



Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Organization for the Harmonization of Business Law in Africa
Organización para la Armonización en Africa de la Legislación Empresarial
Organização para a Harmonização em Africa do Direito dos Negócios

**ECOLE REGIONALE SUPERIEURE
DE LA MAGISTRATURE (ERSUMA)**

FORMATION DES FORMATEURS DE L'ERSUMA

***Thèmes : Ingénierie pédagogique, Droit commercial Général, Droit des
Sociétés Coopératives et Droits de l'Homme***

du 03 au 07 septembre 2012

L'OHADA ET LES DROITS DE L'HOMME : ETATS DES LIEUX ET PERSPECTIVES D'UNE COHABITATION

**M. Jean Bosco ESSOH,
Magistrat, Procureur Général près
la Cour d'Appel de l'Est (Cameroun).**

L'OHADA ET LES DROITS DE L'HOMME : ETAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES D'UNE COHABITATION.

RESUME DE LA COMMUNICATION

Les droits de l'homme et le droit OHADA constituent deux ensembles normatifs distincts et autonomes qui résultent de deux processus d'émergence parallèle. Il est donc compréhensible que ces deux catégories de normes entretiennent au départ une relation de cohabitation articulée autour d'une logique de juxtaposition et d'indifférence. Cependant, par ce qu'il s'agit de deux ordres juridiques ouverts et flexibles, leur enchevêtrement est fort envisageable grâce notamment au rôle du juge et à l'action du législateur OHADA.

Cet enchevêtrement est par ailleurs souhaité dans la mesure où elle peut par le billet de la circulation des normes, faciliter une interdépendance qui permet aux droits de l'homme d'être dorénavant au cœur du droit OHADA et à celui-ci de se mettre à son tour au service des droits de l'homme.

PLAN DETAILLE

I) LA LOGIQUE DE LA COHABITATION

A) Une logique d'indifférence justifiée en théorie

- 1) L'indifférence des textes**
- 2) L'indifférence du juge OHADA**

B) Une logique d'indifférence en pratique source de tensions

- 1) Les risques de contradiction entre les normes**
- 2) Les conflits de primauté normative**

II) LES PERSPECTIVES DE LA COHABITATION

A) Les modalités d'une possible reconnaissance des droits de l'homme par l'OHADA

- 1) Les reconnaissances par le juge**
- 2) La reconnaissance par le législateur (OHADA)**

B) Les enjeux de la reconnaissance

- 1) L'enjeu pour les droits de l'homme**
- 2) L'enjeu pour le droit OHADA**

**Exposé présenté par Jean Bosco ESSOH, Magistrat, Procureur
Général près la Cour d'Appel de l'Est (Cameroun).**

Pour reprendre les propos du professeur Jean Pierre Marguénaud prononcés à l'occasion d'un colloque¹ consacré à l'efficacité du droit de l'environnement, il ya à Limoges, un juriste pacifiste spécialiste de droit de l'environnement qui s'appelle Jean Marc La vieille.

. Depuis qu'il enseigne le droit de l'environnement, autant dire depuis une quarantaine d'années, il n'a pas fait une heure de cours sans proposer à ses étudiants de la placer sous la citation ou la réflexion du jour qu'il prend le soin d'inscrire au tableau. Il y a de cela cinq ou six ans, ces réflexions et citations, il les a réunies dans un recueil intitulé *Au trésor des souffles*² qui est véritablement son trésor, mais que l'on peut recommander à tous, et dont il achève la présentation par cette magnifique phrase : « Merci, merci est un si doux refrain que je vous dirais merci jusqu'à demain matin ». Je voudrais retenir cette formule pour l'offrir à mon tour aux organisateurs de ce séminaire et tout spécialement au Docteur Félix ONANA ETOUNDI, Directeur Général de l'ERSUMA, mon ami de toujours dont je salue la présence ici, et marquer à quel point je lui suis reconnaissant de m'y avoir invité comme intervenant sur un thème aussi complexe alors que d'autres juristes plus éminents et Dieu seul sait combien ils sont nombreux même dans cette sale, eussent été plus indiqués . Je pense très humblement que c'est au

¹ L'efficacité du droit de l'environnement, mise en œuvre et sanctions, actes du Colloque du 15 octobre 2009 organisé par le Centre de recherches juridiques Pothier de l'Université d'Orléans. Voir la contribution de Jean Pierre Marguénaud intitulée : *Les droits fondamentaux liés à l'environnement*.

² J.M. Lavieille, *Au trésor des souffles*, Tullès, imprimerie Gutenberg, 2006.

nom de l'amitié que j'ai été pressenti, et d'avoir procédé à toutes les démarches et diligences nécessaires à ma participation effective.

Il faut enfin savoir gré à l'ERSUMA d'avoir eu l'idée avant-gardiste de convoquer au bon moment, une réflexion sur la problématique de la relation entre les droits de l'homme et le droit OHADA dans l'ordre africain.

Je vais donc justement échanger avec vous sur cette thématique. Il faut dire d'emblée que jusqu'à présent, cette intéressante question des rapports entre les règles générales de protection de la personne humaine et les règles générales de régulation économique n'a pas encore été abordée de façon systématique dans le cadre de l'espace OHADA. Pourtant le problème en soi n'est pas nouveau. Les droits de l'homme ont déjà été situés dans le contexte de globalisation économique, qui se traduit non seulement par un prodigieux développement des échanges à l'échelle internationale et régionale, mais qui est aussi de plus en plus marqué par des références significatives des organisations internationales économiques issues de la mondialisation et/ou de la régionalisation, aux droits de l'homme. C'est notamment le cas de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et de l'Union Européenne (UE) au sein desquels la reconnaissance et la protection des droits de l'homme sont devenus essentiels³. Dans un tel contexte, il s'agira pour nous, **d'essayer de voir comment poser les**

³ Comme son nom l'indique, l'Organisation Mondiale du Commerce a en principe vocation à ne connaître que des problématiques du commerce. Les droits du citoyen sont donc par définition exclus de son champ de compétence. Toutefois, ce rejet n'est pas absolu dans la mesure où en filigrane de certaines dispositions des accords OMC ou de certaines décisions rendues par l'organe de règlement des différends, se trouvent des références aux droits de l'homme. La situation de l'Union Européenne est presque similaire. Dans le cadre de cette organisation régionale économique et du droit communautaire qu'elle a secrété, les droits de l'homme sont passés du statut d'un simple objectif complémentaire de la construction des communautés européennes et de l'Union Européenne à celui d'une véritable finalité pour l'Union.

problématiques des droits de l'homme au sein de l'espace OHADA. En somme, d'essayer de conjuguer comme l'incite l'intitulé de ce thème « l'OHADA et les droits de l'homme », à l'effet de vérifier si le système d'harmonisation du droit des affaires en Afrique nous rapproche ou nous éloigne des droits de l'homme et de baliser autant que faire se peut les avenues d'une cohabitation plus harmonieuse. Cela commande de se faire une idée préalable des notions de droits de l'homme et de l'OHADA.

Ce que l'on sait de la façon la plus indiscutable de l'OHADA, c'est qu'il ne s'agit ni plus ni moins que d'une organisation internationale dotée de la personnalité juridique. Je voudrais vous épargner à dessein surtout dans le contexte d'un séminaire, des querelles de plume que l'OHADA a suscitées relativement à sa nature juridique et à la nature de son droit⁴. Ce que l'on en sait d'autre de tout aussi évident, c'est que ses missions sont fixées à l'article 1^{er} du traité⁵ l'instituant et n'inclut pas la défense des droits de l'homme. Or, ceux-ci, surtout lorsqu'ils sont fondamentaux, ont la caractéristique d'être des normes (d'où l'appellation de droits normatifs consacrés par la Convention européenne) porteuses des valeurs essentiellement éthiques structurées autour du postulat de la dignité humaine, et garanties par des mécanismes de protection non contentieux et juridictionnels notamment à l'échelon régional et international. C'est pourquoi Madame le professeur Mireille Delmas Marty, une pénaliste de renom spécialiste des droits de l'homme, a pu écrire qu'ils constituent « la boussole de

⁴ Pour se faire une idée de cette controverse, voir l'intéressant article du professeur Stéphane DOUMBE-BILLE intitulé, *A propos de la nature de l'OHADA* dans lequel l'auteur tente de faire le point de la question.

⁵ Aux termes de cet article : « Le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats 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 ».

tous les champs de l'activité humaine ». Comme on le voit, les droits de l'homme cohabitent bel et bien avec l'OHADA. Mais il s'agit de deux ensembles normatifs juxtaposés aux processus d'émergence parallèle et aux finalités bien distinctes mais qui ont ceci de commun qu'ils incitent tous deux à la régionalisation du droit. L'un le système OHADA est porteur de valeurs marchandes et comptables et a vocation à protéger le crédit et l'investissement avec un système de règles essentiellement favorables à la protection du commerce et du crédit. L'autre, le système des droits de l'homme qui s'est construit au plan régional africain à partir de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, a essentiellement vocation à sauvegarder les droits de la personne humaine. Il ne s'agit cependant pas d'une juxtaposition absolue car même si le droit OHADA n'a jamais traité les personnes privées comme de véritables sujets de droits fondamentaux, il a toujours édicté les obligations à leurs charges en tant qu'agents économiques débiteurs. Bien plus, le système juridique OHADA dont les velléités hégémoniques sont connues, peut dans sa mise en œuvre, porter atteinte à certains droits des débiteurs. Enfin, la plus part des droits de la deuxième génération sont d'essence économique.

Finalemment, pour rendre un compte le plus exacte de la nature de la situation des droits de l'homme dans l'espace OHADA et de la nature de leur cohabitation avec cette organisation, il semble donc nécessaire d'appréhender cette relation sous l'angle d'une tension dialectique qui suppose, à partir d'une approche d'état des lieux, de déterminer la logique de la cohabitation (I) avant d'en esquisser les perspectives (II).

I- LA LOGIQUE DE LA COHABITATION :

C'est une logique de juxtaposition et d'indifférence car comme son nom l'indique, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a en principe vocation à ne connaître que des problématiques du commerce et des activités économiques. Les droits de l'homme sont donc par définition exclus de son champ de compétence matérielle. Cette exclusion pourtant justifiée dans son principe (A) peut malheureusement être source de contradictions et de conflit entre les deux catégories de normes (B).

A- Une logique d'indifférence justifiée dans son principe.

L'incompétence ou plus exactement l'indifférence de l'OHADA vis-à-vis des droits de l'homme trouve sa justification aussi bien dans le silence des textes (1) que dans celui du juge de l'organisation (2).

1- L'indifférence des textes.

Tout part du but que le traité constitutif dans sa version originale a assigné à l'organisation à savoir la sécrétion d'un droit des affaires commun aux Etats parties et adaptés à la situation de leurs économies. Or, le droit international public connaissant le principe d'interprétation strict de la compétence des organisations internationales, la compétence de l'OHADA ne peut donc pas en principe être étendue à d'autres domaines que ceux visés par le traité l'ayant institué. Ainsi, pour l'application du présent traité, précise l'article 2, entre dans le domaine du droit des affaires [seul et seulement] l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au

droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et de toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure conformément à l'objet du présent traité... ». C'est donc de manière fort logique que de la même manière que le traité, les actes uniformes subséquents ne font pas expressément référence aux droits de l'homme. C'est sans doute cette même logique de spécialité qui gouverne l'attitude de la Cour commune de justice et d'arbitrage à l'égard des droits de l'homme.

2- L'indifférence de la CCJA.

La Cour commune de justice et d'arbitrage fait partie du dispositif institutionnel de l'OHADA. C'est une institution spécialisée dotée de prérogatives importantes aussi bien en matière contentieuse que sur le plan consultatif en ce qu'elle est « gardienne de la bonne application du droit uniforme et de la célérité du procès »⁶. Selon l'article 14 (tel que révisée à Québec le 17 octobre 2008), « La Cour commune de justice et d'arbitrage assure l'interprétation et l'application commune du traité ainsi que les règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions... ». Comme on le voit, la Cour qui agit en tant que juridiction de cassation est dotée d'une compétence d'attribution qui ne lui permet certainement pas en l'état, de s'intéresser et de se saisir des questions qui sont exclues de son champ de compétence naturelle à l'instar du respect des droits de l'homme. Pourtant placée *mutatis mutandis* dans la même situation, la Cour de justice de Luxembourg a contribué à l'affirmation et à la protection des droits de l'homme en les rattachant à

⁶ Voir ISSA SAYEGH (J.), Introduction au traité et aux actes uniformes de l'OHADA, www.ohada.com, ohadata D-02-17, p. 9.

la catégorie des principes généraux du droit communautaire⁷. Si, la CCJA s'engageait elle aussi un tant soit peu dans la logique de la protection prétorienne des droits de l'homme, elle arbitrerait à coup sur la plupart des conflits potentiels ou avérés susceptibles de naître à l'occasion de la mise en œuvre des droits de l'homme et/ou du droit OHADA. Malheureusement, c'est en vain que l'on rechercherait dans la jurisprudence⁸ de la CCJA une référence aux droits fondamentaux. Cette indifférence est regrettable car il manque clairement dans l'édifice OHADA une base de protection même prétorienne des droits fondamentaux aussi bien dans le fonctionnement des institutions que dans la mise en œuvre du droit harmonisé⁹ dans son ensemble.

B- Une logique d'indifférence en pratique source de tension.

Le fait que les deux ensembles normatifs se soient construits séparément a entraîné la mise en place de deux systèmes autonomes de protection dont l'un, le système des droits de l'homme, protège les valeurs éthiques alors que l'autre, le système OHADA, protège les valeurs marchandes et comptables des investisseurs. Cette dualité normative qui résulte de la juxtaposition des deux systèmes de protection peut être source de deux ordres de tensions à savoir : les risques d'incompatibilité qui se manifestent par des contradictions et les

⁷ CJCE, 12 novembre 1969, Stauder Ulm-Szialant, aff. 26/69 rec. CJCE, p. 419 ; 17 déc. 1970, Internationale Handelsgesellschaft c/ Einfuhr und Vorrats-Stelle für Getreide und Futtermittel, aff. 11/70, rec. CJCE, p. 1125 « Le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect [...] ».

⁸ Le corpus consulté à ce sujet est l'ouvrage de monsieur Félix ONANA ETOUNDI intitulé : *OHADA, Grandes tendances jurisprudentielles de la Cour commune de justice et d'arbitrage en matières d'interprétation et d'application du droit OHADA (1997-2010)*. Près de 300 décisions et avis annotés et commentés par thème ont été parcourus et aucune référence aux droits de l'homme n'y a été décelée.

⁹ Le droit harmonisé dans son ensemble englobe non seulement le droit primaire c'est-à-dire le droit du traité constitutif, mais aussi le droit secondaire à savoir le droit des actes uniformes.

contrariétés répétitives (1), et les conflits de primauté ou de prééminence des droits (2).

1- Les risques de contradiction.

Les risques de contradiction et/ou de contrariété entre le droit OHADA et les droits normatifs énoncés notamment par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sont potentiellement nombreux, compte tenu des différences de nature et de la divergence des finalités qui les caractérisent. Pour illustrer ce phénomène, il suffit de convoquer à titre indicatif, quelques hypothèses de discordance entre les principes des droits de l'homme et les exigences du droit OHADA :

- **Première hypothèse** : discordance entre les articles 2 et 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et l'article 69 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général.

Les articles 2 et 3 de la Charte consacrent le premier le principe de la non-discrimination qui est le corollaire de celui de l'égalité qu'affirme l'article 3. Ces dispositions sont respectivement libellées ainsi qu'il suit¹⁰ : article 2 « *Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente charte sans distinction aucune [...], notamment de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ». Article 3 « (1) *Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. (2) Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi* ». A l'opposé de ces dispositions, l'article 69 du titre I de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général qui traite du champ

¹⁰ A titre de droit comparé, les dispositions de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques expriment mieux ce principe : « *toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination...* ».

d'application du bail commercial dispose : « *Les dispositions du présent titre sont applicables dans les villes de plus de cinq mille habitants, à tous les baux portant sur les immeubles rentrant dans les catégories suivantes :*

1°) locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel ;

2°) locaux accessoires dépendant d'un local ou d'un immeuble à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel, à la condition, si ces locaux accessoires appartiennent à des propriétaires différents, que cette location ait été faite en vue de l'utilisation jointe que leur destinait le preneur, et que cette destination ait été connue du bailleur au moment de la conclusion du bail ;

3°) terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage industriel, commercial, artisanal ou professionnel, si ces constructions ont été élevées ou exploitées avec le consentement du propriétaire, ou à sa connaissance. ».

Alors que les articles 2 et 3 de la Charte affirment l'égalité devant la loi et l'égalité des conditions qui passent par l'uniformité de la règle applicable « la loi doit être la même pour tous », parce que tous les individus y compris les acteurs économiques et les marchands, égaux par essence, doivent être traités de façon identique ; l'article 69 relatif au champ d'application du bail commercial vient rompre avec l'uniformité de la règle en ne réservant l'application des dispositions du bail commercial OHADA qu'aux seuls cocontractants résidant dans les villes de plus de cinq mille habitants. Comme on le voit, cette disposition produit des effets discriminatoires qui sont contraires à l'esprit même du principe de

l'égalité affirmé par tous les instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

-Deuxième hypothèse : celle-ci a trait à la discordance qui existe entre la formule de l'exécution provisoire nonobstant toute voie de recours attachée à la mise en œuvre de certaines décisions de justice rendues dans le cadre du contentieux OHADA, et l'exigence du droit à un recours au terme duquel « toute personne dont les droits et libertés reconnus ... ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ... » qui comprend non seulement des recours efficaces, mais aussi le droit au double degré de juridiction dès lors qu'il existe dans le système juridictionnel des Etats des juridictions supérieures du genre Cour d'Appel, Cour de Cassation. Or, cette exigence est fréquemment contrariée par la quasi-totalité des décisions rendues en matière de procédures rapides (recouvrement et voies d'exécution).

Troisième cas de figure c'est la contrariété manifeste entre l'esprit des procédures dites simplifiées de recouvrement à savoir les procédures d'injonction de payer et d'injonction de délivrer ou de restituer. En fait de simplicité il s'agit au fond des procédures d'exclusion car au moins pendant la phase le débiteur qui doit pourtant des comptes à la justice ne participe pas l'instance. Il n'intervient qu'après avoir été condamné à payer ou à restituer par la voie de l'opposition alors qu'il n'a pas fait défaut. Ce sont des procédures injustes au regard des principes des droits de l'homme à l'instar de celui du contradictoire

Il faut enfin mentionner pour la décrier, la pratique des exécutions forcées qui sont essentiellement abusives et mettent à mal au-delà du droit au respect des biens, droit fondamental majeur, le principe même

de la dignité du débiteur saisi. Tout aussi graves sont les risques de conflit

2- Les risques de conflit de primauté.

S'il est incontestable que le droit OHADA (Traité et Actes Uniformes) a une valeur supra législative c'est-à-dire qu'elle l'emporte en cas de conflit sur l'ensemble du droit interne à valeur législative et régissant la matière des affaires dans la mesure où, en vertu de l'article 10 du Traité, « les Actes Uniformes sont [non seulement] directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure », il n'en demeure pas moins que la valeur supra constitutionnelle qu'une partie de la doctrine et la jurisprudence de la CCJA tendent à reconnaître que cette "primauté" affirmée par l'article 10 du Traité révisé est contestable, surtout lorsqu'il s'agit de la confronter à la prééminence des droits de l'homme.

En effet, La CCJA a eu l'occasion de préciser la portée de l'article 10. Dans un Avis du 30 avril 2001, sur demande de la République de Côte d'Ivoire concernant l'effet abrogatoire des Actes Uniformes sur le droit interne, elle a admis que « l'article 10 ... contient une règle de supra nationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les Etats parties des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures et postérieures ... L'article 10 apparaît alors comme la seule disposition susceptible de consacrer la supra nationalité des Actes uniformes, confirmée par les articles spécifiques de chaque acte uniforme ». Il est cependant difficile de donner raison à la CCJA par rapport à cette portée

qu'elle donne à l'article 10 du Traité OHADA et surtout à la définition qu'elle donne à la notion de supra nationalité dans le contexte de cet article. En droit international, le supra nationalisme ou plutôt la supra nationalité désigne davantage un mode d'organisation qui se place au-dessus des Nations qui la composent et non la position hiérarchique d'une norme par rapport à une autre. Ainsi, la communauté européenne peut être considérée comme le pilier supra national de l'Union Européenne. L'idée est née avec la fin de la deuxième guerre mondiale qui a exposé au grand jour les limites du droit international d'antan après avoir annoncé le naufrage d'une conception autrefois acquise des souverainetés nationales à savoir leur absolutisme. Il fallait donc repenser le droit international et organiser le rapprochement des souverainetés qui devenait impératif non plus dans le cadre de la coopération, mais dans celui de l'intégration. C'est donc dans cette logique que la pensée supra nationaliste fut consacrée avec la création des entités supra nationales à travers le monde. En Europe, la communauté économique du charbon et de l'acier (CECA) en est le précurseur. Nous pouvons citer par la suite la Communauté économique européenne et l'Union Européenne plus tard. En Afrique, nous pouvons mentionner à titre d'exemple le processus qui a conduit au lendemain de l'indépendance à la création de l'Union Douanière des Etats de l'Afrique Centrale (UDEAC) pour ce qui concerne la sous région d'Afrique centrale devenue plus tard Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale (CEMAC). Dès lors, la primauté d'un droit ne peut être que la conséquence de la supra nationalité de l'organisation dont il procède. Tel n'est malheureusement pas le cas de l'OHADA qui en l'état, est loin d'être une organisation communautaire et dont le droit ne saurait être qualifié de communautaire avec effet de primauté. Il s'agit d'un droit commun applicable sur l'ensemble des territoires des Etats parties donc

d'un droit à côté pour ne pas dire en deçà du droit constitutionnel des Etats membres, et non d'un droit au-dessus des Etats.

Pour faire simple, disons que la primauté est la position hiérarchique d'une norme d'un instrument ou d'un ordre juridique par rapport à une autre norme, à un autre instrument ou à un autre ordre juridique ; pendant que la supranationalité est la position hiérarchique d'une organisation internationale par rapport à un Etat ou aux Etats dont elle est l'émanation

D'un autre côté, par un double processus de constitutionnalisation et d'internationalisation des droits de l'homme opérée par tous les Etats membres de l'OHADA et leur régionalisation ultérieure conséquence de l'adhésion de ces Etats à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a eu pour conséquence leur promotion au sommet de la hiérarchie des normes. Nous sommes alors en présence de deux primautés en concurrence : la primauté des droits de l'homme face à la primauté supposée du droit OHADA. En admettant que l'article 10 du traité OHADA soit véritablement prééminente, sa suprématie peut-elle l'emporter sur celle des droits de l'homme ? Rien ne peut permettre de l'affirmer. Au contraire, s'il est une primauté qui prime sur l'autre, c'est bien celle des droits de l'homme car les valeurs éthiques doivent nécessairement venir avant les valeurs marchandes dont elles peuvent servir d'aiguillon. Au surplus, dans l'organisation générale des rapports d'ordre entre le droit international et le droit constitutionnel, c'est le bloc de constitutionnalité qui rassemble les principes à valeur constitutionnelle dont un grand nombre ont trait à la protection des droits fondamentaux, qui donne rang au droit international auquel on peut assimiler le droit OHADA. Comme on peut le constater, cette brève mise au point de l'état des rapports entre les droits de l'homme et le droit

OHADA, essentiellement fondée sur la logique d'indifférence et de juxtaposition, ne peut déboucher que sur une cohabitation tumultueuse. Il faut donc rapidement la dépasser en envisageant dans l'intérêt bien compris des deux ensembles normatifs concernés les perspectives d'une nouvelle forme de cohabitation plus harmonieuse.

II- LES PERSPECTIVES DE LA COHABITATION :

Le constat vient d'être fait. La situation qui prévaut en l'état entre les droits de l'homme et l'OHADA est celle d'une grande indifférence de celle-ci à l'égard des questions touchant aux droits et libertés. Pourtant, l'Homme est bel et bien au centre du vaste projet politico-économique qui prend corps au sein du vaste projet OHADA surtout depuis la révision du Traité constitutif à Québec. L'entreprise d'harmonisation s'affirme désormais d'emblée ainsi qu'il apparaît clairement dans le préambule du Traité portant révision du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, comme « un outil d'affermissement continu de l'Etat de droit et de l'intégration juridique et économique ». Sur la base de cette nouvelle avancée idéologique, il est donc désormais possible d'envisager l'OHADA comme une organisation fondée sur le respect du droit et réunissant des Etats ayant en commun un même système de gouvernement : la démocratie au sein de laquelle les modalités (A) et les enjeux (B) d'une nécessaire reconnaissance des droits de l'homme peuvent facilement être appréhendés.

A- Les modalités d'une possible reconnaissance.

Conformément au postulat de l'Etat de droit auquel aspirent les pays membres de l'OHADA, le juge et le législateur sont les deux artisans principaux de la reconnaissance et de la consécration des droits de l'homme. Le juge (1) et le législateur OHADA (2) ne sauraient déroger à la règle surtout dans un contexte marqué par la volonté des pères fondateurs de l'organisation de l'ouvrir dorénavant à la perspective des droits de l'homme.

1- La reconnaissance par le juge OHADA.

La Cour commune de justice et d'arbitrage peut se départir du principe de la spécialité des organisations internationales, en se fondant sur une jurisprudence non contentieuse de la Cour internationale de justice¹¹, et en s'inspirant de la méthodologie utilisée par la Cour de justice des communautés européennes, pour affirmer et reconnaître les droits de l'homme dans l'espace OHADA. Cette reconnaissance est d'autant plus possible que nombre des droits de l'homme ont un lien avec le commerce et les activités économiques. Il s'agit notamment de la deuxième génération des droits constituée pour l'essentiel des droits économiques et sociaux. La CCJA peut dès lors, à l'instar de la CJCE, rattacher le principe de la protection des droits de l'homme dans son champ de compétence à la catégorie des principes généraux du droit uniforme. Pour paraphraser une jurisprudence constante de la CJCE, « les droits fondamentaux feraient alors partie intégrante des principes

¹¹ En effet, dans l'Avis consultatif du 20 décembre 1989 rendu dans l'affaire de l'accord du 25 mai 1959 entre l'OMS et l'Egypte, la Cour de la Haye précise que l'Organisation internationale est un sujet de droit international lié en tant que tel par toutes les règles générales du droit international et non uniquement par les règles de son acte constitutif ou les accords internationaux auxquels elle est partie.

généraux du droit dont la CCJA assure le respect. A cet égard, elle s'inspirerait des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que les indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré ». Par ailleurs, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples revêtirait à cet égard une signification particulière. La démarche du législateur OHADA serait toute autre.

2- La reconnaissance par le législateur OHADA.

Faute pour l'organisation de pouvoir adhérer à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples compte tenu des débats suscités en Europe par cette perspective de reconnaissance, le législateur OHADA peut lui aussi s'inspirer d'une toute autre logique, celle de l'adoption d'un instrument original à l'image de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, qui lui permettra de mieux définir les valeurs essentielles auxquelles sont attachés les africains dans une organisation au sein de laquelle les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont en train d'acquérir depuis la révision du Québec, une nouvelle dimension à savoir, celle de base d'un espace désormais politique et démocratique. D'ailleurs, cette nouvelle ouverture oblige l'OHADA en attendant l'avènement d'une éventuelle charte des droits fondamentaux, à mener d'ores et déjà une politique ou plus exactement des actions concrètes en faveur des droits de l'homme et des libertés. Ces possibilités de reconnaissance sont du reste porteuses d'enjeux aussi bien pour les droits de l'homme que pour le droit OHADA.

B- Les enjeux de la reconnaissance.

La reconnaissance des droits de l'homme par l'OHADA apporterait une plus value non seulement à l'organisation elle-même (1), mais aussi aux droits de l'homme ainsi reconnus (2).

1- L'enjeu pour le droit OHADA.

Si l'on pense que le droit OHADA et les droits de l'homme doivent être interdépendants, cela signifie que le droit OHADA peut très bien s'enrichir des progrès enregistrés par les droits de l'homme notamment en ce qui concerne les règles de procès équitable dont il a tant besoin. Selon le principe du procès équitable que l'on retrouve affirmé dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme majeurs que sont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention américaine des droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ». L'idée de l'égalité des armes et du principe du contradictoire qui font souvent défaut au contentieux OHADA, traduit bien l'esprit dans lequel est envisagé ce caractère équitable du procès. Elle « requiert que chaque partie qui doit être présente à toutes les étapes et à toutes les phases de la procédure et du procès, se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ». Cet enseignement résulte de la consécration jurisprudentielle de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg dans le célèbre arrêt Niederöst-Huber c/ Suisse du 18 février 1997. Heurtait

précisément cette exigence le fait que devant la Cour de cassation, les requérants et leurs conseils n'avaient pas, à l'inverse de l'Avocat Général, eu communication avant l'audience du rapport et du projet d'arrêt rédigé par le Conseiller rapporteur¹².

Quant au principe du contradictoire, il implique au-delà de l'égalité des armes, une participation active des parties au processus situé en amont de la décision juridictionnelle. Et l'équité du procès ne doit pas simplement se limiter à sa phase procédurale, elle doit aussi s'étendre à la phase de l'exécution des décisions de justice qui, depuis le célèbre arrêt *Hornsby c/ Grèce* du 19 mars 1997, a été affirmé comme un droit fondamental. Cependant, si l'on sait combien l'inexécution d'une décision de justice ne peut que frustrer la partie en faveur de laquelle elle a été rendue, l'on sait davantage mieux que l'exécution abusive d'une décision de justice ne peut que frustrer davantage la personne contre laquelle elle a été rendue. Ce sont pourtant là quelques risques auxquels exposent les parties au procès, le rigorisme procédural du droit OHADA, un rigorisme qui milite manifestement en faveur des intérêts du créancier et de l'investisseur, et qui contrevient à coup sûr au principe constitutionnel du respect des droits de la défense qui implique selon le Conseil constitutionnel français « une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »¹³. Mais ce rigorisme juridico-judiciaire peut aussi être un atout pour les droits de l'homme qui souffrent d'un faible niveau de protection dans l'espace OHADA.

¹² Arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France* du 31 mars 1998.

¹³ Décision du conseil constitutionnel français du 28 juillet 1989.

2- L'enjeu pour les droits de l'homme.

Le constat est clair. Le dispositif de protection que procure le système de la Charte aux droits de l'homme souffre d'une carence. C'est un dispositif très peu perfectionné qui repose sur une Commission africaine des droits de l'homme et des peuples certes très active, mais qui reste et demeure un mécanisme non contentieux, mais aussi et surtout sur un processus de juridictionnalisation balbutiant avec une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples presque mort-née qui depuis qu'elle est entrée en fonction, n'a rendu son premier arrêt sur la compétence que le 15 décembre 2009¹⁴, et il n'est guère sûr qu'elle en rendra d'autres car le Protocole de Ouagadougou adopté en 1998 et entré en vigueur en 2004, qui l'a créée a été quatre années plus tard abrogé par un autre protocole adopté par les Etats membres de l'Union Africaine le 1^{er} juillet 2008 certes non encore entré en vigueur, mais qui fusionne d'ores et déjà la Cour africaine des droits de l'homme avec la Cour de justice de l'Union Africaine en une Cour africaine de justice et des droits de l'homme en tant qu'organe judiciaire principal de l'Union Africaine. Cette nouvelle Cour ne sera dotée que d'une simple section des droits de l'homme et des peuples. Il n'est pas donc excessif de dire que dans le système africain de protection des droits de l'homme, la garantie juridictionnelle est pratiquement dans un état hypnagogique (état d'hallucinations virtuelles qui apparaissent lors de l'endormissement). Or, à côté de cet état de torpeur dans lequel baigne la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, règne dans l'espace OHADA un mécanisme juridictionnel perfectionné et à l'effectivité avérée. Il s'agit de la Cour commune de justice et d'arbitrage qui est dotée de prérogatives importantes en matière consultative et

¹⁴ Voir note A. D. OLINGA, RTDH, 2010-89, p. 749.

contentieuse en ce qu'elle est « gardienne de la bonne application du droit uniforme et de la célérité du procès »¹⁵. C'est une juridiction originale dont le perfectionnement peut se mesurer à travers ses caractéristiques et ses attributions, mais aussi au regard de l'efficacité de ses décisions juridictionnelles. S'agissant de ses caractéristiques, la Cour présente quatre traits spécifiques. Sa compétence est obligatoire (elle n'a pas besoin d'être acceptée) et exclusive dans les matières qui lui sont assignées. Elle ne peut sous peine de dénis de justice refuser de statuer. Sa mission consiste en effet à assurer le respect de l'interprétation et de l'application du droit uniforme. Bien plus, l'accès à la Cour n'est pas seulement réservé aux Etats, mais aussi aux parties à l'instance. Soit enfin sur renvoi d'une juridiction nationale de cassation saisie d'une affaire relevant de l'application du droit uniforme du Droit OHADA.

Du point de vue de ses attributions, la Cour peut être saisie dans le cadre du contentieux sur l'interprétation et l'application du traité et émet des avis. Elle peut également être saisie dans le cadre du contentieux des actes uniformes. Dans ce cas, elle joue le rôle d'une juridiction de cassation car lorsqu'elle casse la décision attaquée, elle évoque l'affaire et statue sur le fond.

Enfin, ses décisions juridictionnelles sont non seulement obligatoires pour les parties mais aussi exécutoires dans tout l'espace géographique de l'OHADA. Equipée de ces ressources, la Cour d'Abidjan depuis qu'elle est entrée en fonction, a secrété une abondante jurisprudence qui lui permet de jouer pleinement son rôle central dans l'intégration juridique. A supposer un seul instant que ce système

¹⁵ Cf. ISSA SAYEGH (J.), op. cit., www.ohada.com, ohadata D-02-17, p. 9.

harmonisé de protection et de garantie du crédit et de l'investissement soit un temps soit peu, mis au service des droits de l'homme dans l'espace OHADA. Il comblerait en n'en pas douter toutes les déficiences structurelles dont souffre le système africain de protection des droits de l'homme et qui ont été relevés supra. Il lui apporterait la cohérence et l'efficacité qui lui manquent tant. En réalité, malgré l'existence du système de la Charte et de son mécanisme de garantie, les droits de l'homme restent différemment et diversement protégés par les Etats parties à l'OHADA, alors que le droit OHADA y est mis en œuvre de façon harmonisée au moyen des actes uniformes.

Propos conclusifs

Voilà donc brossé à grands traits l'état des lieux de la relation de cohabitation que les droits de l'homme entretiennent avec l'OHADA de « *lege lata* ». Il s'agit somme toute d'une cohabitation de juxtaposition avec deux processus normatifs qui se construisent séparément et qui font apparaître une double dualité normative et institutionnelle avec incontestablement la montée en puissance du système OHADA face au système de la charte qui garde en charge la protection des droits de l'homme sous l'égide d'une commission administrative et d'une cour africaine moribonde qui n'attend que l'avènement programmé de la cour de justice de l'Union Africaine et des droits de l'homme pour disparaître. Mais cette relation de cohabitation de juxtaposition n'est pas établie *ne varietur*. Même dans l'espace OHADA, elle peut obéir à la dialectique de complémentarité qui a toujours sous-tendu les rapports entre les droits de l'homme et les organisations économiques. C'est ce que laisse du reste apparaître leur projection de « *lege ferenda* ». Nous sommes donc en fait en présence d'une tension dialectique qui part d'une logique de

juxtaposition et d'indifférence et qui s'achemine vers une dynamique d'enchevêtrement et de complémentarité. D'ailleurs, c'est la perspective que semble envisager les Etats parties lorsqu'ils annoncent dans le préambule du traité révisé, leur détermination à « faire de l'harmonisation du droit des affaires un outil d'affermissement continu de l'Etat de droit et de l'intégration juridique et économique ». Or affermir l'Etat de droit c'est consolider l'affirmation et le respect des droits fondamentaux, qui en constituent une composante.

En attendant que le législateur OHADA passe de la bonne intention à l'action, je vous remercie d'avoir suivi cette présentation mitonnée à l'OHADA, aux droits de l'homme, au droit constitutionnel et au droit international...

;

,