

Les dispositions d'ordre public et les actes uniformes de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)

Philibert Mbdia Balla

Volume 63, Number 4, December 2022

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1096889ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1096889ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Mbdia Balla, P. (2022). Les dispositions d'ordre public et les actes uniformes de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). *Les Cahiers de droit*, 63(4), 967–990. <https://doi.org/10.7202/1096889ar>

Article abstract

By conferring public policy status on the legal norms contained in the Uniform Acts of the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA), the legislator seems to have departed from the objective sought by the Community Treaty. According to the latter, common standards must be simple, modern and adapted to the economies of the State Parties. However, in view of the imperative or rigid nature of public policy, it could be argued that public policy provisions are incompatible with the flexible legal approach advocated for the Uniform Act. It is therefore necessary to find mechanisms for bringing public policy provisions into line with the Uniform Acts. This would be done by adjusting the framework for the expression of public policy provisions in the Uniform Acts, by firstly deregulating these public policy provisions and secondly opting for a new legal approach called regulation.

Les dispositions d'ordre public et les actes uniformes de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)

Philibert MBDIA BALLA*

En conférant le caractère d'ordre public à des normes juridiques contenues dans les actes uniformes de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), le législateur OHADA semble s'être éloigné de l'objectif recherché par le Traité OHADA signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice). Selon ce dernier, les normes communes doivent être simples, modernes et adaptées aux économies dans les États parties. Cependant, au regard de l'impérativité ou de la rigidité qui caractérise l'ordre public, on pourrait se rendre compte que les dispositions d'ordre public sont incompatibles avec l'approche juridique souple préconisée pour un acte uniforme donné. Il y a donc lieu de trouver les mécanismes de rapprochement des dispositions d'ordre public avec les actes uniformes. Ce changement passerait par un aménagement du cadre d'expression des dispositions d'ordre public dans les actes uniformes, tout d'abord en procédant à la déréglementation desdites dispositions d'ordre public et, par la suite, en optant pour une nouvelle approche juridique nommée « régulation ».

By conferring public policy status on the legal norms contained in the Uniform Acts of the Organization for the Harmonization of Business

* Moniteur à la Faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Yaoundé II, Cameroun.

Article à jour en date du 17 octobre 2022.

En vertu des règles linguistiques de la revue, l'utilisation de la seule forme masculine vise à alléger le texte et, selon les circonstances, elle désigne aussi bien les femmes que les hommes.

Law in Africa (OHADA), the legislator seems to have departed from the objective sought by the Community Treaty. According to the latter, common standards must be simple, modern and adapted to the economies of the State Parties. However, in view of the imperative or rigid nature of public policy, it could be argued that public policy provisions are incompatible with the flexible legal approach advocated for the Uniform Act. It is therefore necessary to find mechanisms for bringing public policy provisions into line with the Uniform Acts. This would be done by adjusting the framework for the expression of public policy provisions in the Uniform Acts, by firstly deregulating these public policy provisions and secondly opting for a new legal approach called regulation.

Al conferir el carácter de orden público a las normas jurídicas contenidas en las Leyes Uniformes de la Organización para la Armonización del Derecho de los Negocios en África (OHADA), el legislador parece haberse alejado del objetivo que persigue el Tratado comunitario. Según este último, las normas comunes deben ser sencillas, modernas y adaptadas a las economías de los Estados partes. Sin embargo, en consideración a la imperatividad o a la rigidez que caracteriza al orden público, se evidencia que las disposiciones de orden público resultan incompatibles con el enfoque legal flexible recomendado por las Leyes Uniformes. Por lo tanto, es necesario hallar mecanismos para armonizar las disposiciones de orden público con las Leyes Uniformes, lo cual supondría realizar ajustes en el marco de la expresión de las disposiciones de orden público en las Leyes Uniformes, en primer lugar, y procediendo a la desreglamentación de dichas disposiciones de orden público, optando por un nuevo enfoque jurídico denominado regulación.

	Pages
1 L'inadéquation des dispositions d'ordre public avec les Actes uniformes.....	974
1.1 Le caractère lacunaire de l'ordre public des affaires de l'OHADA.....	974
1.1.1 L'absence d'une définition de l'ordre public proposée par le législateur OHADA.....	975

1.1.2	Le silence de la jurisprudence de l'OHADA sur la définition de l'ordre public	976
1.2	L'incompatibilité de l'ordre public avec l'approche juridique de l'Acte uniforme.....	979
1.2.1	L'impérativité caractéristique de l'ordre public	979
1.2.2	L'approche flexible de l'Acte uniforme	980
2	La recherche d'adaptation des dispositions d'ordre public avec les Actes uniformes	982
2.1	La déréglementation des dispositions d'ordre public	982
2.1.1	La Signification de la déréglementation.....	982
2.1.2	L'exigence de conformité au Traité de l'OHADA	983
2.2	Le passage à une nouvelle approche juridique.....	985
2.2.1	L'approche par le droit en réseau.....	985
2.2.2	L'approche par la régulation	987

Par une expression laconique, le législateur de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) a conféré aux dispositions des articles 101, 102, 103, 107, 110, 111, 117, 123, 124, 125, 126, 127, 130 et 133 de l'*Acte uniforme relatif au droit commercial général* (AUDCG)¹, le caractère d'ordre public. Il a également décidé de revêtir de ce caractère particulier les règles juridiques contenues dans l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* (AUSCGIE)², ainsi que celles qui sont réunies dans l'*Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives* (AUSCoop)³. Dans ces deux actes uniformes, les termes de l'article 2 sont clairs⁴ : « Les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme,

-
1. OHADA, *Acte uniforme relatif au droit commercial général*, adopté le 17 avril 1997, J.O. OHADA, n° 1, 1^{er} octobre 1997, p. 1 (ci-après « AUDCG »), art. 134 : « Sont d'ordre public les dispositions des articles 101, 102, 103, 107, 110, 111, 117, 123, 124, 125, 126, 127, 130 et 133 du présent Acte uniforme. »
 2. OHADA, *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, adopté le 17 avril 1997, J.O. OHADA n° 2, 1^{er} octobre 1997, p. 1 (ci-après « AUSCGIE »).
 3. OHADA, *Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives*, adopté le 15 décembre 2010, J.O. OHADA, n° 23, 15 février 2011, p. 1 (ci-après « AUSCoop »).
 4. C'est la même formulation pour l'article 2 de l'AUSCGIE, préc., note 2, et pour l'AUSCoop, préc., note 3.

soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme.» Le législateur OHADA en a décidé ainsi, tant pour l'AUSCGIE que pour l'AUSCoop dans leur ensemble, et un peu moins s'agissant de l'AUDCG, pour quelques dispositions seulement. Les deux premiers textes—dont l'un comporte 920 articles dans sa version révisée du 30 janvier 2014, et l'autre, qui a été adopté le 15 décembre 2010, compte 397 articles—sont d'ordre public. L'AUDCG, enfin, ne dispose que de 14 articles revêtus du caractère d'ordre public. Si le déphasage de la prégnance de l'ordre public dans les actes uniformes mentionnés plus haut pourrait se justifier au regard des intérêts que le législateur OHADA chercherait à protéger, en revanche, la généralisation du caractère d'ordre public au travers des dispositions normatives contenues dans certains actes uniformes montre quand même qu'une attention particulière devrait y être accordée. À vrai dire, la force impérative découlant ainsi des règles juridiques appelle nécessairement à s'interroger sur ce qu'est véritablement l'ordre public, la façon dont il se présente dans le droit des affaires de l'OHADA et, dans une moindre mesure, les rapports que cet ordre public entretiendrait avec les actes uniformes de l'OHADA.

En effet, l'étude notionnelle concernant l'ordre public ne semble pas avoir permis à ce jour de parvenir à une conception unifiée, voire unique. Les auteurs s'accordent d'ailleurs pour reconnaître que l'ordre public brille généralement et se distingue par son caractère flou, paradoxal⁵, incertain et même fuyant⁶. En réalité, l'ordre public donne très souvent lieu à des difficultés d'appréhension et de précision. Son évocation dans le droit des affaires de l'OHADA ne ferait pas l'objet d'un consensus dans l'esprit du législateur OHADA, selon notre examen de la question. L'article 31 al. 4 de l'*Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA)*⁷ dispose que « [l]a reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international ». Dans le même

5. Guillaume RICHARD, « L'ordre public économique, généalogie d'une notion paradoxale », dans Aurore LAGET-ANNAMAYER (dir.), *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 2018, p. 13.

6. Cette notion passe-partout se trouve dans presque tous les domaines. À titre d'exemples : en droit administratif, l'ordre public apparaît sous la trilogie du besoin de tranquillité, de sécurité et de salubrité publiques ; en droit international privé, la notion se présente en tant que mécanisme d'éviction de la volonté des parties ; en droit civil, l'ordre public trouve son essence dans l'article 6 du Code civil français : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

7. OHADA, *Acte uniforme relative au droit de l'arbitrage*, adopté le 11 mars 1999, J.O. OHADA n° 5, 15 mai 1999, p. 2 (ci-après « AUA »).

temps, les actes uniformes relatifs au droit des sociétés commerciales et des sociétés coopératives parlent des règles d'ordre public tout simplement. Devrait-on alors considérer ces dernières dispositions comme des règles d'ordre public international ? Il ne nous paraît pas évident de donner très rapidement une réponse affirmative, ou alors une réponse infirmative.

Nous pensons d'ailleurs que la doctrine est divisée sur la perception de la notion d'ordre public international dans le droit des affaires. Pour une partie, c'est un « ordre public international des États-parties à l'OHADA » qui est vu tel cet ordre public qu'il appartient à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), en tant que juridiction supranationale, de définir⁸. Pour une autre partie, l'ordre public international en droit des affaires serait un « ordre public international commun aux États-parties à l'OHADA⁹ », c'est-à-dire un ordre public constitué de l'ensemble du droit OHADA (divers actes uniformes et règlements adoptés par le Conseil des ministres de l'OHADA) ainsi que des règles extérieures à l'OHADA mais largement reconnues par la communauté internationale¹⁰. Toutes choses qui montrent que la notion d'ordre public en droit des affaires de l'OHADA aurait besoin d'une clarification ou d'une précision ; à défaut de l'avoir sur le plan textuel, on pourrait l'obtenir tout au moins sur le plan jurisprudentiel.

Il n'est pas superflu de signaler que l'étude des règles considérées comme d'ordre public n'est pas nouvelle dans le droit des affaires de l'OHADA. Elle a été menée notamment par Joseph Issa Sayegh. Selon lui, le caractère d'ordre public conféré à l'ensemble des règles contenues dans l'AUSCGIE doit être perçu en tant qu' « exemple rare, voire unique, du législateur OHADA qui décide que toutes les dispositions d'un texte sont d'ordre public¹¹ ». Une autre étude a été menée, cette fois-ci par Pascal Nguihe Kante. Pour cet auteur, le caractère d'ordre public des règles juridiques du droit des sociétés commerciales de l'OHADA doit être appréhendé dans sa dimension hautement impérative, celle qui fait échec à l'expression de la volonté individuelle et qui se traduit simplement à la manière d'une « exigence qui interdit d'y déroger et rend nulles ou non

8. Sylvie Yvonne BEBOHI EBONGO, « L'ordre public international des États-parties à l'OHADA », (2000) 34 *Revue camerounaise de l'arbitrage* 3.

9. Gaston KENFACK DOUJANI, « La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA », [En ligne], [<https://www.ohada.com/documentation/doctrine/ohadata/D-08-58.html?download=pdf>] (12 août 2022).

10. *Id.*

11. Joseph ISSA-SAYEGH, « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) », (2009) 869 *Penant* 393.

écrites toutes dispositions législatives, réglementaires ou contractuelles contraires¹²».

Il y aurait lieu de se demander si toutes les normes dites d'ordre public sont uniquement celles auxquelles le législateur OHADA a décidé de conférer ce caractère particulier. Autant on ne saurait dire que toutes les règles juridiques sont d'ordre public, autant on ne saurait soutenir que le caractère d'ordre public des règles juridiques procède de la même démarche. En effet, il est important de savoir que ce caractère est conféré aux normes juridiques selon deux démarches : d'une part, les règles dont le caractère d'ordre public est déterminé par un texte¹³ et, d'autre part, les règles dont le caractère d'ordre public est fixé par la jurisprudence. Dans la première catégorie, il faudrait faire un *distinguo* entre les règles dites impératives, que les parties sont incapables d'écarter par conventions contraires¹⁴, et les règles supplétives, auxquelles les sujets de droit peuvent déroger par l'application d'une clause insérée dans leur contrat¹⁵. L'intérêt de la distinction se trouve dans la force obligatoire absolue que la loi confère à la norme impérative et la force obligatoire relative qui est reconnue à la norme supplétive. Dans la seconde catégorie, l'analyse de la jurisprudence montre que l'ordre public s'exprime également dans les décisions rendues par le juge. En cas de silence ou d'obscurité de la loi, c'est bien au juge que revient la délicate tâche de conférer à une disposition normative le caractère d'ordre public dès lors qu'il estime que la règle qu'il est appelé à appliquer a pour objet de protéger un intérêt général auquel la volonté individuelle ne saurait porter atteinte. C'est souvent le cas lorsque le juge se prononce pour frapper de nullité ou d'inopposabilité les actes

-
12. Pascal NGUIHE KANTE, «Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique», dans André AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 181-226.
 13. Le texte indique que «Les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme.» Comme c'est le cas avec l'AUSCGIE, préc., note 2, et l'AUSCoop, préc., note 3, dont l'article 2 précise effectivement le caractère d'ordre public des règles juridiques.
 14. Dans l'AUSCGIE par exemple, le législateur OHADA interdit formellement de priver un associé de son droit de participer aux décisions collectives : «Sauf disposition contraire du présent acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite.» (Article 125). On pourrait également ranger dans la catégorie des règles impératives, les dispositions relatives au mariage, au divorce ou encore les règles de procédure, qui exigent généralement le respect scrupuleux des formalités prescrites.
 15. Cela pourrait être le choix du mode d'exécution du contrat, du moment du paiement dans un contrat de vente, par exemple.

accomplis par une partie ou encore pour réputer non écrite ou non avenue l'une des stipulations insérées dans un contrat ou, enfin, pour déclarer la déchéance. En tout état de cause, il est important de retenir qu'une disposition dite d'ordre public s'entend de « toute disposition dont le respect est impératif et dont l'inobservation est rigoureusement et formellement sanctionnée¹⁶ ».

Nous pourrions alors nous demander si l'élaboration des actes uniformes se traduirait par l'adoption des règles juridiques revêtues d'un caractère particulièrement impératif et dont le rôle est d'empêcher la volonté individuelle de s'exprimer librement. Tel semble être le cas à la lumière des actes uniformes relatifs au droit des sociétés commerciales et des sociétés coopératives. Et quand bien même le législateur OHADA aurait prévu des exceptions au caractère d'ordre public de ces règles, nous nous rendons à l'évidence que lesdites exceptions sont elles-mêmes enfermées dans des conditions particulières¹⁷. Le texte de l'article 2 de l'AUSCGIE et de l'AUSCoop en est la parfaite illustration lorsqu'il précise ceci : « sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme ».

Or, la démarche juridique qui gouverne la mise en place des actes uniformes réside dans l'esprit et la lettre de l'article 1^{er} du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, fondateur de l'OHADA, signé à Port-Louis le 17 octobre 1993¹⁸ : « Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels. » Certains penseraient donc que la simplification qui sous-tend le processus d'élaboration et d'adoption des actes uniformes signifierait que les règles juridiques communes qui y sont contenues sont dépourvues de toute réglementation contraignante,

16. Frédéric DJAKBA PAGO, *L'ordre public en droit des affaires OHADA*, thèse de doctorat, Soa, Faculté de droit, Université de Yaoundé II, 2015, p. 3 et 4.

17. J. ISSA-SAYEGH, préc., note 11.

18. *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, adopté le 17 octobre 1993, modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008, art. 6 (ci-après « Traité OHADA »). La révision du Traité intervenue à Québec a conduit à la modification des articles 3, 4, 4, 7, 9, 12, 14, 17, 27, 31, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 49, 57, 59, 61 et 63. L'article 1^{er}, quant à lui, n'aura pas été changé, réaffirmant de ce fait la position de l'OHADA en vue de l'édification d'un droit favorable à l'investissement et au développement.

superfétatoire et contraire aux objectifs poursuivis par l'OHADA. En effet, les actes uniformes sont pris pour l'adoption des règles communes conformément à l'article 5 du Traité fondateur de l'OHADA, il y a lieu de reconnaître avec la doctrine que «les actes uniformes ont pour but de supprimer les divergences législatives entre les États membres par l'édiction de règles qui, en principe, sont identiques en tout point¹⁹». Le but poursuivi est d'éviter les conflits de lois, d'alléger la charge de l'interprétation des lois qui pèse généralement sur le juge et qui parfois conduit à des décisions contradictoires.

Cet état de choses — qui présente, d'une part, l'impérativité découlant de l'ordre public et, d'autre part, la simplification qui est préconisée pour l'acte uniforme — suscite tout naturellement un questionnement, à savoir si la présence des dispositions d'ordre public dans les actes uniformes ne serait pas incompatible avec ces derniers. Cette préoccupation principale qui sous-tend et structure la présente recherche nous invite à lire l'ordre juridique de l'OHADA à travers le prisme de la hiérarchie des normes juridiques. Au sommet de la hiérarchie se trouvent le Traité, en tant que norme fondamentale de l'OHADA, et les actes uniformes considérés comme les normes matérielles du droit des affaires. Il y aurait donc une inadéquation des dispositions d'ordre public avec les actes uniformes (partie 1), dès lors que ceux-ci ne sont pas en conformité avec le Traité. Il devient alors urgent de rechercher les mécanismes permettant une adaptation des dispositions avec les actes uniformes (partie 2).

1 L'inadéquation des dispositions d'ordre public avec les Actes uniformes

De manière générale, l'inadéquation se caractérise par le fait qu'une chose ne correspond pas à l'autre ou ne lui convient pas. Il semble que ce soit le cas des rapports qu'entretiendrait l'ordre public avec les actes uniformes de l'OHADA. En raison de son caractère incertain, voire lacunaire (1.1), l'ordre public serait incompatible avec l'approche juridique de l'acte uniforme (1.2).

1.1 Le caractère lacunaire de l'ordre public des affaires de l'OHADA

L'ordre public des affaires de l'OHADA est lacunaire, parce que ses contours ne sont pas précisés par le législateur communautaire (1.1.1) ni par la jurisprudence (1.1.2).

19. Gérard NGOUMTSA ANOU, «Actes uniformes et conflits de lois», dans Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie de droit OHADA*, Rueil-Malmaison, Éditions Lamy, 2011, p. 174, à la page 175.

1.1.1 L'absence d'une définition de l'ordre public proposée par le législateur OHADA

Le législateur de l'OHADA a-t-il besoin de définir l'ordre public des affaires ? Pourquoi devrait-il préciser ou circonscrire les contours de l'ordre public des affaires de l'OHADA ? Voilà un questionnement éminemment important, tant l'usage de l'ordre public est fréquent et varié.

En effet, la notion d'ordre public est perceptible au travers des textes du droit des affaires de l'OHADA. Ladite notion apparaît d'abord dans l'article 25 du Traité OHADA, en tant que moyen permettant de refuser d'accorder l'exequatur dès lors qu'il est avéré que la « sentence est contraire à l'ordre public international ». C'est aussi le cas dans la version du 11 mars 1999 de l'AUA lorsqu'il dispose que le recours en annulation de la sentence arbitrale n'est recevable que « si le Tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international des États signataires du Traité ». On l'aperçoit également dans l'article 32 du même texte, qui dispose que « [l]a reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des États-parties ». Enfin, dans la version révisée à Conakry au Bénin le 23 novembre 2017, l'AUA parle plutôt de l'« ordre public international²⁰ ». En réalité, ce sont des déclinaisons de l'ordre public que le législateur OHADA a intégrées dans son ordre juridique.

Au regard de ce que l'ordre public est par essence une notion plutôt paradoxale²¹, et qu'elle est susceptible d'une kyrielle de définitions, Jean Carbonnier s'interroge en ces termes : « Mais au fond, qu'est-ce donc que cet ordre public dont tout le monde parle²² ? » Parce qu'en tant que concept détenteur d'un pouvoir normatif, il importe que l'ordre public soit à tout le moins précisé pour éviter toutes sortes de confusion de nature à complexifier son application dans le droit des affaires. Si l'on observe de près la situation, on voit bien que le législateur OHADA ne semble pas répondre à cette interrogation. Or, à titre d'organe législatif, le Conseil des ministres de l'OHADA dispose d'un ensemble de prérogatives parmi lesquelles se trouvent les suivantes : délibérer et adopter les actes uniformes²³, prendre les règlements pour l'application du Traité²⁴. Il lui appartient donc, en matière de droit des affaires, de proposer des « règles claires, cohérentes,

20. AUA, préc., note 7, art. 26 e) et 31 al. 4.

21. G. RICHARD, préc., note 5.

22. Jean CARBONNIER, « Exorde », dans Thierry REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 1.

23. Traité OHADA, préc., note 18.

24. *Id.*, art. 4.

adaptées aux circonstances ainsi qu'aux activités qu'elles sont censées réguler²⁵», afin de garantir la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA. On est dès lors en droit de le considérer comme l'organe qui définit la politique législative dans l'espace unifié. En ce sens, l'ordre public peut être vu comme la « clef de voûte » du système juridique de l'OHADA, et c'est effectivement au législateur qu'il revient de lui donner un contenu. Le vide juridique étant persistant, il y a lieu de poursuivre nos recherches du côté de la jurisprudence.

1.1.2 Le silence de la jurisprudence de l'OHADA sur la définition de l'ordre public

Le Traité constitutif de l'OHADA a défini l'ordre juridictionnel compétent en matière de droit des affaires. Il comprend deux degrés de juridictions : celles qui sont du premier degré, dont les juridictions nationales dans les États parties à l'OHADA, et la juridiction de second degré, soit la CCJA.

S'agissant des juridictions du premier degré, les décisions qu'elles rendent constituent une partie essentielle de la jurisprudence dans l'ordre juridique de l'OHADA. Et, en tant que telles, ces décisions « contribuent à compléter les sources du droit communautaire de l'OHADA encore en construction et à vivifier le droit matériel qui en résulte²⁶ ». Les juridictions nationales pourraient ainsi être d'un apport notable concernant la mise en place d'un ordre public des affaires propre à l'OHADA. C'est dans leur rôle de contribuer à l'édification du droit des affaires. Celui-ci leur est d'ailleurs reconnu par le Traité en son article 13 : « Le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des États parties. » Elles peuvent donc naturellement procéder au comblement des vides juridiques, mais aussi faire des propositions qui serviront éventuellement d'inspiration pour la définition d'un ordre public spécifique à l'OHADA. En l'état actuel de la jurisprudence, il n'est pas certain qu'une juridiction nationale se soit déjà prononcée à ce sujet. Bien plus, il se trouve que le rôle concernant les propositions de réformes est généralement confié aux commissions nationales, qui sont en réalité des structures créées à l'échelle nationale pour servir de relais entre l'OHADA et les États membres.

En ce qui concerne la juridiction de second degré, il y a uniquement la CCJA. Celle-ci est placée au sommet de l'organisation judiciaire de

25. Mahutodji Jimmy Vital KODO, *L'application des Actes uniformes de l'OHADA*, Louvain-la-Neuve, Éditions Academia-Bruylant, 2011, p. 26.

26. *Id.*, p. 43.

l'OHADA. À cet égard, l'article 14 du Traité dispose ceci : « La Cour commune de justice et d'arbitrage assure dans les États parties l'interprétation et l'application commune du présent Traité, des Règlements pris pour son application et des Actes uniformes. » Trois attributions importantes reviennent à la CCJA : une fonction juridictionnelle, une fonction consultative et une fonction arbitrale. Concernant la fonction juridictionnelle, « [l]a CCJA n'est compétente que pour connaître des matières qui ont fait l'objet d'Actes uniformes²⁷ ». S'agissant des fonctions consultatives, la CCJA peut être consultée par tout État partie ou par le Conseil des ministres de l'OHADA pour se prononcer sur des questions se rapportant à l'interprétation et à l'application des actes uniformes²⁸. Pour ce qui est de la fonction arbitrale, la haute juridiction de l'OHADA s'acquitte de ses attributions par un double rôle de structure administrative et d'instance arbitrale : elle préside au choix des arbitres et sert de centre d'accueil des instances.

Toutes ces compétences de grande importance confèrent à la CCJA la singularité d'une juridiction placée au-dessus des États parties, avec comme volonté sous-jacente de la doter « de pouvoirs normatifs en matière de police des comportements ou, si l'on veut d'ordre public²⁹ » dans l'espace unifié. C'est dans cette optique que la CCJA est généralement appelée à émettre son avis avant toute délibération et toute adoption, ainsi que sur le sens à donner aux difficultés d'interprétation et d'application des règles juridiques ayant fait l'objet d'actes uniformes. Son autorité dans ce domaine n'a jamais été discutée, ainsi qu'en témoignent les avis consultatifs n° 02/2000/EP du 26 avril 2000³⁰ et n° 001/2001/EP du

27. François ANOUKAHA, « La délimitation de la compétence entre la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et les cours suprêmes nationales en matière de recouvrement des créances », (2004) 59 *Juris périodique* 118, 123.

28. Traité OHADA, préc., note 18, art. 14 al. 2 et 3.

29. Adeline JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, Paris, L.G.D.J., 2015, p. 247 et 248.

30. CCJA, Avis n° 2/2000/EP du 26 avril 2000, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° spécial, janvier 2003, p. 73. Émis à la suite d'une demande introduite par la République du Sénégal au sujet de l'interprétation de l'article 449 de l'AUSCGIE, préc., note 2, pour savoir si le texte de l'article 449 de l'AUSCGIE s'applique ou non aux banques et autres établissements financiers, la CCJA a usé de son pouvoir d'interprétation que lui confèrent le Traité OHADA (articles 14 alinéas 1 et 2) et 53 de son Règlement de procédure, pour dire que : « Les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit l'objet, l'article 449 dudit acte uniforme s'applique aux banques et aux établissements financiers entrant dans cette détermination juridique . »

30 avril 2001³¹. Nous pensons alors que la CCJA pourrait valablement user de son autorité pour se prononcer sur le sens et les contours de l'ordre public. D'ailleurs, selon un courant doctrinal, il revient à la plus haute juridiction de « dégager la conception de l'ordre public de l'ensemble des textes en vigueur³² » dans l'espace OHADA. Elle se doit également de « transcender l'égoïsme de l'ordre public international de chaque État membre de l'OHADA, pour définir un ordre public communautaire OHADA³³ », et ce, d'autant que le juge ne devrait pas sanctionner les atteintes à l'ordre public sans avoir eu au préalable le contenu de ce dernier.

À notre sens, une possibilité est offerte à la CCJA d'apporter une clarification à la notion d'ordre public dans le droit des affaires. Celle-ci se trouve dans le pouvoir d'initiative qui lui est reconnu par le Traité de l'OHADA³⁴. Comme elle le fait généralement en matière de correction ou de sanction des irrégularités pour l'affirmation de la primauté du droit des affaires³⁵, la CCJA pourrait user d'un *moyen d'office* au travers du *pouvoir d'évocation* que lui confère naturellement le Traité³⁶ pour donner un contenu à l'ordre public du droit des affaires de l'OHADA. Elle n'hésite d'ailleurs pas à en faire usage en matière de procédures collectives chaque fois qu'elle juge nécessaire de réformer ou d'annuler les décisions du juge-commissaire³⁷. Ce serait donc un *pouvoir d'office* dont la haute juridiction pourrait tirer avantageusement partie pour combler le vide juridique concernant les contours de l'ordre public des affaires.

-
31. CCJA, Avis n° 1/2001/EP, 30 avril 2001, Ohadata J-02-04. Par cet avis, la CCJA rappelle que « La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut être consultée sur toute question entrant dans le champ de l'article 13 du Traité OHADA en dehors de tout contentieux déjà né entre les parties. À cet effet, elle peut être saisie par tout État-partie ou par le Conseil des ministres conformément aux articles 14 alinéa 2 et 53 et suivants du Règlement de procédure de la CCJA. » (p. 3). La cour commune se prononça ainsi à la suite de la demande formulée par la République de Côte d'Ivoire, relativement au sens exact de l'article 10 du Traité OHADA, préc., note 23, mais aussi pour d'autres textes notamment : l'article 1^{er} al. 1 et 2 de l'AUDCG, préc., note 1 ; des articles 1^{er} et 919 de l'AUSCGIE, préc., note 2 ; de l'article 35 de l'AUA, préc., note 7 ; et de l'article 336 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, adopté le 10 avril 1998, J.O. OHADA n° 6, 1er juillet 1998, p. 1.
32. François TERRÉ et Alex WEILL, *Droit civil: les obligations*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1986, p. 251.
33. G. KENFACK DOUAINI, préc., note 9.
34. Traité OHADA, préc., note 18, art. 14 al. 5.
35. M.J.V. KODO, préc., note 25.
36. Traité OHADA, préc., note 18, art. 14: « En cas de cassation, [la Cour] évoque et statue sur le fond. »
37. François BIBOUM BIKAY, « Les pouvoirs d'office du juge des procédures collectives de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) et les principes cardinaux du procès », (2005) 5 *Juridical Tribune* 233.

Tenant compte des évolutions, nous nous proposons de définir l'ordre public dans le droit des affaires de l'OHADA, comme l'ensemble des usages et règles juridiques indispensables au développement économique dans les États parties. Cette définition est une réponse au besoin de souplesse propre au droit économique, à travers l'intégration des usages dans le processus d'unification du droit. Elle peut en outre servir de source d'inspiration permettant de réduire l'incompatibilité perceptible entre l'ordre public et les actes uniformes.

1.2 L'incompatibilité de l'ordre public avec l'approche juridique de l'Acte uniforme

Ainsi, l'impérativité de l'ordre public (1.2.1) serait incompatible avec l'approche juridique de l'acte uniforme (1.2.2).

1.2.1 L'impérativité caractéristique de l'ordre public

Le terme «impérativité» vient du mot «impératif», qui exprime ou impose un ordre, ou encore qui désigne tout ce qui est empreint d'autorité³⁸. L'impératif caractérise par ailleurs une disposition législative ou réglementaire qui ne saurait être écartée par une volonté individuelle contraire³⁹. On dit alors que la norme est d'autorité impérative, qu'elle a une nature impérative ou bien une portée impérative. Les normes impératives sont généralement entendues comme n'ayant pas la même force juridique par rapport aux autres. Elles sont considérées comme indérogeables parce qu'elles seraient dotées d'une force normative hiérarchiquement supérieure aux actes transactionnels⁴⁰. L'exemple le plus courant est celui de l'article 6 du Code civil français : «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.» Comment cette force supérieure s'exprime-t-elle dans le droit des affaires de l'OHADA ? Quel serait le but recherché ?

D'une part, l'impérativité de l'ordre public dans le droit des affaires se manifeste par l'effet direct et obligatoire des actes uniformes. Aux termes de l'article 10 du Traité OHADA, «[l]es Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute

38. Carine GIRAC-MARINIER (dir.), *Le Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2016, s.v. «Impérativité», p. 602.

39. Serge GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2017, s.v. «Impérativité», p. 1070.

40. Hélène PICOT, «D'un degré de la force normative : la force impérative en droit international public», dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 345.

disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure». En se fondant sur l'Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001 formulé par la CCJA, ce texte institue la supériorité des actes uniformes sur les règles nationales antérieures ou postérieures et les abroge chaque fois que ces dernières portent sur le même objet ou alors que leurs dispositions sont identiques à celles des actes uniformes⁴¹. Par le moyen de l'effet direct et obligatoire, l'impérativité de l'ordre public agit pour empêcher l'invocation de toute disposition de droit interne susceptible de contrarier celles qui sont contenues dans les actes uniformes.

D'autre part, l'impérativité découlant de l'ordre public en droit des affaires se traduit par la recherche de la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA. Le préambule du Traité fondateur de l'OHADA indique clairement qu'«il est essentiel que le droit de l'OHADA soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques». Ce serait autour de cette valeur cardinale qu'est bâti et que se développe le droit des affaires. Elle découlerait des instruments que sont les normes, en l'occurrence les actes uniformes et les institutions chargées de les appliquer⁴². Or, la sécurité juridique et judiciaire recherchée ne se déduit pas forcément de la nature ou de la portée impérative des règles matérielles du droit des affaires, d'où l'approche souple préconisée pour l'acte uniforme.

1.2.2 L'approche flexible de l'Acte uniforme

De manière générale, le terme «flexible» est employé autant en français qu'en anglais. En français, il signifie «malléable, maniable ou souple». Il renvoie à quelque chose «qui s'accommode facilement aux circonstances⁴³». Son usage en anglais conserve la même orthographe (*flexible*) et se rapporte également à ce qui est souple⁴⁴. À noter que le terme «flexible» est l'objet de recherche, notamment dans le domaine juridique, comme en témoigne l'étude que lui a consacrée Jean Carbonnier⁴⁵.

Dans le droit des affaires de l'OHADA, l'approche juridique de l'acte uniforme se veut flexible. Et la flexibilité qui est souhaitée se découvre à l'aune du moyen par lequel elle s'exprime, ainsi qu'à travers sa finalité.

41. CCJA, *Avis n° 1/2001/EP*, préc., note 31.

42. Pierre MEYER, «La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA», (2006) 855 *Penant* 151, 175; Fr. DJAKBA PAGOU, préc., note 16.

43. C. GIRAC-MARINIER (dir), préc., note 38, s.v. «Flexible», p. 505.

44. Pierre-Henri COUSIN et autres, *Le Robert et Collins. Pratique anglais*, 4^e éd., Paris, Éditions Le Robert, 2005, s.v. «Flexible», p. 592.

45. Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001.

D'abord, au regard du moyen par lequel elle se manifeste, la flexibilité du droit recherchée dans l'acte uniforme découle de l'approche participative qui sous-tend le processus de son élaboration. L'élaboration de l'acte uniforme est effectivement marquée par l'engagement des opérateurs économiques⁴⁶. Ceux-ci se recrutent dans les commissions nationales de l'OHADA (CNO), en tant que structures de relais entre les États membres et l'organisation. Les CNO ont pour rôle de mettre en évidence les besoins en ce qui a trait au droit ainsi que d'évaluer et de proposer les pistes d'amélioration des règles matérielles, notamment les actes uniformes⁴⁷. Elles participent alors activement à mettre des solutions à la disposition de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'OHADA, les difficultés pouvant découler de l'application du droit des affaires à l'échelle nationale. Elles s'assurent en définitive de la qualité des règles juridiques du droit des affaires. À noter que les destinataires de la règle de droit prennent rarement part eux-mêmes à son élaboration. L'approche participative ainsi relevée fait forcément du droit des affaires de l'OHADA un droit négocié, et donc un droit souple et adapté aux besoins de ses destinataires. Comme il semble conçu pour régir les activités économiques, nous convenons avec Mireille Delmas Marty qu'un droit propre à l'économie est en principe un droit mou⁴⁸.

Ensuite, la finalité recherchée dans l'approche flexible de l'acte uniforme est de promouvoir le recours à la justice privée. Selon les termes de l'article 1^{er} du Traité de l'OHADA, « [l]e présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires [...] par la mise en œuvre des procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends ». Le droit des affaires affiche donc clairement une préférence pour le recours à la justice privée, pour le règlement des différends commerciaux, ce qui relègue ainsi la justice étatique au second rang. Cela s'explique au regard de l'importance accordée à l'arbitrage, avec notamment l'AUA, le *Règlement d'arbitrage de la Cour*

46. D'autres acteurs sont souvent associés notamment au sein Commissions nationales OHADA (CNO), à raison de leur compétence, pour formuler des propositions et recommandations à l'élaboration des projets d'actes uniformes : avocats, notaires, huissiers, magistrats, professeurs d'université.

47. Pour la contribution des CNO de l'OHADA à l'amélioration du droit des affaires, lire : Anaclef NZOHABONAYO, « Préservation de la sécurité juridique et judiciaire des affaires à travers les formations : cas de l'ERSUMA et des commissions nationales OHADA », (2018) 23 *Revue de droit uniforme* 127.

48. Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Éditions du Seuil, 1998, p. 76.

*commune et de justice d'arbitrage*⁴⁹ et la création d'un centre d'arbitrage au sein de la CCJA. Il en est de même concernant le nouvel *Acte uniforme relatif à la médiation*⁵⁰. Le droit des affaires de l'OHADA érige ainsi la liberté contractuelle en norme suprême dans tout le système juridique, en plaçant le juge privé au-dessus du juge étatique. Mais si les parties ont la possibilité de renoncer à la justice étatique à tout moment, même lorsque l'instance a déjà été engagée⁵¹, il y aurait lieu de craindre que les intérêts privés puissent être au-dessus de l'intérêt général pourtant garanti par l'ordre public.

2 La recherche d'adaptation des dispositions d'ordre public avec les Actes uniformes

La recherche des mécanismes permettant d'aménager un cadre d'expression des dispositions d'ordre public dans les actes uniformes s'avère importante. Au préalable, il faut procéder à la déréglementation desdites dispositions (2.1), pour ensuite proposer une autre approche juridique mieux adaptée (2.2).

2.1 La déréglementation des dispositions d'ordre public

Avant de considérer la déréglementation des dispositions d'ordre public comme un moyen de se conformer aux exigences du Traité de l'OHADA (2.1.2), nous tenons à présenter sa signification (2.1.1).

2.1.1 La Signification de la déréglementation

Dans un sens général, la déréglementation consiste à «supprimer le plus grand nombre possible des réglementations imposant des contraintes aux opérateurs économiques⁵²». Vue sous cet angle, elle a pour objet d'effacer toutes les mesures contraignantes qui seraient de nature à gêner l'application des règles juridiques dans un domaine précis. La déréglementation ne signifie pas pour autant qu'il y aura désormais «moins de droit», comme le précise fort opportunément Mireille Delmas Marty⁵³. Elle n'entraîne pas non plus une situation de «non-droit». La déréglemen-

49. *Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, adopté le 23 novembre 2017, [En ligne], [www.droit-afrique.com/uploads/OHADA-Reglement-2017-arbitrage-CCJA.pdf] (2 mai 2022).

50. *Acte uniforme relatif à la médiation*, adopté le 23 novembre 2017, J.O. OHADA n° spécial, p. 5.

51. AUA, préc., note 7, art. 4 al. 3.

52. S. GUINCHARD (dir.), préc., note 39, s.v. «Déréglementation», p. 386.

53. M. DELMAS-MARTY, préc., note 48, p. 78.

tation, telle que nous l'envisageons, supposerait simplement la suppression des caractères excessifs ou superflus des normes juridiques susceptibles de constituer un frein au développement des activités économiques.

Ainsi, l'OHADA est née du constat que le caractère flou, disparate et anachronique des textes préexistants était générateur d'insécurité juridique. Aux yeux de plusieurs, il paraissait nécessaire de créer une organisation qui s'accompagne de la mise en place de règles juridiques susceptibles d'exercer une « force d'attraction » sur les investissements potentiels dans la sous-région ou de favoriser rapidement le développement économique en général⁵⁴. Ces règles devront aussi être à même de créer un environnement favorable à la compétitivité et à la performance des entreprises commerciales. Cependant, quand on sait que l'ordre public empêche généralement le libre déploiement de la volonté individuelle, il y a lieu de se tourner vers un moyen de mise en conformité avec les objectifs du traité.

2.1.2 L'exigence de conformité au Traité de l'OHADA

Quiconque observe la structure du droit de l'OHADA pourrait croire que celle-ci subit largement l'influence du modèle kelsénien, comme d'ailleurs la plupart des systèmes juridiques africains⁵⁵. Du point de vue de sa structure, effectivement, l'ordre juridique de l'OHADA épouse les contours du monisme juridique. En effet, la normativité de l'OHADA est construite autour de son traité constitutif signé par les 17 États parties en date du 17 octobre 1993⁵⁶. En tant que norme fondamentale de cet ordre juridique, « le Traité apparaît ainsi comme l'instrument majeur de l'harmonisation du droit des affaires dans les pays africains relevant de l'espace OHADA⁵⁷ ». C'est donc à partir de lui, et par référence à lui, que le législateur OHADA

54. Paul-Gérard POUGOUE et Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 2008, p. 178.

55. Lire, à ce sujet, Germain NTONO TSIMI, *Le paradigme du crime contre l'humanité et la renaissance du pluralisme juridique dans les droits pénaux africains. Contribution à une théorie sur l'internormativité des systèmes pénaux nationaux en transition*, thèse de doctorat, Cameroun, Faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Yaoundé II, 2012.

56. On a pu observer que la révision du Traité de Port-Louis intervenue en 2008 a entraîné subséquemment la révision des actes uniformes, notamment en ce qui concerne le droit commercial général et le droit des sociétés commerciales. Elle a aussi donné la possibilité d'intégrer de nouveaux champs juridiques parmi les matières englobées dans le droit des affaires. Tout cela montre bien que c'est le Traité qui constitue le socle juridique de l'OHADA.

57. André AKAM AKAM, « L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique », dans André AKAM AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 21, à la page 32.

devrait élaborer toutes les autres règles du droit des affaires. Le Traité est la source qui donne sens et vie aux règles matérielles du droit des affaires. C'est lui qui définit les caractères juridiques qui doivent être attachés aux normes. En retour, celles-ci doivent lui être conformes.

Il est important de relever que les questions de mise en conformité ne sont pas nouvelles dans le droit des affaires. Joseph Issa-Sayegh en parlait déjà au sujet d'une nécessaire mise en conformité du droit interne dans les États parties avec les actes uniformes. Selon lui, la mise en conformité se justifie par le besoin de garantir la supranationalité et la portée abrogatoire des actes uniformes sur le droit interne, tel que cela transparaît à l'article 10 du Traité⁵⁸.

En tant que normes matérielles du droit des affaires, les actes uniformes doivent être le reflet du Traité communautaire dont ils sont en réalité une émanation, tant dans leur caractère formel que dans leur caractère fonctionnel. S'agissant du caractère formel, les normes matérielles du droit des affaires doivent être élaborées de manière simple et adaptées aux économies dans les États parties. Concernant le caractère fonctionnel, les règles juridiques ont pour rôle d'inciter les acteurs à investir et de les encourager à recourir à la justice privée pour le règlement des différends. La Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'OHADA a d'ailleurs réaffirmé son engagement dans cette voie, en recommandant au Conseil des ministres de l'OHADA de continuer à explorer les voies susceptibles de mener à des « cadres de référence » dont l'objectif est de proposer des réponses toujours plus appropriées aux besoins de droit des acteurs économiques dans l'espace OHADA⁵⁹. La déréglementation des dispositions d'ordre publics pourrait alors constituer une réponse, notamment au regard du degré du caractère impératif découlant des règles juridiques contenues dans les actes uniformes. Outre qu'elle représente un mécanisme permettant la mise en conformité des règles à l'objectif d'attractivité du droit des affaires, elle ouvre la voie à une approche juridique bien plus appropriée au développement des activités économiques.

58. Joseph ISSA-SAYEGH, « Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les Actes uniformes et réciproquement », (2005) 856 *Penant* 6, 21.

59. OHADA, *Communiqué final de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'OHADA*, Ouagadougou (Burkina Faso), 17 octobre 2013, [En ligne], [www.ohada.org/wp-content/uploads/2020/10/COMMUNIQUE-FINAL-SIGNE-PAR-LE-PRESIDENT-DU-FASO.pdf] (18 avril 2022).

2.2 Le passage à une nouvelle approche juridique

Le passage à une nouvelle approche juridique se fera à travers deux démarches, soit par le droit en réseau (2.2.1) et par la régulation (2.2.2).

2.2.1 L'approche par le droit en réseau

Il existe dans le droit des affaires de l'OHADA des pans entiers qui n'ont pas toujours bénéficié d'une attention soutenue. C'est actuellement le cas avec la question de la nationalité⁶⁰ et, dans une moindre mesure, avec celle du cautionnement⁶¹. Le phénomène concerne plus largement le droit de l'OHADA dans son ensemble, en ce que l'approche hiérarchique du droit y est perceptible en tant que technique de construction de laquelle l'ordre juridique communautaire tirerait son unité et sa stabilité. Il en est ainsi parce que le droit des affaires semble subir l'influence de la conception traditionnelle du *monisme juridique*⁶². À l'image de tout système juridique africain, l'ordre juridique de l'OHADA est organisé dans un sens strictement vertical, autour de la norme fondamentale qu'est son traité⁶³. Il épouserait les contours de l'unité du droit. C'est d'ailleurs la figure la plus frappante. En effet, dans sa structure normative, le droit des affaires découle d'un texte fondamental, le Traité de Port-Louis. C'est ce dernier qui définit les critères des règles matérielles que sont les actes uniformes. Il doit être considéré, au sens de Herbert Lionel Adolphus Hart, comme la « règle de reconnaissance » qui fixe les critères référentiels à la lumière desquels s'apprécient les autres règles du système juridique⁶⁴. Et on peut le voir à la lecture des articles 1^{er} et 5, ce traité pose que les règles matérielles doivent être communes, simples, modernes et adaptées, et que les actes pris pour leur adoption doivent être qualifiés d'« actes uniformes ».

60. François ANOUKHAHA, « Retour sur une notion occultée : la nationalité en droit OHADA », (2014) 888 *Penant* 281, 302.

61. Franklin PONKA SEUKAM, *Les figures mineures ou oubliées du cautionnement dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés*, Mémoire de DEA, Soa, Université de Yaoundé 2, 2008.

62. G. NTONO TSIMI, préc., note 55, p. 13 et 14.

63. On en donne pour raison que la stabilité de l'ordre juridique africain reposerait sur les éléments fondamentaux que sont la souveraineté, la territorialité et la légalité. Ces éléments marquent pour ainsi dire la présence, voire la rémanence, de l'État comme pôle exclusif de la production et de l'articulation des règles juridiques.

64. Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit*, 2^e éd., Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2005, p. 119-128. C'est la « règle de reconnaissance » qui définit les critères de validité des normes juridiques. Il peut être question des critères de subordination ou de prééminence, et – à la vérité – les normes juridiques ne seront acceptées et respectées qu'en autant qu'elles seront conformes à la norme supérieure qui les a fait naître.

Concernant sa structure institutionnelle, l'OHADA est bâtie autour d'une hiérarchisation de ses organes. Du haut vers le bas, citons la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'OHADA, le Conseil des ministres de l'OHADA avec un secrétariat permanent comme bras séculier, et la CCJA. Tous ces organes sont influencés par la présence significative de l'État, notamment par la désignation de ses représentants ou des membres devant siéger au sein de la juridiction communautaire. Cela montre bien que le paradigme hiérarchique reste présent dans les processus normatifs du droit des affaires.

Or, il est loisible d'observer que l'ordre juridique de l'OHADA est construit par rapprochement de systèmes juridiques différents. C'est en réalité un système qui propose la mise en commun des systèmes juridiques sans que l'un puisse prétendre être au-dessus des autres. Ses règles matérielles s'articuleraient avec plus d'emphase non pas parce que les unes sont placées au-dessus des autres, mais parce qu'elles sont coordonnées à partir d'une organisation qui leur laisse en même temps une marge de manœuvre sur le plan national. Un tel système est bien plus proche d'un système de droit négocié, voire de droit unifié⁶⁵, et ce, d'autant que la mise en place du droit communautaire s'est faite en suivant un processus souple, c'est-à-dire en tenant compte de la nécessaire mise en commun des réalités africaines avec les influences juridiques héritées de la colonisation et encore présentes dans les droits nationaux. Il sied que l'ordre juridique de l'OHADA soit davantage orienté vers le modèle du réseau.

Le modèle du réseau, tel qu'il a été théorisé par François Ost et Michel Van De Kerchove, agit sur les modes contemporains de production du droit. Par l'effritement de « la souveraineté de la loi » qu'il provoque, ce modèle entraîne « la multiplication des normes internationales, qui, soit imposent des obligations au législateur national, soit créent des effets directs en droit interne et sont susceptibles de bénéficier, en cas de conflit avec la loi nationale, d'une primauté sur celle-ci »⁶⁶, comme en témoignent les dispositions de l'article 10 du Traité de l'OHADA : « Les Actes uniformes applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire antérieure et postérieure [...] ». Le modèle du réseau agit par

65. Un tel système est bien plus proche d'un système de droit négocié ou de droit unifié, parce que, selon nous, l'unification signifie que toutes les législations sont identiques en tous points, ce qui n'est pas le cas, du moins en ce qui concerne le droit de l'OHADA. Prétendre à l'unification voire à l'uniformisation du droit se traduirait à coup sûr par l'effritement de tout pluralisme, de toutes différences qui restent pourtant réelles entre les États parties à l'OHADA.

66. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », (2000) 44 *R.I.E.J.* 1, par. 66 et 68.

ailleurs sur le processus de la loi, en ce qu'il ouvre la voie à une pluralité d'acteurs et les fait intervenir dans la production du droit, alors même que ceux-ci n'ont rien à voir avec le législateur traditionnel qu'est le Parlement. Dans le contexte de l'OHADA, citons le Conseil des ministres, en tant qu'organe législatif composé entièrement de politiques désignés par les États parties⁶⁷, le Secrétariat permanent, à titre d'organe administratif, et la CCJA, organe juridictionnel, qui donne son avis pour l'adoption des actes uniformes. Dans un même ordre d'idées, pensons aux CNO, au sein desquelles se trouvent les opérateurs économiques, les gens d'affaires et les membres de la société civile qui font des propositions en matière d'élaboration des actes uniformes. Un tel schéma, visiblement éclaté, conduit nécessairement à l'émiettement de la fonction d'élaboration et d'adoption des lois. Ce n'est pas celui du modèle pyramidal du droit, tel que l'a conçu le juriste autrichien Hans Kelsen. Au lieu que les compétences soient ordonnancées de manière hiérarchique, elles sont plutôt réparties entre des institutions qui occupent des niveaux hiérarchiques sans possibilité de dire qu'une hiérarchisation gouverne leur mode de fonctionnement. Toutes conduisent leurs activités et ne les exercent que dans le respect commun des directives communautaires. Il est de bon ton que soit donc aménagé un nouveau cadre juridique plus favorable pour l'harmonisation de l'OHADA avec le modèle du réseau, et ce, pour le plus grand bien de la sécurité juridique.

2.2.2 L'approche par la régulation

En convenant que le système juridique de l'OHADA est sous-tendu par la mise en commun des ordres juridiques nationaux différents, alors nous sommes amené à reconnaître qu'il génère de la complexité. Celle-ci découle tout naturellement de la nécessaire mise en cohérence des règles juridiques internes avec le nouveau droit supranational et vice-versa. Elle entraîne aussi avec elle l'urgence d'une mise en harmonie des compétences des institutions communautaires nouvellement créées au regard de ce que lesdites compétences étaient déjà exercées par les institutions nationales dans les domaines nouvellement couverts par le droit communautaire. Cet état de choses appelle des réaménagements juridiques et institutionnels, et il interpelle en vue d'un renouvellement de l'approche juridique, et donc la production d'« un droit nouveau, par son but, sa forme, sa structure systématique et même son contenu⁶⁸ », à tout le moins un droit qui doit pouvoir

67. Ce sont les ministres des Finances et de la Justice.

68. Michel VILLEY, *La formation de pensée juridique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, p. 546.

tenir compte des problématiques les plus actuelles et réelles des acteurs sociaux. Il se trouve donc que « la régulation, dont on peut dire qu'elle est devenue le nouveau mode de production, du moins du droit en réseau⁶⁹ », se présente comme le modèle juridique à même de rendre compte des besoins d'assouplissement, de décentralisation et d'adaptation du droit tels qu'ils sont recherchés par le droit des affaires de l'OHADA.

En effet, l'idée de régulation juridique pourrait intervenir dans le droit des affaires au moins pour deux raisons. La première est que le droit de l'OHADA consacre l'abandon de la souveraineté classique et donc de la forme autoritaire et hiérarchique du droit. En concédant ainsi une partie de leur souveraineté juridique et judiciaire, les États parties confient l'élaboration des normes de fond et de procédure à une instance supranationale qui, en retour, exerce un pouvoir de régulation pour s'assurer de l'application commune des règles juridiques dans les États parties. La régulation permet et facilite l'émergence d'acteurs nouveaux dans le processus de la loi, comme en témoigne le rôle des CNO⁷⁰, du Secrétariat permanent⁷¹, de la CCJA et du Conseil des ministres de l'OHADA⁷² dans le processus d'élaboration et d'adoption des actes uniformes. La seconde raison est que le droit des affaires de l'OHADA est un droit négocié. Fruit d'un accord conclu par les États, le Traité OHADA est signé à Port-Louis (Ile Maurice) en date du 17 octobre 1993. C'est donc ce dernier, acte contractuel par excellence, qui pose les principes de mise en place d'une certaine coordination juridique et judiciaire dans l'espace communautaire. On peut le voir au travers des prérogatives dévolues à la CCJA. En tant que juridiction supranationale, la CCJA assure dans les États parties l'interprétation et l'application commune du Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes⁷³. Par sa fonction

69. Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 66, p. 26.

70. Les CNO sont créées dans chaque État membre comme moyen de sensibilisation et de participation d'une multitude d'acteurs nationaux au processus d'élaboration et de mise en œuvre du droit des affaires. Leur raison première est de suppléer les parlements nationaux dans leur rôle de représentation nationale dans le système *autocentré et hiérarchique*. Voir, A. NZOHABONAYO, préc., note 47.

71. Le Secrétariat permanent est l'organe administratif qui prépare les actes uniformes, qu'il soumet au Conseil des ministres de l'OHADA. Il a par ailleurs la mission de mener des études sur les matières pouvant faire l'objet d'un projet de texte.

72. Le Conseil des ministres est l'organe politique de l'OHADA, composé des ministres des Finances et de la Justice représentant les États membres. C'est lui qui définit, délibère et adopte les actes uniformes.

73. La CCJA assure l'interprétation et l'application commune du Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes, conformément aux dispositions de l'article 14 al. 1 du Traité OHADA, préc., note 18.

consultative⁷⁴, la juridiction communautaire garantit une sorte de régulation de l'activité judiciaire dans l'espace OHADA par les avis qu'elle est appelée à produire par rapport aux questions éminemment importantes⁷⁵ concernant l'application des actes uniformes.

Il est donc souhaitable que l'approche juridique par la régulation soit perçue dans l'œuvre normative de l'OHADA comme un moyen en vue de redynamiser le droit des affaires pour lui donner un visage bien plus attractif. Au regard de ses qualités en tant que nouvelle forme d'action publique⁷⁶, la régulation préconisée dans ce contexte devra entraîner un changement de paradigme, tant en ce qui concerne l'OHADA que pour ce qui est des États parties. En vérité, la régulation est susceptible d'aboutir à l'abandon de l'impérativité stricte pour faire place à des techniques plus souples qui offrent tous les avantages de flexibilité et d'adaptabilité. Elle pourrait également engendrer un nouveau visage pour les États membres dans le jeu économique⁷⁷. Ce serait davantage un État avec un fort engagement dans l'environnement économique, mais son intervention s'exercerait différemment à travers le rôle d'encadrement, de supervision et d'arbitrage des intérêts en présence. À l'heure actuelle, des exemples dans le domaine des télécommunications ou des marchés publics avec les agences de régulation⁷⁸ montrent bien le rôle régulateur de l'État. Ils font la preuve par neuf que la régulation est un moyen décisif pour garantir l'attractivité économique.

De lege lata, l'ordre public des affaires de l'OHADA n'est pas encore précisé. C'est un vide juridique auquel il faudrait remédier. Faute de quoi, l'ordre public en droit de l'OHADA continuera à errer sans aucune frontière ni véritables ressorts juridiques pour lui conférer sa spécificité dans un environnement où se côtoient, et même se superposent, plusieurs ordres publics. La présence des dispositions d'ordre public dans les actes uniformes ne peut pas aisément encadrer et protéger l'ordre public sans ce préalable. Il convient alors que cet ordre public soit bien circonscrit, de manière à établir un lien cohérent entre celui-ci et les règles juridiques appelées à le garantir. Par ailleurs, au regard du caractère embryonnaire des économies dans les États parties de l'OHADA, et la nécessité de satisfaire l'objectif d'attractivité du droit des affaires, il devient urgent de faire

74. *Id.*, art. 14 al. 2.

75. CCJA, *Avis n° 1/2001/EP*, préc., note 31 ; CCJA, *Avis n° 02/2000*, préc., note 30.

76. Marie CRESPIY-DE CONING, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation*, Paris, Dalloz, 2017, p. 12 et 13.

77. Lire, à ce sujet, Jacques CHEVALLIER, « L'État régulateur », *R.F.A.P.* 2004.473.

78. C'est le cas au Cameroun avec l'Agence de régulation des télécommunications, l'Agence de régulation des marchés publics et l'Agence de régulation du secteur de l'électricité.

des règles matérielles du droit unifié l'élément essentiel conduisant à la construction d'un véritable pôle de développement économique, surtout que l'ambitieux programme de l'OHADA est de parvenir à la mise en place d'un vaste marché en Afrique.