d'arbitrage. La date de réception par le secrétaire général de la demande d'arbitrage constitue la date d'introduction de l'instance. De même, c'est à compter de la date de réception de la notification du Secrétariat général que court le délai de 45 jours imparti aux parties défenderesses pour faire connaître leurs réponses aux demandes d'arbitrage.

Après réception de la demande d'arbitrage, de la réponse et éventuellement de la note complémentaire ou passé les délais prescrits pour les recevoir, le Secrétaire général saisit la Cour pour la fixation de la provision pour les frais d'arbitrage, pour la mise en œuvre de celui-ci et s'il y a lieu, pour la fixation du lieu de l'arbitrage lorsque la question du siège de l'arbitrage n'a pas été réglée dans la convention d'arbitrage ou par un accord postérieur des parties (articles 8 et 13 du Règlement d'arbitrage).

Enfin, une fois les sentences rendues, c'est le Secrétaire Général qui les notifie aux parties après que celles-ci lui ont intégralement réglé les frais d'arbitrages (honoraires de l'arbitre, frais administratifs, frais de fonctionnement du Tribunal arbitral, honoraires et frais d'expertise le cas échéant).

5) Le rôle de la régie des recettes et des dépenses

Placée sous la responsabilité d'un régisseur, elle est chargée de l'exécution de toutes les opérations d'encaissement et de paiement engendrées par les procédures arbitrales.

C. -Déroulement de la procédure

Il faut d'abord dire que la procédure arbitrale de la CCJA est confidentielle. La confidentialité n'est certes pas une originalité de la CCJA mais dans la mesure où elle participe de l'essence même de l'institution arbitrale, le législateur OHADA se devait, pour rassurer, de la souligner en en faisant l'une des caractéristiques majeures de son processus arbitral à l'instar de ce qu'elle est dans d'autres systèmes d'arbitrage. En effet, aux termes de l'article 14 du Règlement d'arbitrage CCJA « la procédure arbitrale est confidentielle. Les travaux de la Cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette confidentialité ainsi que les réunions de la Cour pour l'administration de l'arbitrage. Elle couvre les documents soumis à la Cour ou établis par elle à l'occasion des procédures qu'elle diligente.

Sous réserve d'un accord contraire de toutes les parties, celles-ci et leurs conseils, les arbitres, les experts, toutes les personnes associées à la procédure d'arbitrage sont tenues au

respect de la confidentialité des informations et documents qui sont produits au cours de cette procédure. La confidentialité s'étend, dans les mêmes conditions, aux sentences arbitrales ».

Il faut ensuite préciser qu'en application de l'article 10 du Règlement d'arbitrage, lorsque les parties choisissent de recourir à l'arbitrage CCJA, elles admettent par là même que soit appliqué à leur procédure un corps de règles juridiques constitué du Titre IV du Traité de l'OHADA, du Règlement d'arbitrage et du Règlement intérieur de la Cour et de leurs annexes, ainsi que du barème des frais d'arbitrage dans leur rédaction en vigueur à la date de l'introduction de la procédure. Cette caractéristique marque la différence avec l'arbitrage de droit commun de l'espace OHADA réglementé par l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 dans la mesure où, dans le cadre de celui-ci, les parties peuvent, par convention, décider de soumettre leur procédure arbitrale à la loi de procédure de leur choix. Et à défaut d'une telle convention, le Tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié (article 14 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage).

Enfin, il faut indiquer qu'aux termes de l'article 10 alinéa 10.2 du Règlement arbitral, lorsque les parties sont convenues de recourir à l'arbitrage CCJA et que « l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention ». Cette garantie est essentielle pour faire échec à toute inertie délibérée d'une partie qui serait de mauvaise foi.

1) La mise en œuvre de la procédure

La constitution du Tribunal arbitral, la remise du dossier à l'arbitre ou aux arbitres dans le cas d'une composition plurielle du tribunal, l'établissement commun par l'arbitre et les parties du procès verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de l'instance proprement dite suppose le versement préalable d'une avance de 200 000 francs CFA (soit environ 305 Euros ou environ 285 dollars US) sur les frais administratifs d'arbitrage conformément à l'article 1^{er} de la Décision N°004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage (cela, outre les exigences de forme prévues par l'article 5 du Règlement arbitral et relatives, notamment, à l'identité des parties, à l'objet du litige et à l'existence d'une convention d'arbitrage). A titre de comparaison, cette avance est de 2 500 dollars US à la Cour International d'Arbitrage de la chambre de Commerce Internationale de Paris.

La constitution du Tribunal arbitral. C'est aux parties qu'il revient d'abord et avant tout de constituer par elles-mêmes, dans le respect de l'important principe de l'égalité des parties en matière d'arbitrage, la juridiction arbitrale. Le droit de l'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a donc consacré le principe d'autonomie des parties, comme il l'est ailleurs dans d'autres systèmes d'arbitrage.

La juridiction arbitrale peut être composée d'un ou de deux arbitres. Dans le premier cas, les parties s'accordent sur le choix de l'arbitre. A défaut d'accord entre elles durant 30 jours, la Cour intervient de manière supplétive pour désigner l'arbitre. Dans le cas où le tribunal arbitral doit comprendre trois arbitres, chaque partie en désigne un et le troisième arbitre. Lorsque les parties n'ont pas fixé un nombre précis d'arbitres, la Cour en désigne un sauf si elle estime que l'importance de l'affaire requiert trois arbitres et, dans ce cas, un délai de 15 jours est accordé aux parties pour désigner leurs arbitres.

Enfin, lorsqu'il y a plusieurs parties (demanderesse et défenderesse) et qu'elle ne s'entendent pas pour désigner leurs arbitres, c'est à la Cour de désigner la totalité des arbitres devant constituer le tribunal arbitral (article 3 alinéa 3.1 du Règlement d'arbitrage). Pour ce faire, la Cour a recours à la liste d'arbitres de réputation internationale qu'elle établit et actualise au début de chaque année civile. Une fois ces désignations faites, c'est encore à la Cour qu'il revient de confirmer ces nominations d'arbitres après avoir reçu de ceux-ci leurs déclarations d'indépendance par rapport aux deux parties.

Dans cette phase de constitution du Tribunal arbitral, la difficulté pour toute institution d'administration de procédures arbitrales comme la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage consiste à concilier le respect de la liberté et de l'égalité des parties dans le choix des arbitres avec la nécessité impérieuse d'assurer une saine justice arbitrale en veillant à ce qu'il ne pèse aucune suspicion sur les arbitres choisis et en réfutant toute récusation d'arbitre non fondée d'une part, et d'autre part, en palliant promptement les carences des parties.

Etablissement du procès-verbal constatant l'objet du litige. Après réception du dossier du litige que lui transmet le Secrétaire Général de la Cour et dans un délai maximum de 60 jours à compter de cette réception, l'arbitre convoque les parties ou leurs représentants dûment habilités et leurs conseils à une réunion au cours de laquelle est établi le procès-verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure. Cette réunion et le document (procès-verbal) auquel elle donne lieu sont d'autant plus importants que ce sont eux qui permettent d'une part de cerner très précisément l'objet du litige du fait de la participation des deux parties et d'autre part, d'arrêter les mesures concrètes desquelles dépendra le bon déroulement de la procédure. C'est le procès-verbal qui non seulement fixe, en définitive, la mission de l'arbitre mais servira à apprécier la conformité de la sentence arbitrale à la mission qui avait été conférée à l'arbitre.

En effet, c'est au cours de cette réunion et dans le procès-verbal qui en sanctionne les travaux que :

- 1) sont constatés :
 - la saisine de l'arbitre et les demandes sur lesquelles il doit se prononcer ;
 - l'existence ou non d'une convention d'arbitrage entre les parties ;
 - l'accord ou non des parties sur le siège et la langue de l'arbitrage ainsi que sur la loi applicable au fond;
- 2) sont prises les dispositions qui paraissent appropriées pour la conduite de la procédure arbitrale que l'arbitre entend appliquer ainsi que les modalités d'application de celles-ci.
- 3) est fixé le calendrier prévisionnel de la procédure avec l'indication précise des dates de remise des mémoires respectifs et de la date de l'audience à l'issue de laquelle les débats seront clos. Cette dernière date ne peut être fixée par l'arbitre au-delà de six mois après la réunion.

Le déroulement de l'instance arbitrale. Le déroulement de l'instance arbitrale reste dominé par le principe de l'autonomie des parties.

Mais l'arbitre doit, tout au long de la procédure, respecter les principes d'égalité des parties, de la procédure contradictoire et équitable ainsi que les droits de la défense. En outre, il doit, d'une part, s'en tenir aux limites de sa mission telles qu'elles sont définies dans le procès-verbal constatant l'objet d'un litige afin d'examiner tous les chefs de demande s'y trouvant et, d'autre part, respecter le calendrier prévisionnel du déroulement de la procédure

tant le besoin de diligence ne doit pas éclipser l'essentiel, qui est de parvenir à une sentence à la fois correcte juridiquement par sa motivation et complète dans son dispositif par rapport aux différents points du litige et par rapport à la liquidation des frais d'arbitrage.

C'est donc par le prononcé d'une sentence définitive que se termine l'instance arbitrale. Mais avant son prononcé et sa signature par l'arbitre (ou les arbitres), le projet de la sentence est soumis à l'examen de la Cour Commune de Justice qui peut y apporter des modifications de pure forme (article 23 du Règlement d'arbitrage).

2) La reconnaissance et l'exécution de la sentence

Selon l'article 27 du Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage « les sentences arbitrales rendues conformément aux dispositions du (...) Règlement ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat partie, au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat. Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de l'un quelconque des Etats parties ». En d'autres termes, les sentences des arbitrages menés sous l'égide de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, lorsqu'elles sont rendues dans le respect des dispositions du Règlement d'arbitrage de cette institution, sortent leurs pleins et entiers effets sur le territoire de chacun des Etats Parties dès leur prononcé à cause de l'autorité définitive de la chose jugée qu'elles acquièrent et qui signifie « l'interdiction *de jure*, de remettre en cause ce qui a fait l'objet d'une décision ».

Mais lorsqu'elles ne sont pas rendues conformément au Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, elles peuvent faire l'objet de contestation dans les quatre cas ci-après qui constituent des cas d'ouverture de recours en annulation de la sentence :

- 1) si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- 2) si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 3) lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respectée ;
- 4) si la sentence est contraire à l'ordre public international.

Les contestations formulées sur ces bases, lorsque les parties n'ont pas renoncé à cette possibilité dans leur convention d'arbitrage sont adressées à la Cour dans les deux mois suivant le prononcé de la sentence. La Cour statue conformément à son Règlement de procédure et peut, soit rejeter la requête lorsqu'elle n'est pas réellement fondée, soit y faire droit en annulant la sentence.

Dès cet instant deux possibilités s'offrent aux parties : soit reprendre la procédure, soit demander d'un commun accord à la Cour d'évoquer et de statuer comme le prévoit l'article 29 alinéa 29.5. Dans cette dernière hypothèse la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui évoque devrait respecter l'esprit de l'arbitrage et tenir le plus grand compte du Règlement d'arbitrage CCJA, de la convention d'arbitrage conclue par les parties et du cadre de l'arbitrage défini dans le procès-verbal constatant l'objet du litige afin que l'évocation permette seulement de quitter le tribunal arbitral, non l'arbitrage.

Les parties qui choisissent de recourir à l'arbitrage sont en général dans de bonnes dispositions morales pour exécuter spontanément la sentence qui sanctionne la procédure

qu'elles ont volontairement engagée. Mais quelquefois, il peut y avoir un mauvais perdant et c'est alors qu'il devient nécessaire de recourir à l'exécution forcée de la sentence en obtenant pour celle-ci un exequatur. En effet, conformément à l'article 25 alinéa a 2 du Traité OHADA, les sentences arbitrales « peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur » qui est de la seule compétence de la CCJA et, plus précisément, de son président ou de celui des juges qu'il délègue à cet effet. L'exequatur peut ainsi être accordé par l'un ou l'autre de ces deux membres de la Cour ou être refusé dans cinq cas limitativement énumérés, à savoir :

- 1) lorsque la Cour est déjà saisie d'une requête en contestation de validité de la sentence pour laquelle l'exequatur est demandée ;
- 2) lorsque l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- 3) si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée par les parties ;
- 4) lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respectée ;
- 5) si la sentence est contraire à l'ordre public international (Articles 29 et 30 du Règlement d'arbitrage CCJA).

Lorsque l'exequatur est accordé par une ordonnance du président de la CCJA ou du juge délégué à cet effet, l'autorité nationale désignée par l'Etat pour lequel l'exequatur a été demandé appose la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit Etat (Article 31 du Règlement d'arbitrage CCJA). Cette ordonnance accordant l'exequatur doit être notifiée par le requérant à la partie adverse ; celle-ci peut former, dans les quinze jours de la notification, une opposition à exequatur, laquelle est jugée contradictoirement à l'une des audiences juridictionnelles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

III LA FONCTION CONSULTATIVE DE LA CCJA.

La fonction consultative de la CCJA se retrouve dans l'élaboration des actes uniformes et dans l'application du Traité, de ses règlements et des Actes uniformes.

Ainsi, selon l'article 6 du Traité « les Actes Uniformes sont préparés par le Secrétariat Permanent en concertation avec les gouvernements des Etats Parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ». La CCJA dispose donc d'une prérogative dont ne bénéficient pas, par exemple, les parlements nationaux qui sont écartés de cette procédure législative.

Nous nous intéresserons plutôt à la seconde fonction consultative. Aux termes de l'article 14 alinéa 2 du Traité, la Cour commune de Justice et d'Arbitrage peut aussi être consultée sur toute question relative à l'interprétation et l'application du droit OHADA. Autrement dit, il peut être demandé à la Cour de formuler un avis sur ces questions. Cette demande d'avis peut émaner des juridictions nationales, d'un Etat Partie ou du Conseil des ministres. Elle doit formuler, en terme précis, la question sur laquelle l'avis de la Cour est sollicité (article 52 du Règlement de procédure de la Cour).

Cette demande d'avis est notifiée aux parties en cause devant la juridiction à l'origine de la demande par le greffier en chef de la Cour, tout comme aux Etats Parties au Traité. Il fait connaître, à cette occasion, aux destinataires de ces notifications la disponibilité de la Cour à recevoir leurs observations écrites. Celles-ci sont ensuite communiquées aux autres parties qui

sont admises à les discuter dans les formes et délais fixés par le Président de la Cour. C'est lui qui décide s'il y a lieu à audience.

Au terme de cette procédure, la Cour émet un avis consultatif qui contient l'indication qu'il est rendu par la Cour, la date du prononcé, les noms des juges qui y ont pris part, ainsi que celui du greffier, l'exposé sommaire des faits, les motifs, la réponse à la question posée par la Cour (Article 58 du Règlement).

Voici quelques exemples d'avis consultatifs.

1) La CCJA avait été saisie, pour avis, le 13 janvier 1999 par le président du Tribunal judiciaire de première instance de Libreville (Gabon) sur deux questions. Celle de savoir si le régime juridique des nullités instituées par l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, dans le sens de savoir s'il est fait référence au droit commun des nullités, que celles-ci soient d'ordre public ou non, et qui confère aux juges, dans tous les cas, un pouvoir d'appréciation en considération du préjudice que l'irrégularité est de nature à causer à la personne qui l'invoque. Ensuite, si la juridiction des urgences était compétente pour connaître des cas de nullité affectant un acte de dénonciation de saisie avec assignation en validité de celle-ci, eu égard justement à la saisine de la juridiction du fond qu'emporte cet acte.

Elle avait répondu en ces termes : l'Acte Uniforme portant organisation, des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a expressément prévu que l'inobservation de certaines formalités prescrites est sanctionnée par la nullité. Toutefois, pour quelques unes de ces formalités limitativement énumérées, cette nullité ne peut être prononcée que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque. Hormis ces cas limitativement énumérés, le juge doit prononcer la nullité lorsqu'elle est invoquée s'il constate que la formalité prescrite à peine de nullité n'a pas été observée sans qu'il soit alors besoin de rechercher la preuve d'un quelconque préjudice. Sur la seconde question, la CCJA a jugé que l'interprétation combinée des articles 49, 62, 68 et 144 de cet Acte Uniforme, il résulte que la juridiction des urgences, telle que déterminée par l'organisation judiciaire de chaque Etat membre de l'OHADA, est compétente pour connaître des cas de nullité affectant un Acte de dénonciation de saisie avec assignation en validité de celle-ci ¹⁴.

2) Le 26 avril 2000, la CCJA s'était prononcée, sur saisie par la République du Sénégal, sur deux questions relatives à la compréhension de l'Acte Uniforme relative au droit des sociétés et du GIE. La première question est de savoir si l'article 449 de cet Acte s'applique aux banques et établissements financiers ; il dispose que « les cautions, avals, garanties et garanties à première demande souscrits par la société pour des engagements pris par des tiers, font l'objet d'une autorisation préalable du Conseil d'Administration. Le Conseil d'Administration peut, dans la limite d'un montant total qu'il fixe, autoriser le Président Directeur ou Directeur Général, selon le cas, à donner des cautions, avals, garanties ou garanties à première demande. Cette autorisation peut également fixer, par engagement, un montant au-delà duquel la caution, l'aval, la garantie ou la garantie à première demande de la société ne peut être donnée, lorsqu'un engagement dépasse l'un ou l'autre des montants ainsi fixés, l'autorisation du Conseil d'Administration est requise dans chaque cas... ».

¹⁴ CCJA, Avis, 7 juillet 1999. www.ohada.com/ohadata J-*

La seconde question porte sur le fait que l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés et du GIE ne prévoit pas expressément l'institution du poste de vice-président dans les organes dirigeants des sociétés anonymes, notamment des banques et établissements financiers : est-il possible, dans le cadre de la mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes avec les dispositions dudit Acte Uniforme, d'instituer un poste de vice-président dans les organes dirigeants des banques et établissements financiers.

La réponse de la CCJA était claire : tout d'abord, les dispositions de l'Acte Uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et compagnie étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, l'article 449 dudit Acte Uniforme s'applique aux banques et aux établissements financiers entrant dans cette détermination juridique. Les seules dérogations admises sont celles prévues par l'Acte Uniforme lui-même qui renvoie à cet égard aux dispositions législatives nationales auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier.

Ensuite, l'article 909 de l'Acte Uniforme concerné ayant édicté que « la mise en harmonie a pour objet d'abroger, de modifier et remplacer, le cas échéant, les dispositions statutaires contraires aux dispositions impératives du présent Acte Uniforme et de leur apporter les compléments que le présent Acte Uniforme rend obligatoire », il s'en suit qu'il ne peut être possible, sans dénaturer et violer l'objet de cette mise en harmonie ainsi juridiquement et restrictivement circonscrit, d'instituer dans ce cadre spécifique, un poste de vice-président dans les organes dirigeants des sociétés commerciales visées par la demande ¹⁵.

3) Il arrive que la CCJA soit saisie pour avis sur plusieurs questions à la fois ; ce fut le cas dans l'avis n°001/2001/EP du 30 avril 2001 ¹⁶ sur saisine de la République de Côte d'Ivoire. Ces questions concernaient aussi bien l'applicabilité directe des Actes Uniformes (article 10 du Traité) que leur effet abrogatoire sur le droit interne. Elle a, en substance, répondu que l'article 10 du Traité OHADA contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les Etats Parties des Actes Uniformes nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure et postérieure ; cet article 10 contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes Uniformes, et cette abrogation concerne également les dispositions du droit interne identiques à celles des Actes Uniformes.

Même si leur autorité de fait est indéniable sur les juridiction internes, ces avis consultatifs émis par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage posent des problèmes pratiques et théoriques tenant notamment à leur nature et leur portée. Le Traité de l'OHADA, tout comme le Règlement de procédure de la Cour n'apportent pas de réponse formelle.

Ces avis consultatifs ont une filiation ou des traits communs avec la technique du renvoi préjudiciel institué par l'article 234 du Traité sur l'Union Européenne (ancien article 177 de la C.E.E) qui est la procédure par laquelle la juridiction nationale peut ou doit saisir le juge communautaire sur une question de droit dont dépend la solution du litige, et celle relative aux avis contentieux institués devant la COUR de cassation ou le Conseil d'Etat français.

- Avis consultatifs de l'OHADA et renvoi préjudiciel devant la CJCE

¹⁵ CCJA, avis n°002/2000 EP du 26 avril 2000, www.ohada.com/ohadata J-*

¹⁶ www.ohada.com/ohadata J-*

Si les deux procédés sont proches l'un de l'autre au regard des conditions de mise en œuvre du renvoi préjudiciel et des conditions tenant à la procédure, il en va tout autrement quand on s'intéresse aux effets respectifs de l'arrêt préjudiciel dans la communauté européenne et de l'avis consultatif à l'OHADA.

* Sur les conditions de mise en œuvre du renvoi préjudiciel : à l'OHADA comme à la Communauté européenne, pour que le renvoi soit possible il faut d'abord qu'il soit effectué par une juridiction nationale et qu'ensuite que la juridiction statue dans le cadre d'une procédure destinée à une décision juridictionnelle.

* Sur les conditions tenant à la saisine : il s'agit à l'OHADA comme à l'Union Européenne, d'une procédure de « juge à juge ». La juridiction nationale étant seule compétente pour saisir la Cour, les parties au litige ne pouvant le faire.

* Sur les effets de l'avis consultatif de l'OHADA et de l'arrêt préjudiciel de la C.J.C.E : la différence apparaît nettement. L'avis consultatif de l'OHADA n'a pas juridiquement le même effet, même si son autorité de fait à l'égard du juge interne est indéniable ; or l'arrêt préjudiciel a une force obligatoire et, à ce titre, il s'impose au juge interne de renvoi qui doit l'appliquer dans l'instance communautaire. Cette différence par rapport aux effets limite significativement le rapprochement entre l'avis consultatif de l'OHADA et l'arrêt préjudiciel dans le cadre de l'Union Européenne.

- Avis consultatif de l'OHADA et avis contentieux du conseil d'Etat Français.

On sait que pour assurer la coordination rapide des façons de juger des tribunaux et cours d'appel et, en même temps, d'exerce une action de prévention de la contestation des jugements qui sont rendus et des litiges eux mêmes, il a été institué devant le conseil d'Etat la technique de la « saisine pour avis »(loi 31 décembre 1987). Celle-ci existe aussi devant la COUR de cassation (loi du 15 mai 1991). Elle permet au juge du fond, lorsqu'il éprouve des hésitations sur l'interprétation d'un nouveau texte, de saisir directement la juridiction suprême pour qu'elle donne un avis tout de suite, avant même que l'affaire n'ait été jugée en dernier ressort.

Ces deux procédés qui sont l'un et l'autre à la disposition des juges puisqu'ils échappent à l'initiative des parties s'opposent quant aux conditions de saisine alors que sur la portée des avis, tout tend à les rapprocher. S'agissant des conditions de saisine, deux conditions de fond sont posées en France alors qu'à l'OHADA aucune condition n'est prévue. La procédure de «saisine pour avis » permet à la juridiction suprême de se prononcer par un « avis » sur les questions de droit nouvelles présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

Quant à la portée de l'avis, elle est la même dans l'un et l'autre cas. Il ne s'agit que d'un simple avis. Formellement le juge du fond n'est jamais obligé de suivre cet avis. Et par ailleurs, cet avis ne lie pas davantage les plaideurs. Pourtant, quel est le juge du fond qui, après avoir demandé cet avis auquel il aura été répondu, osera se prononcer en sens contraire et s'exposer ainsi à une éventuelle cassation ? Par leur autorité de fait, les avis consultatifs de l'OHADA renferment un ferment de hiérarchisation dans la mesure où la Cour Commune de Justice et l'Arbitrage , au lieu de dire le droit à l'occasion d'une affaire déterminée, intervient

comme une autorité supérieure pour dire aux juges du fond comment ils devraient interpréter le droit OHADA. Comme le dit M.Boumakani « il y transparaît un relent de « directive » qui prend ici un relief particulier dans un contexte où déjà la logique hiérarchique prime dans les relations entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et le juge de fond avec la cassation sans renvoi »¹⁷.

Conclusion

En dépit de sa jeunesse, le fonctionnement de la CCJA peut être considéré comme satisfaisant au triple point de vue contentieux, arbitral et consultatif, notamment lorsqu'on le compare aux autres juridictions communautaires africaines comme la Cour de Justice de la CEMAC. Son succès peut s'expliquer par la confiance que les acteurs économiques lui accordent.

¹⁷ in *Le juge interne et le droit OHADA*, Penant, Avril-Juin 2002, n° 839, p. 146.