

REVUE *Camerounaise* de l'ARBITRAGE

Trimestrielle destinée aux Juristes et au monde des affaires

SOMMAIRE

2000
F CFA

I - DOCTRINE

Pages

La jurisprudence et la diffusion du droit, facteurs de réussite de l'OHADA au service des justices nationales.

3

Par Jacques MBOSSO

II JURISPRUDENCE

1) Cass. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005 - Abraham Golshani c/ République Islamique d'Iran - principe de l'estoppel - application à l'espèce - oui -

10

*Note de Sylvie Ivonne BEBOHIEBONGO
et de Hery RANJEVA*

2) Ordonnance de référé du Président du Tribunal de Première Instance de Douala - Ndokoti - arbitrage ad hoc - désignation du Président du Tribunal arbitral - juge étatique compétent - lieu de l'arbitrage.

15

Note de Joseph NGUEFACK

III - INFORMATIONS

1 - Activités de la Chambre de Commerce Internationale

24

2- Activités de la London Court of International Arbitration

25

3 - Formation à l'Organisation Internationale de Droit du Développement (IDLO)

26

4 - Communiqué du Centre du Commerce International sur les traités multilatéraux

27

5 - Formation à l'International Law Institute (ILI)

31

n° 31 Octobre - novembre - Décembre 2005

Autres pays d'Afrique: 2500 F CFA - Europe: 5 Euros

La jurisprudence et la diffusion du droit, facteurs de réussite de l'OHADA au service des justices nationales

Jacques MBOSSO*

1^{er} Vice-Président de la Cour Commune de Justice
et d'Arbitrage de l'OHADA

Si par la généralité de ses termes, ce thème de débats s'inscrit parfaitement dans le cadre des présentes assises consacrées vraisemblablement à la promotion des échanges juridiques internationaux lorsqu'on prend en compte la vocation de l'ARPEJE qui en est l'inspiratrice, il reste qu'en l'abordant sous l'angle de l'institution que nous représentons, à savoir la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, il nous paraît utile de le circonscrire quelque peu en considérant qu'il faut entendre par droit et jurisprudence principalement le droit harmonisé et/ou uniforme de l'OHADA et la jurisprudence qui découle du contrôle juridictionnel de son application, même si cette jurisprudence ne peut s'interdire tout éclairage provenant d'autres jurisprudences du même système juridique.

C'est ainsi entendu que nous nous interrogerons avec vous sur le point de savoir si, prise comme entité au service des justices nationales des Etats parties au Traité de Port Louis (ILE MAURICE) du 17 octobre 1993 qui l'institue, l'OHADA peut-elle s'appuyer sur la diffusion du droit qu'elle élabore et la jurisprudence qui découle de l'application de celui-ci pour réussir sa mission.

En d'autres termes, il s'agit de savoir si relativement aux objectifs que l'OHADA s'est fixé dans le domaine de la justice, en l'occurrence la réalisation de la sécurité juridique et judiciaire dans

les Etats membres, la diffusion du droit harmonisé et/ou uniforme dans les Etats parties associés au rôle imparté et joué par les juridictions nationales des 1^{er} et 2^{ème} degrés ainsi que par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peuvent-ils contribuer à la réussite de la mission qu'elle s'est ainsi assignée.

Aussi, évoquerons-nous, dans un premier temps les conditions d'une contribution de la jurisprudence et de la diffusion du droit à un meilleur fonctionnement des justices nationales dans le sens d'une bonne application du droit uniforme par celles-ci, avant de voir, dans un second temps, les limites éventuelles aux effets de ces deux facteurs sur la réalisation des objectifs de l'OHADA par les justices nationales en indiquant ce qui nous semble constituer les obstacles à la bonne application du Droit uniforme par ces juridictions nationales.

I/ CONDITIONS D'UNE CONTRIBUTION DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DIFFUSION DU DROIT UNIFORME A UN MEILLEUR FONCTIONNEMENT DES « JUSTICES NATIONALES »

Au-delà de l'objectif ultime d'intégration économique de leurs Etats qu'ils se sont fixés, les pères fondateurs de l'OHADA ont considéré que pour atteindre ledit objectif, il fallait non seulement et de manière uniforme moderniser leur droit

* Le texte original de cet article fut présenté par l'auteur en 2004, à l'occasion de la célébration, à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) de Porto Novo (Bénin), par l'ARPEJE, du dixième anniversaire de la signature du Traité OHADA.

des affaires, le simplifier et l'adapter à la situation des économies de leurs pays, mais aussi faire en sorte que ce droit nouveau uniforme fût « appliqué avec diligence dans les conditions de la garantie de la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ».

C'est cette mission d'application du droit nouveau avec diligence et garantissant la sécurité juridique des activités économiques qui est dévolue aux juridictions nationales et à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Et c'est au degré de réalisation de cette mission que s'appréciera, nous semble-t-il, la réussite ou l'échec de l'OHADA au service des justices nationales.

Si l'exigence de la diligence dans l'application de ce nouveau droit a été prise en compte à travers, d'une part, la création de la nouvelle hiérarchie judiciaire qui substitue une Cour de cassation supranationale aux Cours de cassation nationales et, d'autre part, l'attribution à ladite Cour de cassation supranationale d'un pouvoir d'évocation systématique qui permet de réduire la longueur des procédures, la garantie de la sécurité juridique des activités économiques reste, quant à elle, à être assurée au quotidien.

En effet, la sécurité juridique exigeant pour sa réalisation la clarté et la précision des règles juridiques applicables, l'absence d'arbitraire administratif et judiciaire et la non rétroactivité de principe des règles nouvelles, il va sans dire qu'appliquer le droit uniforme d'une manière telle qu'elle garantisse cette sécurité juridique aux activités économiques dans l'espace OHADA suppose qu'un certain nombre de conditions soient réunies au niveau des juridictions nationales chargées d'assurer le contrôle juridictionnel de l'application de ce droit communautaire OHADA.

Ces conditions doivent tendre principale-

ment à rendre possible l'application de ce droit uniforme de manière constante et prévisible durant son existence. Mais elles doivent aussi permettre d'avoir à disposition ledit droit uniforme et de le connaître.

A - Application constante et prévisible du Droit communautaire OHADA

C'est relativement à cette nécessité d'application du droit uniforme OHADA de manière constante et prévisible par les juridictions des Etats parties, chaque fois que les conditions en sont réunies, que l'apport de la jurisprudence de la CCJA est essentiel, au regard des pouvoirs d'interprétation du droit OHADA et d'évocation systématique en matière contentieuse reconnus à ladite CCJA.

En effet, il est connu que toute législation s'enrichit aussi bien de l'application qui en est faite par les praticiens, des amendements et additifs qui lui sont apportés, le cas échéant, par l'organe législatif que des interprétations (exégétique ou souple) auxquelles elle donne lieu, aussi bien de la part de la doctrine que de celle des juridictions à travers leur jurisprudence. Cette évolution dans le temps de la loi en général permet à celle-ci de cerner davantage son objet, d'être pour les juridictions d'application aisée et sans doute plus juste, et enfin, de mieux atteindre son objectif en offrant la garantie des situations juridiques qu'elle est censée protéger.

Ayant pour mission de dire le droit, de rendre la justice légale, les juridictions nationales sont naturellement disposées à faire une application constante et prévisible du droit communautaire OHADA chaque fois que sont réunies les conditions qu'il prévoit en tel ou tel domaine et le feraient volontiers si, d'une part, elles pouvaient compter sur l'existence et la disponibilité d'un référent jurisprudentiel dans l'accomplissement de leur mission de dire le droit et, d'autre part, si les règles juridiques que

renferme ce droit étaient toutes claires, précises et complètes par rapport aux questions traitées.

Or, comme toute législation, le droit communautaire OHADA est de portée générale. Comme telle, ses dispositions ne peuvent de manière précise et complète appréhender dans toute leur diversité et dans tous leurs détails les faits et situations juridiques qu'elles sont censées couvrir car, comme le faisait remarquer avec grande pertinence PORTALIS dans son Rapport de présentation du projet de code civil français au début de l'avant dernier siècle, « tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre (...) Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat (...) Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges (...) C'est au magistrat et au juriste pénétrés de l'esprit général des lois à en diriger l'application... ».

De cette impossibilité de tout prévoir dans un code, quel qu'il soit, découle la double nécessité, d'une part, des ajouts, le cas échéant, de dispositions complémentaires au corps de règles originel et, d'autre part, de l'apport, souvent inestimable, de la jurisprudence qui, par son pouvoir d'interprétation, peut contribuer aussi bien à combler les vides juridiques laissés par le législateur qu'à faciliter la compréhension et la bonne application de la loi en cas d'ambiguïté ou d'obscurité de certains de ses termes et expressions. Tel est le rôle dévolu et attendu de la CCJA en ce qui concerne l'application du droit communautaire OHADA et tel est le rôle qu'elle s'emploie à jouer de son mieux.

En effet, aux termes de l'article 10 du Traité institutif de l'OHADA, « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de

droit interne, antérieure ou postérieure ». Etant directement introduits dans l'ordonnement juridique de chaque Etat membre de l'OHADA et y étant par ailleurs d'application obligatoire, les Actes uniformes doivent faire l'objet d'interprétation pour celles de leurs dispositions qui sont ambiguës ou insuffisamment claires.

Ce nécessaire apport jurisprudentiel à une bonne lecture du droit communautaire et partant à sa bonne application relève des attributions de la seule CCJA dans la mesure où le Traité de Port Louis, tout en disposant clairement en son article 13 que « le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats parties », attribue, aux termes de son article 14, à la seule CCJA, désormais unique juridiction de cassation des Etats parties pour tout le contentieux relevant du droit uniforme, le pouvoir d'assurer « dans les Etats parties l'interprétation et l'application commune du (présent) Traité, des Règlements pris pour son application et des Actes uniformes... ».

Dès lors, et en raison de cette compétence exclusive reconnue à la CCJA dans le souci d'une nécessaire uniformisation de la jurisprudence OHADA, c'est à la CCJA qu'il revient de donner aux juridictions nationales les grandes orientations jurisprudentielles indispensables à la bonne application du droit uniforme. Aussi, les juridictions des 1^{er} et 2^{ème} degré des Etats parties qui sont formellement chargées de l'application du droit uniforme en matière contentieuse doivent-elles surseoir à statuer et prendre l'avis préalable de la CCJA chaque fois qu'elles sont confrontées à une difficulté d'interprétation de telle ou telle disposition ambiguë ou peu claire de ce droit.

C'est ainsi que le Tribunal de première classe de Libreville (GABON) et la Cour d'appel de N'Djamena (TCHAD) ont déjà eu à solliciter en cours de

procédure l'avis de la CCJA sur le sens à donner à certaines dispositions du droit uniforme. Les avis ainsi donnés sont en général suivis par les juridictions concernées, lesquelles redoutent vraisemblablement qu'en ne le faisant pas, même si aucune règle du droit positif OHADA ne confère formellement un caractère obligatoire à de tels avis, elles n'exposent leur décision à la cassation certaine de la CCJA au cas où elle ferait l'objet d'un pourvoi en ce sens.

Le désaveu venant de la CCJA serait ainsi inévitable d'autant que celle-ci est dotée d'un pouvoir d'évocation systématique en cas de cassation des décisions déferées à sa censure. Ce pouvoir d'évocation de la CCJA, au-delà de la réduction des longueurs des procédures qu'il permet, vient en effet renforcer la mission d'unification de la jurisprudence dans l'espace OHADA à elle confiée par le Traité et désormais sous-tendue par la publication régulière de son Recueil de jurisprudence.

A l'avenir, les juridictions des Etats parties, grâce à la publication de ce Recueil de jurisprudence de la CCJA, n'auraient peut-être que rarement à surseoir à statuer en attendant l'avis de la CCJA en raison du large éventail des décisions déjà rendues sur des questions de principe et publiées dans ledit Recueil.

Outre les juridictions des 1^{er} et 2^{ème} degrés, il y a lieu d'ajouter à titre indicatif que les Etats parties eux-mêmes peuvent solliciter l'éclairage de la CCJA sur certaines dispositions du droit uniforme, les pères fondateurs de l'OHADA ayant opté pour l'interprétation dite authentique en droit international public. Ainsi, les Républiques du MALI, du SENEGAL et de la COTE D'IVOIRE ont déjà eu à solliciter, à titre individuel, l'avis de la CCJA sur la compréhension qu'il fallait avoir de certaines dispositions du Droit communautaire OHADA en vue de leur bonne application.

Enfin l'organe délibérant de l'OHADA, à savoir le conseil des Ministres, est tenu, aux termes de l'article 6 du Traité, de requérir l'avis de la CCJA avant toute adoption d'un Acte uniforme ou d'un Règlement. En application dudit article, qui parachève l'installation de la CCJA dans le rôle de guide de l'application du droit uniforme, le Conseil des Ministres, par l'entremise du Secrétariat Permanent, a recueilli l'avis préalable de la CCJA avant l'adoption des Actes uniformes et Règlements actuels de l'OHADA.

B - Diffusion et connaissance du Droit uniforme

La diffusion du droit communautaire auprès de toutes les Institutions chargées de son application et singulièrement auprès des juridictions des Etats parties est une nécessité évidente tant elle constitue le préalable à toute application dans la mesure où l'on ne saurait appliquer un texte dont on ne dispose pas. Cette diffusion est en principe rendue possible par la publication systématique de ce droit dans les supports officiels que sont les journaux officiels de l'OHADA et des Etats parties. Et à ce jour, le Traité de Port Louis, les Actes uniformes, les Règlements et décisions de l'Organisation ont tous fait l'objet de publication dans les journaux officiels précités. De même ont-ils été publiés dans d'autres supports, notamment sous forme de code commenté et annoté par JURISCOPE et sur certains sites Internet dont le plus visité, parce que plus fourni, est sans nul doute le site OHADA.com initié par l'Association pour l'unification du droit en Afrique (UNIDA). A ce site s'ajoutera très bientôt celui de l'Organisation même qui est le site OHADA.org.

Il est donc en théorie actuellement possible aux différentes juridictions nationales des Etats parties, grâce à ces divers moyens de publication du droit communautaire OHADA, d'avoir celui-ci à disposition. Mais bien que nécessaire, avoir à dis-

position le droit communautaire OHADA ne saurait suffire pour en assurer la bonne application, il faut encore le connaître dans la mesure où globalement il s'agit d'un droit nouveau. Pour ce faire, l'OHADA a prévu, dans son dispositif institutionnel une Ecole Régionale Supérieure de Magistrature (ERSUMA), déjà opérationnelle et dont les ateliers de formation sont non seulement accessibles à tous les professionnels de la justice, voire du droit, mais aussi suivis en général de séminaires de restitution localement organisés dans les Etats parties. Il est en conséquence possible pour qui accepte de se remettre en question, de participer à ces modules de formation pour s'imprégner du nouveau droit des affaires, désormais incontournable, dans l'espace OHADA afin de bien l'appliquer.

II - OBSTACLES EVENTUELS A LA BONNE APPLICATION DU DROIT UNIFORME PAR LES JURIDICTIONS NATIONALES

Si au plan des principes, il est possible aux juridictions nationales, grâce aux efforts de diffusion du droit communautaire entrepris çà et là et aux programmes de formation réalisés entre autres, mais principalement par l'ERSUMA, de disposer de ce droit, de s'en imprégner et d'en faire une saine application, comme il vient d'être dit, il reste que dans la réalité certaines juridictions nationales des Etats parties sont confrontées à d'énormes difficultés tant en ce qui concerne leur accès aux textes OHADA que pour la formation au droit OHADA des Magistrats et auxiliaires de justice qui les composent, ce qui est de nature à contrarier l'objectif de sécurisation juridique et judiciaire poursuivi par l'OHADA dans son espace. A ces principales difficultés liées à la diffusion du droit et à la formation des professionnels de la justice s'ajoutent certaines autres plus insidieuses comme la résistance au changement.

A - Obstacles liés à la diffusion et à la connaissance du Droit OHADA

A la réunion des Experts de l'OHADA tenue à Brazzaville (CONGO) du 13 au 15 février 2002, soit cinq ans après l'entrée en vigueur des premiers Actes uniformes, le point III de l'ordre du jour des travaux était consacré à l'« évaluation du Droit harmonisé dans les Etats parties ». De la présentation qui a été faite de ce point par les Experts des Etats parties, il est apparu que « l'application et l'effectivité du Droit OHADA sont préoccupantes et contrastées, certains pays étant un peu plus avancés que d'autres sur les volets publication des actes et formation ainsi que sur l'application des Actes uniformes par les juridictions nationales. Dans certains pays, les juges ne disposent même pas des textes OHADA »

C'est, en effet, à l'occasion de l'examen de ce point III de l'ordre du jour des travaux, que certains experts Magistrats venus de quelques Etats parties ont fait état des difficultés qu'ils avaient à accéder aux textes OHADA en révélant l'indisponibilité des journaux officiels de l'OHADA et des Etats parties lorsque ceux-ci paraissent et la rareté, voire l'absence de connexion à l'Internet dans leurs juridictions nationales. Cette rareté concerne également les Codes OHADA édités par JURISCOPE, lesquels ne se trouvent pour l'essentiel qu'en possession de quelques Magistrats exerçant dans les capitales de leurs pays.

Bien qu'il ne soit pas impossible de dénoter une certaine apathie dans la recherche des textes chez les professionnels de la justice qui disent souffrir de ces difficultés de diffusion du droit OHADA, il reste que le phénomène est de nature à préoccuper tant il conditionne la bonne application du Droit communautaire par les juridictions nationales et la réalisation de l'objectif de sécurité juridique et judiciaire

poursuivi par l'OHADA. Il devrait en conséquence être combattu d'une manière ou d'une autre en ôtant aux professionnels de la justice « apathiques » le prétexte de difficulté d'approvisionnement en textes OHADA par la fourniture conséquente de ces textes aux juridictions des Etats parties, à défaut d'une connexion de certaines d'entre elles à l'Internet.

S'agissant de la formation au Droit OHADA, il avait été regretté au cours de la même réunion d'experts de Brazzaville que les formations assurées à l'ERSUMA ne fussent toutes suivies de séminaires de restitution organisés dans les Etats parties en vue de la diffusion de ce nouveau savoir auprès du plus grand nombre possible de professionnels du droit. Si cela est partiellement vrai pour quelques Etats parties, les causes de ces carences sont quelquefois imputables aux contingences locales qui ne sont pas toujours propices à l'organisation de tels séminaires de restitution. Mais, quelles qu'en puissent être les causes, le problème des insuffisances de la formation demeure et constitue une entrave à la bonne application du droit uniforme d'autant qu'il pourrait être aggravé, si l'on n'y prend garde, par un rythme accéléré du programme d'harmonisation qui ne laisserait guère le temps nécessaire à la bonne assimilation des règles fraîchement adoptées avant que ne soit envisagée l'adoption d'autres règles nouvelles.

Un tel rythme d'harmonisation associé à une harmonisation tous azimuts pourraient paradoxalement conduire à une insécurité judiciaire dont la disparition est pourtant recherchée par l'OHADA. D'où l'idée émise par le conseil des Ministres de l'OHADA réuni à Bangui en mars 2001, d'organiser deux rencontres sous-régionales à Dakar et Brazzaville aux fins d'évaluer le chemin parcouru depuis le début du programme d'harmonisation, rencontres au cours desquelles devrait être apprécié, entre autres, le rythme d'harmonisation suivi jus-

que-là. Mais l'idée ne n'est pas traduite dans les faits en raison du manque de financement.

B - Difficulté tenant à la résistance au changement

La résistance au changement est également perceptible dans les milieux judiciaires de quelques Etats parties et constitue l'une des causes de difficulté d'application du droit OHADA.

En effet, au regard de l'article 15 du Traité de Port Louis qui détermine les deux modes de saisine de la CCJA en matière contentieuse (saisine directe et saisine sur renvoi) un rôle majeur est confié aux juridictions nationales statuant en cassation dans la mesure où l'un des deux modes dépend entièrement de leur disposition à coopérer avec la CCJA. Aux termes dudit article, lorsqu'une juridiction nationale statuant en cassation est saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes, elle doit se déclarer incompétente et renvoyer ladite affaire devant la CCJA. Ainsi, si la coopération des juridictions nationales statuant en cassation était totalement acquise à la CCJA, l'on n'aurait sans doute pas, sept ans après l'entrée en vigueur des premiers Actes uniformes, les statistiques ci-après sur le nombre et la provenance des pourvois.

Statistiques des pourvois par Etat partie au 21 juillet 2005

(Cf tableau ci-après) à la page 9

Si l'on excepte deux Etats parties qui totalisent à eux seuls 287 pourvois sur un total de 368 enregistrés au greffe de la CCJA à la date du 21 juillet 2005, et si l'on met à part le cas des deux Etats parties lusophone et hispanophone dont on imagine aisément les problèmes spécifiques de langue, l'on a du mal à comprendre que les douze Etats parties restants, dont la langue officielle est le fran-

DOCTRINE

çais, n'aient pu saisir la CCJA de seulement 61 pourvois en neuf ans, soit une moyenne de cinq pourvois par Etat partie. Il pourrait y avoir une autre explication à cette situation que le phénomène de la résistance au changement. Mais il y a là, assurément un problème qui mériterait qu'une enquête fût faite afin d'en identifier les causes pour les combattre, dans la mesure où il pourrait révéler une autre manière d'appliquer le droit uniforme, qui échapperait à tout contrôle juridictionnel de la CCJA.

Telles nous paraissent être les principales difficultés à la bonne application du Droit OHADA et, partant, à la réalisation de l'objectif de sécurité

juridique et judiciaire poursuivi par l'Organisation.

En définitive, il nous apparaît que la jurisprudence et la diffusion du droit constituent assurément des facteurs de réussite de l'OHADA au service des justices nationales. Mais seules, elles ne sauraient suffire à garantir l'atteinte de l'objectif de sécurité juridique et judiciaire. Il faut encore, nous semble-t-il, que l'action combinée des juridictions nationales et de la CCJA dans le sens de la saine application du Droit uniforme puisse être résolue, cohérente et constante afin de faire échec en permanence à d'éventuelle propension à l'arbitraire des organes étatiques chargés en amont de la mise en œuvre de ce nouveau Droit.

Nombre de pourvois par pays	Pays (Provenance)	Total des pourvois
3	BENIN	3
3	BURKINAN FASO	3
39	CAMEROUN	39
4	CENTRAFRIQUE	4
0	COMORES	0
7	CONGO	7
248	COTE D'IVOIRE	248
7	GABON	7
9	GUINEE	9
0	GUINEE BISSAU	0
0	GUINEE EQUATORIALE	0
19	MALI	19
11	NIGER	11
6	SENEGAL	6
7	TCHAD	7
5	TOGO	5
368	TOTAL	368