

SOMMAIRE

ACTUALITES

- Ils se prennent tous pour des éléphants là où ils n'ont pas mérité d'être des lièvres
Me Mamadou KONATE

ETUDES

- Recours devant une juridiction étatique de l'espace OHADA et clause compromissoire : « A quel moment doit-on soulever l'incompétence de la juridiction étatique pour que la mise en œuvre de la clause compromissoire ne soit pas tardive ? »
Dr Bérenger MEUKE

CHRONIQUES

- Les exigences de la procédure d'injonction de payer prévue par l'OHADA (Note Arrêt CCJA n° 62/2005 du 22/12/2005 COM-CI c/ SCI Les Rosières)
Dr Bakary DIALLO

INFORMATIONS PRATIQUES

- La consécration des sûretés spécifiques OHADA : réserve de propriété, droit de rétention, cession de créances, etc
- Conversion de créances en titre de capital : Quid du droit OHADA ?

LU POUR VOUS

- Quelle assurance maladie pour le Mali ?
Dr Abdourahmane TOURE
- Complexity of Transnational Sources : A « Regional » reports from the OHADA Members Countries
Pr Salvatore MANCUSO

VIE DU CABINET

- Le Pr Salvatore MANCUSO des Universités de Macao et de Xiangtan en Chine rejoint le Cabinet Jurifis Consult en qualité d'Expert Juriste-Consultant Externe
- Me M. KONATE a participé comme intervenant au Colloque OHADA organisé par Sciences Po Paris qui s'est tenu le 18 avril 2001 : Compte rendu

Chères Lectrices,
Chers Lecteurs,

Dans l'actualité qui vous est proposée dans cette dixième parution de la Revue, Me Mamadou KONATE revient sur les crises qui secouent depuis quelque temps le continent africain et se pose quelques questions auxquelles il tente de donner des suites.

L'Afrique est-elle devenue ce continent malade de ces hommes politiques ? Malade de ces dirigeants politiques ? Malade de ces opposants politiques ? L'Afrique est-elle devenue ce continent qui développe à tous les coups un rapport si difficile avec « ses lois et ses institutions » ?

La justice, le droit et la loi sont-ils encore des concepts qui représentent si peu aux yeux de l'homme de pouvoir africain ? Ces concepts-là ont-ils du sens encore pour lui ? Celui-ci ne se donne-t-il pas lui-même le droit d'interpréter la loi et le règlement à sa guise, à tout va et souvent contre tout bon sens ? N'est-ce pas le dirigeant politique africain qui se donne le droit de violer la loi et le règlement quand il ne les suspend pas au gré de son humeur et au regard de la situation qui lui sied le plus ?

Pour Me KONATE, [Le trouble en Afrique est réel aujourd'hui et le sera encore demain. Ce trouble est à la fois politique et social. Mais il est aussi identitaire. L'Afrique est plus que jamais à la croisée des chemins. L'Afrique se cherche, l'Afrique est à la recherche d'elle-même, elle cherche son chemin, elle cherche sa voie, la voie de sa « démocratie » (...)]

Les crises majeures et les plus significatives dans notre continent ont pour origine et pour cause le vote, le scrutin. Ce scrutin mis en œuvre à plusieurs endroits a été à maintes reprises contesté. Ce fut le cas au Kenya, cela a été le cas au Sénégal, au Togo, au Burkina, en Côte d'Ivoire plus récemment et au Bénin encore. En Côte d'Ivoire, on en est à constater les dégâts sur les tissus économique et social profondément endommagés (...)]

Plus que jamais il apparaît nécessaire de se poser la question du contentieux électoral en Afrique et de ses implications et conséquences plutôt négatives. Plus que jamais il y a lieu de se prémunir contre les dangers de la contestation électorale en termes de fléau aussi important que les maladies qui ravagent notre continent. Plus que jamais se pose la nécessité de « dompter » le suffrage universel pour « l'africaniser » et l'adapter au point d'assurer une parfaite adéquation entre le vote et le sens du vote en Afrique. Les réponses à toutes ces questions permettent d'assurer un certain avenir à la démocratie et à l'élection même en Afrique.]

Bonne lecture

LA DICTATURE C'EST
FERME TA GUEULE



LA DÉMOCRATIE
C'EST CAUSE TOUJOURS

Image de <http://www.mecanopolis.org/>

ILS SE PRENNENT TOUS POUR DES ELEPHANTS LA OU ILS N'ONT PAS MERITE D'ETRE DES LIEVRES

Mamadou KONATE
Avocat Associé
JURIFIS CONSULT

Comme une fatalité chromosomique en Afrique, les dirigeants politiques arrivent le plus souvent au pouvoir dans la violence ou par la violence. Ils exercent le plus souvent ce pouvoir comme des « envoyés de Dieu » des « forcenés », les seuls et uniques « fils » du peuple et de la nation.

Ils quittent le pouvoir, poursuivis, chassés, traqués, comme de véritables « bêtes », quand ils ne sont tout simplement pas mis aux arrêts, réduits à leurs sorts funestes, emprisonnés à vie, assassinés à coup de pilons.

Triste sort que celui des dirigeants africains en bout de mandat. Triste sort que celui des gens de pouvoir dans notre continent.



Image de www.casafree.com

Ils sont si nombreux : **Blaise COMPAORE au Burkina Faso**, arrivé au pouvoir à la suite de l'assassinat de son camarade et « frère » d'arme, **Thomas SANKARA**. Il s'est fixé le destin de procéder à la « rectification » de la « révolution » au Burkina Faso ; **Abdoulaye WADE au Sénégal**, vieil opposant de tous les régimes avant lui au Sénégal, le « Roi du Sopi », le changement qui a emporté le régime du parti socialiste sénégalais, en place depuis les débuts de l'indépendance de ce pays, seul maître à bord ; **Ibrahim Baré MAINASSARA au Niger**, le militaire qui n'aura pas tenu sa parole, celle de rendre le pouvoir après un coup d'état militaire salvateur, **Moussa Dadis CAMARA en Guinée Conakry**, arrivé au pouvoir pour remettre sur le chemin et à l'endroit un pays mal en point, a subi les frasques de l'arrogance et de la démesure, ce qui a fini par l'écarter physiquement du pouvoir par une méthode « douce » ; **Mamadou TANDJA au Niger**, cet autre militaire devenu momentanément démocrate et qui s'est cru plus indispensable que tous les autres fils de son pays, **Yaya JAMMEH de Gambie**, considéré comme un névrosé du pouvoir se prend pour un messie, un envoyé de Dieu au peuple de Gambie, **Robert GUEI**, puis **Laurent GBAGBO en Côte d'Ivoire** : le premier a dit vouloir balayer la maison qu'il a fini par occuper avant de la salir et le second, voulant jouer les premiers rôles avec son épouse Simone, oubliant le triste sort réservé à Nicolae et Elena CEAUSESCU, ce couple infernal et mégalomane de Roumanie ; **Hosni MOUBARAK en Egypte**, gagné par l'entêtement, **Zine El-Abidine Ben Ali de Tunisie**, qui a oublié qu'un peuple endormi finit par se réveiller toujours, **Mouamar KADHAFI de Libye**, seul guide suprême sur terre, mégalomane gagné par la folie du pouvoir, **Aly BONGO du Gabon**, **Joseph KABILA de RD Congo** et **Faure GNASSINGBE du Togo**, tous trois ont découvert le pouvoir « de père en fils », les premiers « bébés » des dynasties démocratiques africaines. Et tous ces autres dirigeants africains que l'on ne pourra citer ni qualifier dans le cadre de cet article tellement ils sont nombreux à se prendre pour des éléphants là où ils ne méritent pas d'être des lièvres.

1- Retenons que tous auront vécu ou vivent depuis plusieurs années déjà pour les plus anciens en « monarque », en « tyran » en « dictateur » en « potentat » dans leurs pays. Tous ont été un jour de leur vie installés au pouvoir, mis en embuscade du pouvoir, placés aux confins du pouvoir, à sa périphérie. Quelques-uns parmi eux ont souvent été opposants politiques, opposants de très longue date. D'autres, officiers militaires, hauts gradés, sortis des rangs, des casernes et des troupes pour venir rétablir, qui l'ordre républicain menacé, qui la légalité constitutionnelle mise à mal, qui pour sauver la patrie momentanément en danger. Tous autant qu'ils sont, sont arrivés au pouvoir tantôt par des voies légales, tantôt par les armes, mais le malheur de tous aura été de se prendre un jour ou un autre pour le peuple entier, ni plus ni moins.

2- En arrivant au pouvoir, tous ces dirigeants, qu'ils soient civils ou militaires, apparaissent comme les meilleurs « **légalistes** », les plus grands « **démocrates** » de cette terre et de ce continent. Au contact du peuple - qui a le malheur de les croire sur parole -, ces gens de pouvoir se sont montrés capables de comprendre les mêmes révoltes que ce peuple. Ces gens de pouvoir n'avaient de cesse de dénoncer à la suite du peuple, les maux dont celui-ci souffrait : la faim, la soif, la maladie, l'analphabétisme et les ignorances. Pour arriver à leurs fins, les gens de pouvoir se sont montrés prêts à toutes les combinaisons, à toutes les alliances pour justifier leurs démarches de quête de pouvoir.

Ils ont été là pour propager leurs visions idylliques de la démocratie, pour partager et distiller leurs conceptions hideuses de la justice, de la liberté et du droit. Le « consentement des hommes réunis en société » est bien le fondement même du pouvoir. Ils ont dit et ont pris des engagements vis à vis du peuple sans être capables de les tenir. Ils ont menti au peuple. Ils se sont imposés au peuple à coup de mensonges et de propagandes malsaines.

Or, celui qui s'établit au pouvoir à coup de mensonges ou par la force ne peut s'y maintenir que par la force et la ruse. La force et la ruse ne sont jamais éternelles pour assurer un maintien au pouvoir parce qu'elles finissent par plier.

3- Dans de nombreux pays du continent, nombreux sont ces gens de pouvoir qui n'ont de croyance en leurs idées et propos que le temps pour eux d'accéder aux palais, à leurs trônes d'espérance, de vie et de repos éternels. Une fois arrivés au sommet de l'Etat, ces gens de pouvoir finissent par être marqués par les frasques du pouvoir qu'ils subissent. Commence alors le temps pour eux des « **comptes et mécomptes** ». Ils sont gagnés par le démon de la solitude, par la démesure de leurs ambitions et de leurs actions. Ils finissent par nier tout y compris l'évidence de leurs origines, modestes, leur état d'être humain, donc mortel, leurs âges, très avancés hélas au point de ne leur donner d'autre possibilité que celle de quitter et d'abandonner le pouvoir. Quitter le pouvoir au point de ne jamais même chercher à le contrôler ni de près ni de loin, encore moins à chercher à gérer la chose publique, y compris par personnes interposées. Malheureusement, ces gens de pouvoir n'entendent pas un tel message sauf si celui-ci était enrobé dans un argument tiré de la constitution. La sénilité en elle-même ne constitue pas un argument massue pour les arrêter net et tuer en eux tout instinct ou envie folle de pouvoir. Gare alors à tous ces dirigeants qui ne percevront pas ce message comme une évidence. **Les récalcitrants rencontreront en face d'eux et sur leur chemin toutes les révoltes populaires contre eux et contre leur pouvoir. Que ces révoltes soient organisées ou non, elles se dresseront contre tout pouvoir qui sera simplement mu par la rage, par la folie et par les excès.**

4- Les fous du pouvoir ne sont pas les seuls dangers en Afrique. A côté d'eux, il y a tous ces autres qui dirigent l'Etat en exerçant le pouvoir le plus longuement, prolongeant sans cesse leur règne qui s'étend. Ceux-là sont vite gangrenés sans qu'ils ne se rendent compte qu'ils le sont, gagnés par l'usure du pouvoir. Le temps est avant tout un facteur le plus souvent négatif pour le pouvoir. Or, ce temps facteur d'usure du pouvoir, n'est jamais perçu comme tel par les dirigeants politiques en Afrique. Le temps n'a en apparence aucune incidence négative sur eux. Ils passent plus d'un, deux, trois et voire quatre mandats à la tête de l'Etat. Ils passent de mandat en mandat, le renouvelant sans cesse au gré des réformes subies par les constitutions en perpétuelle « évolution ». **Toutes ces réformes constitutionnelles visent à faire de l'Etat « une république » à la fois « monarchique » et « constitutionnelle** ». Ne comptent plus aux yeux des dirigeants africains les premières années d'exercice de pouvoir. Ces années sont unilatéralement décrétées par le pouvoir suprême nulles et non avenues ; cette nullité est confortée par les arrêts postérieurs des cours constitutionnelles, seulement composées de sages de la nation, qui parlent une fois pour toutes, en premier et en dernier ressort. Seules les secondes années d'exercice de pouvoir comptent alors, celles d'après scrutin. Des scrutins dont les résultats ne sont pris en compte qu'après validation par la commission nationale, en toute indépendance. Mais il faut que le nombre de voix remportées soit au-delà et bien au-delà de la moitié des électeurs ayant voté. Très souvent, les dirigeants politiques sont demandeurs de plus de suffrages que totalement exprimés par des électeurs, ignorants et incapables d'apprécier la qualité d'une offre politique qui leur est faite, des électeurs méconnus de tous les fichiers officiels mais inscrits, sans doute jamais immatriculés.

5- L'Afrique est-elle devenue ce continent malade de ces hommes politiques ? Malade de ces dirigeants politiques ? Malade de ces opposants politiques ? L'Afrique est-elle devenue ce continent qui développe à tous les coups un rapport si difficile avec « ses lois et ses institutions » ?

La justice, le droit et la loi sont-ils encore des concepts qui représentent si peu aux yeux de l'homme de pouvoir africain ? Ces concepts-là ont-ils du sens encore pour lui ? Celui-ci ne se donne-t-il pas lui-même le droit d'interpréter la loi et le règlement à sa guise, à tout va et souvent contre tout bon sens ? N'est-ce pas le dirigeant politique africain qui se donne le droit de violer la loi et le règlement quand il ne les suspend pas au gré de son humeur et au regard de la situation qui lui sied le plus ? Dans le continent, le droit est vu sous des angles différents, sous des coutures et des regards tellement distants de la réalité. Il est vu selon que l'on soit ou pas, selon que l'on est ou pas, selon que l'on a ou l'on n'a pas le pouvoir.

Tout semble permis à l'homme de pouvoir en Afrique. Il a droit de vie et de mort sur ses administrés et exerce la plénitude de ses pouvoirs sur une administration docile. Il est le seul à incarner et à exprimer le désir et les attentes de la nation citoyenne. Il est le chef suprême et l'incarnation absolue des autorités et de toutes les forces.

6- C'est cette vision fantasque du pouvoir qui permet à un **guide suprême de donner ordre en Libye de faire voler des avions de guerre, tous chargés de bombes, pour les jeter sur les têtes des pauvres citoyens libyens.** Ces derniers ont le malheur de s'être « insurgés » contre ce guide qu'ils disent ne plus reconnaître comme étant le leur. Ils se révoltent contre les institutions que ce guide a mises en place, contre les lois qu'il a forgées, contre son pouvoir de despote, d'autocrate et de tyran. Contre ces exactions « légitimes » du guide, nul n'a le droit de se rebeller, nul n'a le droit de dénoncer, pas même une Union africaine il est vrai, devenue subitement sans voix s'agissant particulièrement du guide seul et unique « pourvoyeur » de fonds. C'est vrai que lorsqu'il s'agit de parler du « **roi des rois** » d'Afrique, tous les « sujets » se taisent. Il ne faut surtout pas que d'autres viennent par leur réaction ou leur prise de position en tant que **communauté internationale**, troubler cette quiétude africaine.

La communauté internationale est « maudite » en Afrique et dans tout le continent. Elle est détestée par son instinct d'ingérence dans les affaires intérieures d'un continent, replié en la circonstance sur lui-même chaque fois qu'il ne s'agit plus de tendre la main, pour recevoir des autres toute autre chose que « l'aide » et « l'aumône ».

7- Ce reproche à la communauté internationale paraît quelque part fort juste. Elle est juste lorsque cette **communauté internationale, par ses prises de position par-ci par-là, au gré et sur la base de ses « amitiés » manque de justesse et de justice.** Par exemple, ses nombreuses actions militaires, déclenchées de la manière la plus hasardeuse en Iraq, en Afghanistan n'ont pas souvent obtenu les succès annoncés et les résultats escomptés. Dans tout ça, la Palestine, elle, est en train de se mourir sous le poids des implantations de spoliation des colons juifs. Ceux-là sont comme assurés d'une impunité totale. **Faut-il combien de résolutions votées aux Nations Unies par le Conseil de Sécurité pour arriver à bout de l'injustice dans cette partie du monde ?**

Ce monde, il est vrai, est dominé injustement par ceux-là qui étaient grands il y a peu. Ceux-là qui sont dits grands peinent à se comporter comme il se doit et comme les moins grands en Afrique ont soif de les voir désormais se comporter dans ce monde. Oui, vu de cette manière là, la « police du monde » est mal assurée. La police du monde est mal mise en marche, elle ne l'est qu'au gré des humeurs et des intérêts de Barack OBAMA, Président des Etats-Unis d'Amérique. Or, les intérêts de ce pays sont tellement si différents de ceux de la Russie. La Russie, même prise dans l'état dans lequel elle se trouve reste tout de même une nation certes démunie et diminuée, mais encore dotée de l'arme nucléaire. Cette arme est fatale encore pour asseoir une force militaire et une puissance sans commune mesure avec une présence ou un rayonnement quelconques sur la planète.

D'autres Etats, pas des moindres, également présents au Conseil de sécurité des Nations Unies, titulaires du droit de veto assurent une certaine police dans un certain espace de la planète. On n'est pas à l'époque de Yalta. Mais chacun des grands trouve son mot à dire lorsqu'il s'agit des petits qui se trouvent dans leur giron. **La France, la Grande Bretagne la Chine ne sont pas en reste.** Tous sont, au regard des règles du droit international et de la régulation du monde, considérés comme des grands, « respectueux et respectables ». C'est une question de rapport de force. Le monde est ainsi fait.

Heureusement qu'il y a encore le « droit » pour rétablir un certain équilibre entre les hommes, les peuples et les nations, qu'ils soient grands ou petits. Peu importe en définitive, leurs tailles, leurs puissances, leurs places et leurs rôles dans le monde et sur la scène internationale. **Ce sont toutes ces règles qui fondent la communauté internationale, le droit international et toutes ces règles autour desquelles se retrouvent quelque part la communauté des peuples épris de paix, des peuples « civilisés ».**

8- Bien évidemment que l'on peut contester l'attitude de cette communauté internationale. Bien sûr que l'on peut la dénoncer. Il y en a même qui défient cette communauté internationale. Pourvu que ceux-là soient simplement conscients des risques qu'ils prennent et de leurs conséquences. Laurent et Simone GBAGBO se dressent contre, implorent Dieu pour qu'il change la face du monde. Leur tandem rappelle un autre, Nicolae et Elena CEAUSESCU en Roumanie. La différence entre ces couples : les seconds, « Génies des Carpates » et les premiers, des « Génies » venus des régions du « Fromager » et du « Sud Comoé », en Côte d'Ivoire, loin et très loin des Carpates. **Toujours est-il que nous sommes ces temps-ci nombreux en Afrique à mélanger ce droit « légitime » de révolte contre les « travers » de la communauté internationale dans ses errements de la « régulation » du monde.** Les actions de cette communauté internationale sont malheureusement peu dénoncées par nous ou pas suffisamment. Tous ceux qui l'ont fait ces temps-ci l'ont bien fait et ont eu raison de le faire. Chacun sur son ton, chacun à sa manière, chacun sous son angle. L'essentiel était de dénoncer.

9- Une fois que l'on a fini de faire cela, il faut aussi que tous ceux qui ont dénoncé s'interrogent aussi. Tous ceux-là devraient **s'interroger et se demander que serait devenue la Côte d'Ivoire au lendemain des élections ayant vu la perte du pouvoir par Laurent GBAGBO qui a décidé, malgré tout et contre tout bon sens, de s'y agripper, de s'y maintenir et de s'y installer quand même ? Que faut-il faire contre cette attitude de GBAGBO et de tous ces autres qui s'y sont essayés ou voudront s'y essayer, se maintenir au pouvoir contre le droit ? Violer la loi sans que rien ne se passe ? Piétiner le droit et exercer la force contre les faibles ? Contre toutes ces violations de la loi, contre le mépris du droit, contre l'usage de la force contre les faibles, il n'y a de place que pour la force mais la force légitime.** Du coup, les interventions de la communauté internationale en Libye et en Côte d'Ivoire sont salutaires. Apprendre en mettant la dernière main sur ce papier que Laurent GBAGBO est aux arrêts est une source légitime de fierté. Peu importe vraiment qui aura arrêté et qui était là au moment de l'arrestation de Laurent GBAGBO. Celui-ci était considéré non pas comme un Président de la République, ce qu'il avait cessé de devenir mais comme un individu dangereux et prêt à tout pour arriver à ses fins. Or, on sait qu'il agissait illégalement et hors tout cadre légal. Toute personne à même d'agir pour son arrestation et de l'anéantir était la bienvenue. Que ce soit les forces militaires de la France, de l'ONU voire de toutes autres forces qui soient à l'origine de cette arrestation, Bravo !!!

N'ayons pas de fausse gêne lorsque des esprits, à tort, venaient à invoquer un certain «néo-colonialisme» pour saper et enlever la gloire de cette arrestation qui devenait utile et nécessaire pour la paix en Côte d'Ivoire. Pour la suite, les dirigeants africains et ceux, légitimes de la République de Côte d'Ivoire doivent à présent être capables de rebondir, de reprendre les choses en main et de donner l'envie et les moyens à ce beau pays et à tous ces citoyens du nord comme du sud, de l'est jusqu'à l'ouest, de se regarder désormais, de se parler entre eux et de se dire pardon les uns et les autres y compris sur le dos de Laurent GBAGBO qui fait désormais partie du passé noir et maléfique ivoiriens. Toute l'Afrique et tous les africains devraient plus que jamais se mobiliser pour ce faire. La suite est devant et le pire est derrière nous.

10- Dans l'état actuel de la marche du continent, si la force légitime devrait provenir de l'intérieur de nos Etats, de nos gouvernements, voire de ceux de nos voisins, il reste clair que toutes les populations africaines courent le danger systématique de la révolte permanente et récurrente, de la guerre civile. Une telle réalité est-elle connue de tous ceux qui dénoncent et s'arrêtent à la dénonciation? Les situations qu'ils dénoncent sont-elles suffisamment évaluées avant toutes les doctrines et ripostes si violentes contre l'ingérence de la communauté internationale dans les affaires intérieures du continent africain dans des « attitudes coloniales » alors même que le continent et ses populations sont en situation de périls et de danger permanents ?

11- En ce moment précis, **KADHAFI et GBAGBO (anéanti depuis) sont ou ont été les drames de notre continent.** Qu'a fait l'Afrique « unie » pour anéantir ces dirigeants dans leurs desseins affirmés d'exercer un pouvoir tyrannique, absolu et de toute évidence contre le gré de leur peuple ? **L'organisation panafricaine n'a, de toute évidence, plus les moyens nécessaires de se réunir ne serait-ce que sur la base d'un ordre du jour convenu, en rapport avec l'actualité immédiate du continent. Que peut-on désormais attendre de cette organisation lorsque l'on sait que les trois quarts des membres qui la composent sont « illégitimes » en raison de l'origine de leur pouvoir ou des conditions dans lesquelles ils l'exercent ?** Tous des illégaux, tous des illégitimes sommes-nous tentés de dire au sujet des dirigeants africains ? KADHAFI n'a pas fini de faire une offre de service au sujet de la Côte d'Ivoire de GBAGBO de prendre tout seul en charge les frais découlant du renversement y compris de la manière la plus violente de ce dernier que lui-même est vite rappelé à l'ordre dans son pays.

Le médiateur en chef de la crise ivoirienne n'est-il pas lui aussi en prise directe avec une révolte estudiantine et une mutinerie internes sans que l'on ne puisse en prédire l'issue ?

12- Le trouble en Afrique est réel aujourd'hui et le sera encore demain. Ce trouble est à la fois politique et social. Mais il est aussi identitaire. L'Afrique est plus que jamais à la croisée des chemins. L'Afrique se cherche, l'Afrique est à la recherche d'elle-même, elle cherche son chemin, elle cherche sa voie, la voie de sa « démocratie ». En Afrique, la communauté des gens prend le dessus sur les collectivités. L'individu arrive à se hisser au-dessus et au détriment du peuple. Les attributs de l'Etat et de Nation ne concordent plus avec sa grandeur. L'autorité de l'Etat n'est jamais l'expression de sa force. La faiblesse de cette autorité se manifeste dans les défaillances de la justice qui parle peu mais parle pour ne rien dire. Les « valeurs universelles » représentent peu à côté de celles traditionnelles, désormais dénuées de tout sens. Le suffrage dit « universel » est aussi fortement en cause dans nos pays et dans notre continent. Le vote et son expression n'expriment plus rien d'autre que le subjectivisme des peuples et des citoyens.

13- La démocratie en Afrique ne peut se faire sans élection. De bonnes élections, pas des semblants d'élection ! Le suffrage constitue le défi majeur dans le continent. Il est organisé péniblement dans les Etats d'Afrique. Les élections commencent aussi difficilement qu'elles se déroulent. Elles se terminent assez souvent sur l'autel de la contestation et de la confrontation violente. La peur, le sang et la mort en sont les principaux signaux.

Les crises majeures et les plus significatives dans notre continent ont pour origine et pour cause le vote, le scrutin. Ce scrutin mis en œuvre à plusieurs endroits a été à maintes reprises contesté. Ce fut le cas au Kenya, cela a été le cas au Sénégal, au Togo, au Burkina, en Côte d'Ivoire plus récemment et au Bénin encore. En Côte d'Ivoire, on en est à constater les dégâts sur les tissus économique et social profondément endommagés.

14- Les années 1990 ont vu les peuples d'Afrique plus au sud du Sahara se révolter. Ils ont souvent payé le prix du sang pour installer des systèmes politiques plus ouverts, plus démocratiques. La démocratie se mesure généralement par le vote. Le scrutin est ce « machin » qui est le plus contesté et sans doute le plus contestable dans le continent.

15- La vague des « démocraties » post 1990 est vite passée. Au bilan, très peu d'Etats auront passé le galop d'essai. A l'exception du Ghana, du Botswana, dans une certaine mesure le Sénégal, le Mali et le Bénin de cette époque et plus récemment le Niger, tous les autres sont logés à la même enseigne. Dans tous ces pays-là, les élections ont été malmenées bien qu'elles aient été financées à coup de milliards. Le niveau de contestation systématique des acteurs politiques est le même dans tous ces pays là. Ce sont ces contestations qui sont le plus souvent à l'origine des vagues de violence.

Les systèmes politiques qui ont fait l'option de la « démocratie » dans le continent ont généré des acteurs qui sont à la traîne. Ces acteurs politiques sont en net recul par rapport à leur capacité de faire une offre politique réelle, adaptée et adéquate. Celle-ci, quand elle n'est pas inexistante pour l'électeur apparaît comme totalement inadaptée. Ensuite, ces acteurs politiques sont aussi en recul par rapport à la morale politique, par rapport à l'éthique, toutes choses qui sont pourtant nécessaires à la gestion des affaires publiques ainsi que celles de la cité. Enfin et enfin, les acteurs politiques ne se fixent que très peu de règles contraignantes pour eux. Quand c'est le cas, ils se donnent toujours la latitude de violer ces règles chaque fois que nécessaires, sans que rien ne se passe. A propos de règles et de leur porosité, n'a-t-on pas relevé plus de deux millions d'électeurs inscrits dans un pays comme le Gabon qui ne compte officiellement qu'un million et demi d'âmes ?

16- L'organisation des élections au Gabon comme dans la plupart des pays d'Afrique a été encore plus contestée lorsqu'elle était confiée à une structure indépendante et autonome de l'Etat que lorsque c'était l'Etat lui-même qui les organisait. Le comble, c'est que tous les protagonistes de l'élection sont en principe représentés dans les commissions électorales nationales indépendantes. Mais ces derniers, y compris les représentants des candidats aux élections majeures, sont incapables d'assurer plus complètement leurs présences au niveau de tous les centres de vote.

Du coup, la contestation des résultats reste le principal et unique moyen pour les opposants, mauvais perdants assez souvent, et pour les acteurs politiques en général de se faire valoir. Ils donnent de la voix notamment sur les radios libres nationales mais aussi sur les ondes des radios internationales, anglaises, françaises sans doute en mal de sensation.

17- Tout cet imbroglio est rendu encore plus difficile par la mauvaise réponse qu'apporte le juge, lorsque les acteurs politiques décident de le saisir pour lui soumettre l'examen du contentieux les opposant et qui porte sur la contestation des résultats proclamés lors des élections. Tout se complique aussi bien en apparence que dans la réalité :

- En apparence, les acteurs politiques quels qu'ils soient, en saisissant le juge, se donnent l'impression mais aussi au juge de vouloir se confier à la justice tout en prenant le soin de se soumettre à sa décision. Il n'en est rien.
- Dans la réalité, les acteurs se confient à la justice tout en continuant à sonder d'autres hommes, d'autres pouvoirs, y compris des pouvoirs maléfiques insoupçonnables. Il faut de tout pour gagner une élection.

Mais ce n'est pas tout. Le juge lui-même ne se contente pas seulement de dire le droit pour trancher le contentieux qui lui est soumis. Il va au-delà. Il parle et se donne la latitude de parler plusieurs fois. Sans compter qu'il n'est pas le seul juge à parler dans ce domaine et dans cette matière. Ils sont au moins trois à parler sans vraiment se parler.

Le juge judiciaire, c'est à dire celui-là même qui est compétent pour prononcer le divorce est aussi celui qui connaît le contentieux électoral. A ses côtés, le juge chargé de connaître des affaires administratives, tout comme le juge en charge des affaires constitutionnelles sont tous les deux aussi compétents en matière de contentieux électoral. Imaginez ce que peut être la cacophonie si ces trois juges parlent sans se parler entre eux.

18- Sans compter qu'en Afrique, les juges ne sont pas que seulement juges. Ils sont à la fois citoyens mais aussi des hommes et des femmes, quelques fois des militants, des partisans qui ont des liens et d'autres avec les protagonistes de l'élection. Le juge en Afrique ne se départit que très peu des conflits d'intérêts, des suspicions, d'une certaine proximité avec le dossier et des situations handicapantes simplement. Dans tous les cas de figure, dans cette matière comme dans toute autre, pourvu qu'elle soit contentieuse, le juge fait peu la preuve de son « indépendance » pourtant nécessaire pour juger et bien juger sans jamais se substituer à l'électeur qui est roi. La justice pour dire le droit en matière de contentieux électoral est à la fois dépendante, partielle et partisane elle-même.

Plus que jamais il apparaît nécessaire de se poser la question du contentieux électoral en Afrique et de ses implications et conséquences plutôt négatives. Plus que jamais il y a lieu de se prémunir contre les dangers de la contestation électorale en termes de fléau aussi important que les maladies qui ravagent notre continent. Plus que jamais se pose la nécessité de « dompter » le suffrage universel pour « l'africaniser » et l'adapter au point d'assurer une parfaite adéquation entre le vote et le sens du vote en Afrique. Les réponses à toutes ces questions permettent d'assurer un certain avenir à la démocratie et à l'élection même en Afrique.

RECOURS DEVANT UNE JURIDICTION ETATIQUE DE L'ESPACE OHADA ET CLAUSE COMPROMISSOIRE :

« *A quel moment doit-on soulever l'incompétence de la juridiction étatique pour que la mise en œuvre de la clause compromissoire ne soit pas tardive ?* »

Bérenger Y. MEUKE
Docteur en droit des affaires
Avocat

Lors de la conclusion d'un contrat, les parties peuvent décider qu'un éventuel différend né entre elles à l'occasion de l'exécution de ce contrat sera tranché par un tribunal arbitral.

Un tribunal arbitral, qui n'est pas une juridiction étatique, sera alors investi par les parties et tirera sa légitimité de l'expression même de leur volonté commune.

Un tel choix des parties est exprimé dans une « *clause compromissoire* » ou « *convention d'arbitrage* ».

Les termes « *convention d'arbitrage* » et « *clause compromissoire* » sont ici interchangeables.

Mais à la réalité, ces deux terminologies ne sont pas à confondre. On dira d'ailleurs qu'il y a une convention d'arbitrage qui contient une clause compromissoire. On assimilera dès lors les deux notions lorsque la convention d'arbitrage ne contient qu'une seule clause, la clause compromissoire.

La résolution de la problématique de la mise en œuvre tardive d'une clause compromissoire nécessite au préalable que réponse soit donnée à la question de savoir : **A partir de quel moment une clause compromissoire est-elle mise en œuvre ?**

La clause compromissoire est mise en œuvre dès lors que l'instance arbitral est en cours et l'instance n'est en cours qu'à partir du moment où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission¹.

Partant de là, la mise en œuvre d'une clause compromissoire ne saurait en elle-même être tardive (point de prescription...).

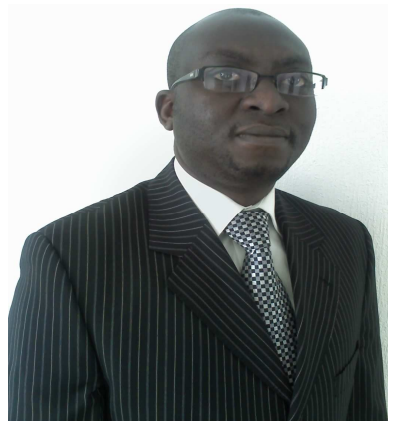
Le caractère tardif ne pourrait alors s'analyser que par rapport à l'existence d'un recours devant une juridiction étatique.

En effet, l'existence d'une clause compromissoire dans un contrat, produit entre les parties, un effet majeur : **l'incompétence des juridictions étatiques**.

Le principe est clairement posé par l'article 13 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage « *lorsqu'un litige, dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente...* ».

Cet effet négatif de la clause compromissoire est moins net lorsque le tribunal arbitral n'est point saisi. Alors, « *...la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente...* ».

Dans tous les cas, la juridiction étatique se déclare incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle².



¹ Cass. Civ 25.04.2006, n° 05-13749

² La caducité de la clause compromissoire n'établit pas le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage (Cass. 1ère ch. civ. 11 février 2009, n° 08-10341)

La problématique de la mise en œuvre tardive de la clause compromissoire ne pourrait donc s'inscrire que dans le cadre d'un chevauchement de recours devant une juridiction étatique puis un tribunal arbitral.

Lorsqu'il existe entre les parties une clause compromissoire, en cas de saisine par l'une des parties de la juridiction étatique, l'autre peut exciper de la clause compromissoire et soulever l'exception d'incompétence du juge étatique.

Cependant, l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure et non les fins de non-recevoir.

En réalité, il n'y a pas de confusion à faire entre l'exception d'incompétence et une fin de non-recevoir. L'idée est qu'une fin de non-recevoir entraîne d'emblée le rejet définitif de la demande, sans examen préalable au fond, alors qu'une exception d'incompétence impose de choisir entre deux juridictions dotées du même pouvoir juridictionnel.

C'est ainsi que le moyen pris d'une contestation sérieuse ne constitue pas une exception d'incompétence, car aucun juge des référés ne serait compétent et que le demandeur est en vérité privé d'action en référé.

En revanche, lorsqu'un demandeur, titulaire de son action, a l'obligation de la porter devant les arbitres, il s'agit bien pour le juge étatique d'un défaut de compétence, non d'un défaut de pouvoir, puisqu'en cas de renonciation à l'arbitrage ou après expiration du délai d'arbitrage, il retrouve cette compétence qui lui faisait défaut jusque-là.

L'exception d'incompétence en tant que telle constitue donc une exception de procédure. Elle invite les parties à la soulever avant le débat de fond sous peine de forclusion selon le droit commun relatif aux exceptions de forme.

« Mais attendu que l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure ; qu'ainsi, après avoir relevé que M. Y... avait préalablement conclu au fond, la cour d'appel a décidé à bon droit qu'il avait soulevé l'exception tardivement »³.

Toute la question est donc moins celle de la mise en œuvre tardive de la clause compromissoire que celle du moment auquel il faut soulever l'exception d'incompétence de la juridiction étatique saisie.

Or, le propre des incompétences relatives est de ne pouvoir être relevées d'office par le juge.

Il en découlerait par ailleurs que :

- Le Juge étatique n'est pas comptent pour connaître du litige au fond chaque fois qu'il est en présence d'une clause compromissoire,
- Le Juge étatique n'est pas comptent pour connaître du litige dès lors que le Tribunal arbitral a été préalablement saisi,
- Le Juge étatique est compétent pour prononcer des mesures provisoires dès lors que le Tribunal arbitral n'a pas été préalablement saisi,
- Le Juge étatique est compétent pour connaître du litige en présence d'une clause compromissoire manifestement nulle⁴,
- Le Juge étatique est compétent pour connaître du litige si les parties renoncent au bénéfice de la clause compromissoire.

³ Cass. 2^e civ., 22 nov. 2001, n° 99-21662

⁴ La convention d'arbitrage étant un contrat est soumise aux conditions générales de validité des contrats. Elle ne peut être conclue que par une personne capable de compromettre et pour un litige arbitral.

Comme le prévoit toujours l'article 13 de l'Acte Uniforme susvisé, « en tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence. »

Il semble évident que l'accord compromissoire conclut par les parties est une convention privée reposant uniquement sur leur volonté. Il est donc admis que celles-ci peuvent, par conséquent, y renoncer pour recourir aux juridictions étatiques, soit expressément, soit encore tacitement.

C'est ainsi que la renonciation tacite plus subtile que la renonciation expresse, nécessite une prudence de la part des parties et du juge étatique saisi.

S'il n'appartient pas au juge étatique saisi de soulever son incompétence, le demandeur renoncerait au bénéfice de la convention d'arbitrage en assignant sur le fond son cocontractant devant le juge étatique tout comme le défendeur accepterait cette compétence en comparaisant sans soulever l'incompétence du juge étatique⁵ avant toute défense au fond⁶.

Dans une affaire opposant un concessionnaire d'un fonds de commerce, le concédant et le nouveau propriétaire des lieux loués, alors que le contrat de concession contenait une convention d'arbitrage, le Tribunal de Cotonou avait jugé et tranché le litige puisque aucune des parties n'avaient invoqué la convention d'arbitrage⁷.

Il ne s'agit donc pas d'une incompétence absolue pouvant être relevée d'office par la juridiction étatique⁸ comme tel est le cas chaque fois que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance des juridictions nationales⁹.

La cour de cassation avait estimé dans deux arrêts rendus le même jour que, « l'article 1458 du N.C.P.C¹⁰ ne doit recevoir application que dans le cas où une juridiction étatique est saisie du fond du litige, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage », il s'ensuit que seule la saisine, du tribunal arbitral fait obstacle à la compétence du juge étatique.

« ...A défaut de stipulation expresse l'existence d'une clause compromissoire s'appliquant sans autre précision à tous les litiges ne saurait, tant que le tribunal arbitral n'est pas saisi, faire échec à la compétence du juge des référés pour accorder une provision au créancier d'une obligation non sérieusement contestable. »¹¹

« Mais attendu que l'article 1458, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ne doit recevoir application que dans le cas où une juridiction étatique est saisie du fond du litige, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage ; que le juge des référés, dont les décisions ont un caractère provisoire et qui ne peuvent préjudicier au principal, peut, en application de l'article 809, alinéa 2, du même Code, connaître d'une demande de provision lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ; que seule la saisine du tribunal arbitral fait obstacle à sa compétence. »¹²

Dès lors, s'il est constant que le tribunal arbitral ne peut être considéré comme saisi qu'au jour de l'acceptation par les arbitres de leur mission alors, la mise en œuvre de la clause compromissoire serait tardive si la juridiction étatique est saisie en premier non pas sur une question portant sur le fond du litige.

⁵ CCJA, 1^{ère} ch., arrêt no 09 du 29 juin 2006, aff. F.K.A C/ H.A.M, in www.ohada.com / Ohadata J-07-23.

⁶ CA Paris, 7 juillet 1994, Rev. arb. 1995, p. 107

Tout en précisant qu'en revnache, d'un autre côté, la saisine du juge des référés afin d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire ne vaut pas renonciation à la clause compromissoire.

⁷ Trib prem inst Cotonou, n°125, 1^{ère} C.Com ; 2 sept 2002

⁸ Cour d'appel et/ou Cour suprême

⁹ Ne sont pas arbitrables les litiges qui font l'objet d'une attribution impérative de compétence au profit d'une autre juridiction. Ainsi sont non arbitrables les litiges portant notamment sur le droit pénal, l'ouverture des procédures collectives ou encore la validité des brevets.

Toute violation des conditions de validité des conventions arbitrales, de quelque ordre qu'elle soit, entraîne leur nullité.

Vr également Gaillard, note sous Civ. 1, 26 juin 2006, Rev. arb. 2001.529

Par ailleurs, l'inapplicabilité manifeste a été constatée lorsque, à l'évidence, la clause compromissoire invoquée est indifférente au contrat litigieux. Dans l'arrêt rendu le 4 juillet 2006 par la première chambre civile de la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2006, n° 05-11.591; Rev. arb. 2006, p. 959, note F.-X. Train), les parties avaient conclu deux contrats, l'un contenant une clause d'arbitrage, l'autre une clause attributive de compétence.

¹⁰ Qui correspond à l'article 13 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage

¹¹ C. Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1989 n° 87-20180

¹² C. Cass. 2^e civ., 20 mars 1989 n° 86-17204

Mieux, l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire étant régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure, la partie qui conclut préalablement au fond, la soulève tardivement.

En définitive, en OHADA, la mise en œuvre d'une clause compromissoire serait tardive toute les fois où :

- l'une des parties, suffisamment diligente saisie en premier la juridiction étatique non pas sur une question de fond, et que
- l'autre partie excipe, soit non pas une exception d'incompétence mais une fin de non-recevoir, soit une exception d'incompétence postérieurement à ses conclusions au fond.

A la réalité, un examen prima facie oblige le défendeur qui conteste la compétence de la juridiction étatique à entamer le procès, à soulever l'incompétence du Juge étatique à titre principal, à conclure au fond à titre subsidiaire.

Reste alors à préciser qu'il est un principe incontestable selon lequel l'arbitrage trouve son fondement dans la seule volonté des parties et que celle-ci doit être sans équivoque.

LES EXIGENCES DE LA PROCEDURE D'INJONCTION DE PAYER PREVUE PAR L'OHADA

Note sous Arrêt CCJA n°62/2005 du 22/12/2005 (COM-CI c/SCI Les Rosières)

Bakary DIALLO
Docteur en droit des Affaires
Avocat au Barreau de Paris

Cet arrêt de cassation suivi d'évocation rendu le 22 décembre par la CCJA méritait d'être mentionné ne serait ce que parce qu'il illustre d'une manière éclairante les ressources qu'offre la procédure d'injonction de payer dans le cadre du traité OHADA.

En l'espèce, un contrat de sous-traitance était passé verbalement entre la société COM-CI et la société SCI-LES ROSIERS portant sur un lot de lotissement dans un quartier d'Abidjan. Mais les prestations exécutées, la COM-CI a émis quatre traites et un chèque pour le solde de la somme de 141.441.970 F CFA qui sont malheureusement revenus impayés pour le porteur. Ayant effectué ultérieurement des paiements pour le remboursement de cette somme le montant restant a été fixé par la société SCI-LES ROSIERS à 88.507.267 F CFA.



C'est pour le recouvrement de cette dernière somme d'argent que le président du Tribunal de première instance d'Abidjan a rendu une ordonnance d'injonction de payer. Sur opposition formée à cette ordonnance par la société COM-CI, le tribunal de première instance d'Abidjan a annulé l'ordonnance au motif que la créance était contestée et qu'elle n'avait pas été suffisamment justifiée.

Mais, la société SCI-LES ROSIERS ainsi déboutée a interjeté appel auprès de la Cour d'appel d'Abidjan. C'est cet arrêt qui est l'objet de ce pourvoi.

En effet, la Cour d'appel d'Abidjan qui a, par arrêt du 18 avril 2003, conclu à l'absence de contestation de la créance dans son principe par la COM-CI et à sa certitude a restitué à l'ordonnance d'injonction de payer de la juridiction présidentielle son plein effet.

Tels étaient, pour l'essentiel, les circonstances et les termes du litige soumis en l'espèce à la censure de la juridiction supra-nationale. Car la COM-CI éconduite en appel sollicite tout simplement des hauts magistrats l'anéantissement de l'ordonnance d'injonction de payer délivrée par la juridiction présidentielle.

La CCJA n'a pas approuvé la Cour d'appel dans son argumentation et a cassé l'arrêt pour violation des articles 1 et 13 de l'AUPSRVE.

En effet, dans la construction de l'arrêt de la Cour d'appel il manquait un maillon essentiel : pour les engagements résultant des effets de commerce, l'Acte uniforme consacre une solution spécifique. Aux termes de l'article 2 I AUPSRVE l'engagement résultant de l'acceptation ou du tirage d'une lettre de change ou de la souscription d'un billet à ordre peut donner lieu à l'utilisation de la procédure d'injonction de payer lorsque la provision s'est révélée inexistante ou insuffisante.

C'est principalement sur cette question que reposait la problématique juridique de l'arrêt commenté.

Par un raisonnement en deux temps, la CCJA censure l'arrêt du 18 avril 2003 de la Cour d'appel d'Abidjan. On ne saurait mieux rappeler que selon que l'on est en présence ou non d'effets de commerce ou de chèque les exigences pour la procédure d'injonction de payer ne sont pas les mêmes.

En même temps qu'elle retient que la somme de 141.441.970 F CFA représentant le montant des quatre traites et du chèque émis par la COM-CI pouvait bel et bien faire l'objet d'une procédure d'injonction de payer, la juridiction supra-nationale exige de la société SCI-LES ROSIERS qu'elle fasse la preuve de la réalité de la créance portant sur la somme de 88.507.267 F CFA et dont le recouvrement est ici poursuivi. Et contrairement à la Cour d'appel elle refuse de reconnaître à ladite créance son caractère de certitude.

À vrai dire, la solution retenue par la CCJA est théoriquement justifiée et elle nous paraît également opportune. Dans une procédure d'injonction de payer ce que l'on attend du créancier c'est de fournir les preuves irréfutables que la créance sur laquelle il se fonde pour appuyer sa demande ne souffre d'aucune contestation. Mais pour les engagements résultant des effets de commerce ou du chèque, l'Acte uniforme n'a pas la même exigence puisque l'émission ou l'acceptation d'une lettre de change ou d'un chèque suffit à donner lieu à l'utilisation de la procédure d'injonction de payer.

Nous envisagerons tout à tour les exigences générales requises pour la mise en route de toute procédure d'injonction de payer **(I)**. Et les exigences particulières pour la mise en œuvre de la procédure de l'injonction de payer en ce qui concerne les effets de commerce **(II)**.

I - Les exigences générales de la procédure d'injonction de payer

Pour faire l'objet d'une procédure d'injonction de payer, la créance litigieuse doit être d'origine contractuelle (A). Mais surtout elle doit être certaine, liquide et exigible (B).

A- La nature contractuelle de la créance litigieuse

En premier lieu, le recouvrement d'une créance peut être poursuivi au moyen de la procédure d'injonction de payer, lorsque la créance a une cause contractuelle. L'art 2 de l' AUPSRVE fixe bien cette nécessité « La procédure d'injonction de payer peut être introduite lorsque la créance a une cause contractuelle ; l'engagement résulte de l'émission ou de l'acceptation de tout effet de commerce, ou d'un chèque dont la provision s'est révélée inexistante ou insuffisante ».

La jurisprudence dans le cadre communautaire interprète, l'expression « créance ayant une cause contractuelle » comme englobant toutes les sommes stipulées dans le contrat, déterminables en vertu des seules dispositions contractuelles. Il en résulte que le juge des requêtes n'a pas compétence pour prononcer la résolution d'un contrat de vente et la restitution de l'avance reçue par l'acheteur (Cour d'appel d'Abidjan arrêt n° 443 du 4 avril 2000 LIMBA C/ MOHAMED OULD BARIKALLAH) Revue ECODROIT, AIDD Août Septembre 2001 p 51 note anonyme).

L'inexistence d'une créance ayant une cause contractuelle doit avoir pour conséquence la rétraction de l'ordonnance d'injonction de payer. *Abidjan* (Chambre civile et commerciale n° 542 du 28 avril 2000) ; il ne résultait pas des pièces produites par la société créancière qu'un lien contractuel ait existé avec le débiteur ; par conséquent, les dispositions de l'art 2 de l'AU ne peuvent recevoir application.

L'origine contractuelle de la créance exclut du champ d'application de l'injonction les créances ayant une cause quasi- contractuelle. Tel était l'argument invoqué par les défenderesses dans l'affaire SDV Tchad et SDV Cameroun contre Star national soumise à la Cour d'appel de N'Djaména. Les défenderesses ont soutenu à bon droit que les conditions d'exercice de la procédure d'injonction de payer n'étaient pas réunies parce qu'il s'agissait en l'espèce d'une créance quasi – contractuelle. *N'djaména* n° 281/ 2000, 5 mai 2000.

Cette exclusion s'étend également aux créances ayant une cause délictuelle ou quasi- délictuelle. Ainsi, une Cour d'appel a pu déclarer « La procédure d'injonction de payer étant prévue pour le recouvrement d'une créance ayant une cause contractuelle ou résultant de l'émission ou de l'acceptation d'effet de commerce, il ne peut être reconnu pour une créance ayant sa cause dans un accident de la circulation » (Cour d'appel d'Abidjan N° 221 du 20 février 2001, SAFA c/ ...) sont donc exclues les créances de dommages- intérêts.

Par ailleurs, la créance qui justifie le recours à la procédure d'injonction de payer peut avoir une nature contractuelle mais, dès lors que sa cause est illicite, elle rend sans cause l'engagement ainsi contracté et par conséquent l'ordonnance l'injonction de payer (*Niamey*, n° 268, 26 octobre 2001).

Dans l'espèce commentée il s'agissait d'un contrat verbal de sous- traitance, même si les parties dans ce contrat avaient omis de fixer le montant de la rémunération en contrepartie de la réalisation des lotissements. Mais quelle ait une origine contractuelle ou qu'elle résulte d'un effet de commerce au sens de l'art 2 précité la créance dont le recouvrement est poursuivi au moyen de la procédure d'injonction de payer doit être déterminée dans son montant. Ce qui était loin d'être le cas dans l'espèce.

B- La créance doit être certaine, liquide et exigible

Il résulte essentiellement de l'article 1 de l'AUPSRVE que « Le recouvrement d'une créance certaine, liquide et exigible peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer. ». En application de ce texte, toute demande d'injonction de payer doit être faite en vertu d'une créance certaine, liquide et exigible.

La procédure d'injonction de payer ne saurait être mise en œuvre pour recouvrer des créances dont la liquidité est incertaine.

La créance doit être certaine en ce sens qu'elle doit être à l'abri de toute contestation. C'est le cas lorsque le créancier est porteur d'un titre exécutoire. Toutefois, il peut également, pour justifier cette certitude, produire à l'appui de sa requête toutes pièces à conviction. Ce qui n'est pas le cas en espèce puisque le demandeur n'a pas produit de titre exécutoire et que la COM- CI conteste l'origine de la créance initiale.

Parce qu'il s'agit des créances d'origine contractuelle, le caractère de certitude devrait impliquer la nécessité, pour le demandeur, d'en rapporter la preuve d'une manière irréfutable. C'est ainsi que par un arrêt en date du 14 mars 2003, la Cour d'appel d'Abidjan avait déclaré que « Ne remplit pas le caractère de certitude, la créance résultant d'une lettre de commande qui ne comporte pas la signature du débiteur alors qu'en cas d'approbation, celui-ci devrait mentionner sur le bon « bon pour accord » le dater et signer (Cour d'appel arrêt n° 101, 31 janvier 2003).

Beaucoup plus curieuse était cette décision de la même Cour d'appel que nous n'approuvons pas que « Doit être rejetée la requête aux fins de l'injonction de payer qui se fonde sur une reconnaissance de dette qui ne comporte aucun engagement de payer de la part du débiteur », (Cour d'appel d'Abidjan n° 303, 14 mars 2003 LIAKE Ignace c/ la société WOSSAU GRAPHIC).

En effet, en l'espèce tout en admettant que le créancier poursuivant présentait bien une reconnaissance de dette signée des mains de son débiteur, la Cour d'appel le déboute en même temps de sa demande, au motif que s'il y avait lieu de constater qu'il s'agissait bien d'une reconnaissance de dette de la part du débiteur, elle déclare que ce dernier n'avait pas pris l'engagement de payer.

La créance doit être liquide en ce sens qu'elle doit être déterminée dans son montant. Il faut savoir non seulement ce qui est dû, mais combien est dû. Autrement dit la liquidité doit s'apprécier en argent. Là aussi, dans le cas qui nous occupe, on ne peut pas conclure à la liquidité de la créance puisque les parties ne s'entendent pas sur le montant restant dû. Et pour cause, elles ne se sont jamais entendues sur le prix initial de la sous- traitance. C'est ce qui explique les difficultés de la société SCI-LES ROSIERS pour justifier l'origine de la créance de 88.507.267 F CFA dont il réclame le paiement.

La jurisprudence admet pourtant qu'une créance de montant non déterminé, mais déterminable, fasse l'objet d'une procédure d'injonction de payer. Ainsi, dans l'affaire SDV- Côte d'Ivoire c/ Société RIAL TRADING¹³, la CCJA casse l'arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan qui considérait incertaine la créance litigieuse au motif que « les factures fournies par le créancier varient effectivement dans leur coût sans qu'aucune explication ou mode de calcul ne soit fourni ainsi par exemple, pour un mois d'entreposage de sucre, la facture est de 10.083.438 francs CFA, et pour deux mois elle porte sur une créance de 16.871.738 francs CFA » elle en conclue en outre que la créance ne serait ni liquide ni exigible. Le juge supra-national considère au contraire que dès lors que le montant de la créance dont le recouvrement est poursuivi est déterminé à partir des stipulations contractuelles, la procédure d'injonction de payer peut être mise en œuvre, quand bien même le montant de la créance serait le fruit d'un calcul réalisé par le créancier.

¹³ Voir nos commentaires pour cet arrêt Penant n° 851 .pp.261-272

II- les exigences particulières de la procédure d'injonction de payer relatif à un effet de commerce

L'Acte uniforme vise singulièrement deux types de créances : celles résultant d'un effet de commerce et celle résultant d'un chèque.

A- Les créances résultant de la lettre de change

Sommairement, l'Acte uniforme prévoit que la procédure d'injonction de payer peut être introduite « lorsque l'engagement résulte de l'émission ou de l'acceptation de tout effet de commerce ».

Il s'en suit que les créances résultant de l'acceptation ou du tirage d'une lettre de change ou de la souscription d'un billet à ordre peuvent donner lieu à l'utilisation de la procédure d'injonction de payer.

La lettre de change, appelée couramment traite, est un écrit par lequel une personne appelée tireur (le créancier, c'est-à-dire le fournisseur) invite une autre personne appelée tiré (le débiteur, c'est-à-dire le client) à payer une certaine somme (montant facturé), à une date déterminée (date d'échéance) à une troisième personne appelée bénéficiaire (souvent le tireur ou son banquier). La lettre de change est toujours un acte de commerce, quelle que soit la qualité de ses signataires ou quel que soit le motif de sa création.

À noter que l'Acte uniforme innove en la matière en visant à la fois l'émission et l'acceptation de la lettre de change. Même s'il est difficile, en pratique, de mesurer la portée d'une telle innovation.

Le tireur engage sous sa signature sa responsabilité si à l'échéance, il n'existe pas de provision ce qui semble être le cas en l'espèce. Il demeure également tenu envers le bénéficiaire lorsqu' à l'échéance le tiré refuse de payer.

L'acceptation est l'engagement pris en forme cambiaire par le tiré de payer la lettre de change à l'échéance. Elle améliore les chances de paiement de l'effet puisque celui à qui doit être demandé ce paiement est désormais tenu de l'accomplir. Le tiré est un élément nécessaire de la lettre de change – c'est à lui qu'est adressé l'ordre de payer- mais le titre est juridiquement parfait sans son engagement. Dans ces conditions, une question préalable se pose :

L'acceptation est – elle une formalité obligatoire ou facultative : doit- elle être demandée par le porteur et donnée par le tiré ?

En tous les cas accepter une traite c'est signer pour reconnaître l'existence de la créance. Cet engagement se suffit à lui-même pour faire la preuve de l'existence de la créance appelée pour la circonstance provision.

Il y a donc provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour le compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change. La propriété de la provision est transmissible de droit aux porteurs successifs de la lettre de change.

Qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance ; sinon, il est tenu de la garantir.

B- Les créances résultant du chèque

À l'inverse de la lettre de change le chèque ne comporte en droit, si ce n'est en pratique, aucune idée de crédit¹⁴ : la provision doit exister au moment de sa création et non pas au moment de l'échéance comme la lettre de change. Seule la lettre de change est commerciale par la forme. L'émission d'un chèque n'est pas, par elle-même un acte de commerce. La nature commerciale ou civile de l'émission du chèque dépendra, pour l'émetteur de sa propre qualité : sera commercial le chèque émis par un commerçant pour les besoins de son commerce tel semble être le cas particulier qui nous occupe.

¹⁴ Cela n'empêche pas l'émission de plusieurs chèques pour un paiement échelonné.

Pourtant, contrairement à la législation française, l'Acte uniforme innove en incluant dans le champ d'application de l'injonction de payer l'engagement résultant d'un chèque dont la provision s'est révélée inexistante ou insuffisante¹⁵. Pourquoi cette extension ? Il semble que cela s'explique par le contexte particulier et par l'abondance des chèques sans provision ou avec une provision insuffisante.

Dorénavant, les bénéficiaires de ces chèques pourront obtenir rapidement un titre exécutoire en recourant à la procédure de l'injonction de payer. Il faut cependant préciser que le non-paiement d'un chèque étant constitutif d'un délit, il y a sursis à statuer lorsque la juridiction répressive est déjà saisie.

Mais dans l'espace communautaire, l'injonction de payer n'est pas la seule procédure pour faire face aux difficultés de recouvrement des créances consécutives aux chèques impayés. À l'attention des praticiens, on pourrait utilement signaler que le Règlement N° 15/2002/CM de l'UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine, offre aux victimes de chèques sans provision ou à provision insuffisante la possibilité de recourir à la procédure du certificat de non-paiement.

En effet, aux termes de l'article 123 du Règlement « À défaut de paiement du chèque dans le délai de trente (30) jours à compter de la première présentation ou de la constitution de la provision dans le même délai, le tiré (la banque) délivre un certificat de non-paiement au porteur du chèque ... Cette délivrance sera faite, sans frais, par l'intermédiaire du banquier du porteur. La notification effective ou la signification du certificat de non-paiement au tireur par ministère d'huissier vaut commandement de payer... »

La particularité de cette procédure repose sur sa simplicité et sa quasi-gratuité ainsi que la nature bancaire du point de départ de l'action.

Les deux procédures concourent donc au même résultat : la mise en recouvrement du montant dû par le signataire du chèque.

La différence notoire entre le commandement de payer issu d'un certificat de non-paiement (Règlement de l'UEMOA) et l'injonction de payer (Acte uniforme du traité OHADA) repose sur le fait que dans le second cas, il faille passer par un juge pour obtenir une décision exécutoire alors que le certificat de non-paiement notifié par huissier vaut décision exécutoire immédiatement.

Nonobstant la simplicité et la rapidité du commandement de payer suite à certificat de non-paiement, le choix des procédures repose sur des critères objectifs et propres à chaque personne.

¹⁵ De même que l'absence d'une limitation quant au montant. Précisons qu'en la matière la législation sénégalaise antérieure avait fixé le minimum à la somme d'un million de francs CFA.

LA CONSECRATION DES SURETES SPECIFIQUES OHADA : réserve de propriété, droit de rétention, cession de créances, etc

Mamadou KONATE
Avocat Associé
JURIFIS CONSULT



Plusieurs années après l'entrée en vigueur des premiers Actes uniformes, l'OHADA a entrepris de réformer certains de ces textes et pas des moindres. L'objectif recherché étant de faire du droit OHADA un modèle de droit encore plus attractif et essentiellement pragmatique.

Une série de diagnostic effectué par l'OHADA avec l'appui d'experts tant africains que européens reconnus et de praticiens indiscutés ainsi que des discussions engagées notamment avec les représentants des Etats partie, réunis au sein de comités nationaux mais aussi des opérateurs et acteurs économiques a mis en évidence la nécessaire réforme du droit des sûretés, l'une des réformes apparues comme la plus urgente du moins, l'une des plus attendues.

Toutes ces années de pratique ont ainsi révélé quelques insuffisances et imperfections ça et là dans cette matière. Afin de rendre le droit des sûretés, levier par excellence du développement du tissu économique, plus souple et mieux adapté à une pratique actuelle des affaires, les actions de réforme ont été initiées.

C'est dans cet esprit que le législateur a entendu moderniser le régime des sûretés en édictant des règles moins rigides et plus précises que celles qui avaient cours. Cette volonté de rénovation a conduit à l'adoption d'un projet de réforme de l'AUS révisé.

Les principales améliorations survenues dans le nouveau texte marquent une évolution majeure du droit OHADA des sûretés. Elles apportent entre autres des solutions novatrices et équilibrées, de nature à renforcer les qualités de souplesse, de lisibilité et d'accessibilité du droit OHADA des sûretés, nécessaires au développement et à la sécurité du crédit.

Les corrections apportées visent principalement à améliorer le régime des sûretés personnelles et réelles, tout en renforçant le régime de la publicité qui leur est applicable.

S'agissant des sûretés réelles, les nouvelles dispositions visent essentiellement à :

- simplifier et alléger les procédures de création et de publication des sûretés ;
- étendre l'assiette des sûretés réelles mobilières en permettant de constituer des sûretés sur tous types de biens, présents et futurs et de garantir toutes sortes d'obligations (futurs, conditionnelles, monétaires ou non) ;
- créer un fichier national du crédit mobilier informatisé où seront enregistrées toutes les sûretés constituées sur le territoire d'un Etat partie ;
- simplifier les modalités de réalisation des sûretés réelles, notamment en introduisant des mécanismes de réalisation extrajudiciaire ;
- assouplir le régime des hypothèques, y compris en autorisant l'hypothèque sur des immeubles futurs ainsi que sur les droits réels constitués sur les immeubles et ouvrages portant sur le domaine public et national ;
- créer un statut d'agent des sûretés, afin notamment de faciliter les opérations de syndication bancaire et de financement structuré.

En ce qui concerne les sûretés personnelles, celles-ci sont marquées d'une part, par un certain recul du formalisme en ce qui concerne le cautionnement ; le législateur s'est attaché à en assouplir le régime juridique, et, d'autre part, par un effort de précision des règles relatives à la «garantie autonome», dénomination qui se substitue désormais à celle de la «lettre de garantie».

Pour les besoins de cet exposé, nous ne ferons allusion spécifiquement qu'aux nouvelles sûretés mises en œuvre dans le cadre de la réforme du texte de l'AUS.

Les nouvelles sûretés qui y sont apparues répondent d'une part à l'élargissement de l'assiette des sûretés réelles et d'autre part, à la prise en compte de nouveaux mécanismes de garanties.

I- L'Élargissement de l'assiette des sûretés réelles mobilières

Le souci d'encourager le développement du gage sans pour autant obliger le constituant à se déposséder du bien gagé a conduit les auteurs de la réforme à définir le gage en prenant soin de le distinguer du nantissement.

A- Le gage n'est pas le nantissement

La révision de l'AUS a notamment pour objectif de permettre à l'emprunteur d'optimiser au mieux sa capacité de crédit. La réforme se donnait en effet pour ambition d'étendre l'assiette des sûretés réelles mobilières.

Tel qu'il est envisagé, le texte nouveau permet la prise en compte de sûretés qui peuvent porter sur tous types de biens ou d'actifs, présents et futurs, mais également de garantir toutes sortes d'obligations (futurs, conditionnelles, monétaires ou non) par des sûretés réelles mobilières incluant même leurs produits. La constitution de sûretés sur tous types de bien, présents et futurs est ainsi autorisée avec ou sans dépossession, afin de permettre aux opérateurs et acteurs économiques d'accéder au crédit grâce à leurs outils de travail et aux fruits de celui-ci.

1. La Constitution du gage

Le texte révisé de l'AUS consacre l'existence d'un gage sans dépossession : la remise de la chose au créancier qui était jusque là la condition de validité du gage et critère de distinction avec le nantissement, n'est désormais plus qu'une simple condition alternative d'opposabilité du gage, au même titre que l'inscription de cette sûreté au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM).

Hormis le fait qu'il permet à un débiteur de conserver l'usage d'un bien qu'il apporte en garantie et de multiplier ainsi sa capacité de crédit, conformément aux objectifs de la réforme (on songe ici notamment aux producteurs et exportateurs de matières premières), le gage sans dépossession favorise la constitution de gages successifs sur un même bien, ce qui augmente encore la capacité de crédit du constituant.

L'abandon de la remise physique de la chose comme condition de validité du gage a également une incidence sur la constitution de cette sûreté, qui se trouve ainsi facilitée, en accord avec les ambitions et les objectifs de la réforme. De même, sa réalisation est rendue plus efficace par la consécration, sous certaines conditions, du pacte comissoire. Outre ces innovations, le texte révisé reprend la plupart des dispositions de l'AUS applicables au gage, en les précisant et en les améliorant.

Dans le texte de l'Acte uniforme révisé, le gage et le nantissement ne sont plus distingués à raison de la dépossession ou de l'absence de dépossession de la chose gagée ou nantie, mais à raison de sa nature corporelle ou incorporelle. Le recours à un tel critère, invariable dans le temps, permet ainsi de distinguer plus nettement le gage du nantissement, sans avoir à organiser de dépossession « fictive ».

Cette nouvelle répartition a permis une nouvelle définition du gage qui est « *le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs* ».

Le gage n'est donc plus défini par l'une de ses conditions de validité (la remise de la chose gagée à l'article 44 de l'AUS), mais par son objet même (le droit de préférence accordé au créancier sur un bien corporel).

Désormais libérée de la dépossession, cette nouvelle définition du gage autorise expressément la constitution de gages sur biens futurs. De ce fait, le constituant verra sa capacité de crédit singulièrement étendue par la possibilité d'offrir en gage des biens qu'il n'a pas encore acquis. Dès lors que ces biens futurs seront suffisamment déterminés dans le contrat de gage, le créancier n'aura pas à conclure de nouveaux contrats pour que ses droits s'étendent aux biens nouvellement acquis par le constituant.

2. La réalisation du gage : consécration du pacte comissoire

L'article 104 du projet expose les trois différents modes de réalisation du gage.

Les alinéas 1er et 2 reprennent pour l'essentiel les dispositions de l'article 56, 1°, de l'AUS, qui autorise la réalisation du gage au moyen d'une vente forcée ou d'une attribution judiciaire.

Le projet de réforme innove en introduisant à travers son article 104, alinéa 3, la possibilité d'une attribution conventionnelle (communément dénommée « pacte comissoire »), qui permet au créancier gagiste de se faire attribuer la propriété du bien gagé dès l'inexécution d'une obligation garantie et sans intervention du juge, pourvu que ce mode de réalisation ait été convenu entre les parties.

Toutefois, ce mode d'attribution conventionnelle du bien gagé, sans intervention du juge, peut comporter, pour le constituant, le risque d'être dépossédé d'un bien dont la valeur excède le montant de la créance garantie. C'est pourquoi le projet d'Acte uniforme révisé limite donc le recours au pacte comissoire de manière différente, selon que « le débiteur de la dette garantie » est un particulier ou un débiteur professionnel (lequel est défini par l'article 3 du projet comme le « débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale »).

Lorsque le débiteur est un particulier, le pacte comissoire n'est admis que si le bien gagé est « une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle », ce qui exclut tout risque de spoliation de la part du créancier gagiste, puisque la valeur du bien gagé est connue avec certitude.

Dans le second cas, et en raison du caractère supposément averti du débiteur professionnel, le pacte comissoire est admis quelle que soit la nature des biens gagés, mais ceux-ci devront être estimés par expert au jour du transfert, sans que les parties puissent déroger à cette estimation.

Les droits du constituant se trouvent ainsi également protégés dans cette hypothèse.

Les droits du constituant ou des éventuels autres créanciers gagistes sont enfin garantis par l'article 105 du projet. En cas d'attribution conventionnelle ou judiciaire et lorsque la valeur du bien excède le montant de la créance garantie par le gage, cette nouvelle disposition oblige en effet le créancier gagiste, soit à consigner une somme équivalente au solde, au profit des autres créanciers gagistes, soit à verser directement cette somme au constituant en l'absence de tels créanciers.

B- Le nantissement se démultiplie en plusieurs nantissements nouveaux

En plus du réaménagement du régime applicable aux sûretés sur les biens incorporels, le texte révisé étend l'assiette du nantissement pour introduire des concepts nouveaux qui ont jadis fait leurs preuves auprès de la pratique. Le projet prévoit donc la possibilité de nantir le produit d'un compte bancaire (1), le compte de titres financiers (2) et a organisé des règles spécifiques pour ce qui est des droits de propriété intellectuelle (3).

1. Le nantissement des produits du compte bancaire

Utilisé en abondance dans le cadre notamment des financements internationaux de projets ou d'investissements, car permettant de garder un certain contrôle sur les flux financiers de l'emprunteur sans pour autant priver ce dernier d'en disposer, le nantissement des produits de compte bancaire était utilisé et mis en œuvre au sein de l'espace OHADA, alors même qu'aucun cadre, aucune réglementation spécifique ne lui était consacrée.

Un nouveau cadre juridique s'y applique désormais. Les règles qui lui sont applicables sont regroupées sous les articles 136 à 139 du texte révisé et consacrent cette pratique et mettent fin à toute ambiguïté en clarifiant définitivement sa qualification.

L'article 136 du texte révisé dispose que « le nantissement de compte bancaire est un nantissement de créance. Les règles qui régissent celui-ci lui sont applicables, sous réserve des dispositions de la présente section ».

Cette clarification permet notamment d'éviter toute discussion quant au rôle du teneur de compte. Ce dernier est le débiteur de la créance de solde nantie. En conséquence, le nantissement ne lui est opposable que lorsqu'il aura été notifié ou s'il a été partie à l'acte constitutif du nantissement, ce, conformément aux dispositions de l'article 132 du même texte. Le nantissement étant constitué le plus souvent sur le solde d'un compte à vue qui fonctionne et continue d'enregistrer des opérations après sa constitution, il était indispensable de traiter la question de ces éventuelles opérations.

2. Le nantissement de compte de titres financiers

La mise en place d'un nantissement de compte de titres financiers va, en pratique, concerner peu de sociétés immatriculées dans les Etats partie de l'OHADA. En effet, pour être inscrits en compte, les titres et valeurs mobilières doivent être dématérialisés, ce qui, à ce jour, concernent essentiellement les sociétés cotées auprès des bourses régionales de l'espace OHADA.

Il est toutefois apparu nécessaire d'anticiper le développement du processus de dématérialisation.

3. Le nantissement des droits de propriété intellectuelle

Le droit positif des sûretés de l'OHADA ne connaît les droits de propriété intellectuelle que comme un complément facultatif du nantissement du fonds de commerce. Le texte réformé propose, aux articles 156 à 161, une réglementation spécifique de ces droits sur le modèle de l'organisation des autres types de nantissements (définition, règles de constitution, règles d'opposabilité, droits conférés) dont le caractère général est le résultat de la diversité de ces droits.

L'article 156 du texte précité définit le nantissement des droits de propriété intellectuelle comme « *la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation tout ou partie de ses droits de propriété intellectuelle existants ou futurs, tels que des brevets d'invention, des marques de fabrique et de commerce, des dessins et modèles* ».

C- Une nouvelle technique de gestion des sûretés : l'Agent des sûretés

Dans l'optique de favoriser davantage les investissements importants réalisés par des pools bancaires, le projet de réforme de l'AUS a consacré expressément la notion d'agent des sûretés, tout en s'efforçant de lui donner un cadre adapté qui évite les écueils rencontrés en droit français par l'actuel article 2328-1 du Code civil.

La réglementation de son cadre juridique occupe les articles 5 à 11 de l'Acte uniforme.

Selon l'article 5 du projet, « *toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit, national ou étranger, agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin* ». On retrouve dans cet article 5, le texte de l'article 2328-1 du Code civil (« *toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'opération garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation* »).

Mais on peut relever des différences significatives entre les deux institutions.

Tout d'abord, l'article 5 du projet ne se réfère pas aux seules sûretés réelles mais à toutes les sûretés et même, plus généralement, aux garanties de l'exécution d'une obligation, ce qui va permettre à l'agent des sûretés de gérer des délégations de créance ou des promesses d'affectation hypothécaire.

Ensuite, la qualité d'agent des sûretés est ici réservée aux seules banques ou établissements de crédit nationaux ou étrangers, c'est-à-dire à des créanciers dont l'activité fait l'objet d'un agrément et d'un contrôle étatiques, ce qui n'est pas sans évoquer le fait que l'activité de fiduciaire, en France, soit réservée à des personnes dont le statut implique un contrôle étatique, ou le respect de règles déontologiques, et qui sont soumises à l'obligation d'effectuer des déclarations de soupçons si elles découvrent des indices d'une opération de blanchiment.

Enfin, la désignation de l'agent des sûretés n'est pas obligatoirement faite dans l'acte qui constate l'obligation garantie: elle peut être effectuée postérieurement, ce qui donne beaucoup plus de souplesse au mécanisme.

L'agent des sûretés peut agir au profit des membres du syndicat bancaire mais aussi en son nom. D'où la nécessité pour les tiers de savoir avec précision à quel titre ce dernier intervient. Pour ce faire, l'article 7 du projet prévoit que *« lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers de la ou des obligations garanties, il doit en faire expressément mention et toute inscription d'une sûreté effectuée à l'occasion de sa mission doit mentionner son nom et sa qualité d'agent des sûretés »*.

Lorsque ces conditions sont remplies, les tiers pourront se fier à l'apparence de pouvoirs de l'agent des sûretés puisque l'article 8, alinéa 1^{er}, du projet énonce que *« sauf stipulation contraire et pour tout ce qui a trait aux obligations garanties, les créanciers sont représentés par l'agent des sûretés dans leurs relations avec leurs débiteurs, leurs garants, ainsi que les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie de ces obligations, et les tiers »*.

Ce texte pose, en effet, une présomption de pouvoir qui va jouer au profit des tiers, car ceux-ci sont dès lors fondés à considérer que l'acte accompli par l'agent des sûretés entre bien dans les pouvoirs qui lui ont été conférés, sauf à ce que l'acte limitant les pouvoirs de l'agent ait été porté à leur connaissance.

S'agissant du cas particulier des actions en justice, cet article ajoute, dans son alinéa 2, que *« dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de la ou des obligations garanties, l'agent des sûretés peut intenter toutes actions pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, la seule indication qu'il intervient en sa qualité d'agent des sûretés étant suffisante »*.

Ceci permet à l'agent des sûretés de ne pas avoir à justifier d'un mandat spécial chaque fois qu'il veut exercer une action en justice, ce qui est particulièrement utile lorsqu'il a besoin de déclarer une créance à la procédure collective du débiteur de l'obligation garantie.

3. Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité

La volonté de doter l'OHADA d'une réglementation des sûretés qui soit à la fois moderne et adaptée aux besoins du développement économique des Etats partie a conduit les auteurs du texte réformé de l'AUS à proposer, d'une part, une réforme de la réglementation existante du droit de rétention (A) et, d'autre part, l'accueil, au sein de cet Acte, du droit de propriété comme garantie (B).

A- La nouvelle réglementation du droit de rétention

Le texte de l'article 43 de l'AUS ancien affirme que si le créancier rétenteur ne reçoit pas paiement de sa créance, *« il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage »*.

Tel que envisagé, le texte du texte réformé de l'AUS prévoit de séparer la définition du droit de rétention de celle de la connexité, tout en restreignant cette dernière.

En effet, le nouvel article 68 du nouveau texte précise que *« le droit de rétention ne peut s'exercer que si la créance du rétenteur est certaine, liquide et exigible, s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue et si le bien n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur (ce qui, a contrario, implique que le droit de rétention soit opposable à une saisie postérieure à la détention du bien par le créancier et notamment à cette forme de saisie collective des biens du débiteur qu'est l'ouverture d'une procédure collective à son encontre) »*, tandis que la définition du lien de connexité est énoncée par l'article 69 du texte selon lequel : *« La connexité est réputée établie: 1°) Lorsque la chose retenue a été remise jusqu'au complet paiement de la créance du rétenteur ; 2°) Lorsque la créance impayée résulte du contrat qui oblige le rétenteur à livrer la chose retenue ; 3°) Lorsque la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose retenue »*.

B- La propriété -sûreté

Telle qu'elle est actuellement régie par le droit de l'OHADA, la réserve de propriété est soumise à ce qui était la réglementation de la réserve de propriété en droit français avant qu'elle ne soit améliorée par les réformes du droit des procédures collectives intervenues à compter de la loi du 10 juin 1994 et par la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance du 23 mars 2006. A l'occasion du rassemblement de sa réglementation au sein de l'AUS, le texte nouveau propose donc, assez logiquement, de faire profiter le droit de l'OHADA desdites améliorations et cela, aussi bien à propos des conditions d'existence et d'opposabilité de la réserve de propriété qu'en ce qui concerne ses effets.

S'agissant des conditions mêmes de la réserve de propriété, on peut observer que, sur le modèle du droit français, ses conditions d'existence ont été élargies mais qu'à la différence de ce dernier, l'opposabilité de la réserve de propriété demeure soumise à une condition spécifique de publicité, le droit de l'OHADA pouvant ici, peut-être, servir de modèle au droit français.

L'élargissement des conditions d'existence de la réserve de propriété résulte, ensuite, de ce que l'article 73 du nouveau texte énonce qu' « à peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties ».

Cet article reprend plusieurs conditions de validité de la réserve de propriété (existence d'un accord des parties, nécessité d'un écrit à peine de nullité, ce qui constitue une différence par rapport au droit français, et stipulation au plus tard au jour de la livraison) qui étaient déjà expressément énoncées dans l'AUDCG, mais il y ajoute la possibilité pour la réserve de propriété d'être stipulée dans une convention-cadre (telle que par exemple, des conditions générales de vente acceptées par l'acquéreur) régissant les relations contractuelles à venir des parties, ainsi que l'avait permis, en droit français, la loi du 10 juin 1994, brisant alors la jurisprudence de la Cour de cassation qui exigeait antérieurement que la clause de réserve de propriété soit stipulée par écrit pour chaque vente conclue entre les parties.

C- La cession de créance à titre de garantie

La cession de créance à titre de garantie, prévue par les articles 80 à 86 du texte, présente de nombreux points communs avec la cession «Dailly» du droit français régie par les articles L.313-23 et suivants du Code monétaire et financier :

- elle ne peut être effectuée qu'au profit d'un établissement de crédit ;
- ou plus précisément, selon l'article 80, d'une «personne morale nationale ou étrangère, faisant à titre de profession habituelle et pour son compte des opérations de banque ou de crédit », les auteurs du texte révisé ayant considéré que nombre d'investissements en Afrique étant financés par des établissements de crédit étrangers, il était opportun d'indiquer expressément que ceux-ci pouvaient voir leur financement garanti par une cession de créance ;
- une incessibilité conventionnelle de la créance cédée peut être opposée au cessionnaire par le débiteur cédé, mais il en va différemment, selon l'article 80, alinéa 2 du texte nouveau, si la créance cédée « est née en raison de l'exercice de la profession du débiteur cédé ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ») ;
- la cession, selon l'article 81 du texte, doit être constatée par un écrit mentionnant, à peine de nullité, la désignation du cédant et du cessionnaire, la date de la cession et la désignation de la ou des créances garanties et de la ou des créances cédées à titre de garantie ;
- la cession, selon l'article 82 du texte précité, prend immédiatement effet entre les parties, y compris lorsque la créance cédée est née d'un contrat à exécution successive, ce qui implique qu'à compter de sa date le cédant ne puisse plus modifier l'étendue des droits attachés à la créance cédée et, selon l'article 83, que les accessoires de la créance cédée soient, en principe, transférés au cessionnaire sans autre formalité que celles prévues pour la cession;
- la cession n'est opposable au débiteur de la créance cédée qu'une fois qu'elle lui a été notifiée ;
- enfin, les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée (ce qui comprend d'éventuels fruits de la cette créance) sont imputées sur la créance garantie lorsqu'elle est échue et un éventuel surplus doit être restitué au cédant afin d'éviter toute spoliation de ce dernier, le projet précisant bien que toute clause contraire serait réputée non écrite.

CONVERSION DE CREANCES EN TITRE DE CAPITAL : *Quid du droit OHADA ?*

Bérenger Y. MEUKE
Docteur en droit des affaires
Avocat

Au moment même où plusieurs pans entiers de l'Acte Uniforme OHADA sur les procédures collectives sont en cours de relecture, un très grand nombre de petites et moyennes entreprises traversent de sérieuses difficultés économiques et financières, conséquence d'une trésorerie qui se dégrade et se détériore au jour le jour comme en témoigne le nombre croissant de demande de règlement préventif, lesdites entreprises n'étant plus en mesure d'assurer le remboursement de leurs dettes, ni de leurs emprunts, encore moins le respect de leurs échéances de remboursement et, de manière générale des obligations et ratios financiers convenus dans le cadre des conventions de crédit et de financement dont elles bénéficient.

Entre la dénonciation de la convention qui le lie à l'emprunteur et la restructuration du crédit, la mise en place d'un plan de restructuration de la dette de l'entreprise débitrice dans le cadre d'une réorganisation judiciaire est alors susceptible de conduire l'entreprise créancière ou prêteuse à estimer opportun, plutôt que de perdre tout ou partie de sa créance, de convertir cette dernière en actions de l'entreprise débitrice : c'est la conversion de la créance en titre de capital ou « *debt equity swap* ».

Au plan juridique, la libération d'actions nouvelles par compensation de créance est subordonnée d'après l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au Droit des Sociétés, à une triple condition, de certitude, de liquidité et d'exigibilité de la créance.

Des dispositions des alinéas 1 et 2 de article 562 de l'Acte Uniforme susvisé, « **Le capital social est augmenté, soit par émission d'actions nouvelles, soit par majoration du montant nominal des actions existantes.**

Les actions nouvelles sont libérées, soit en espèces, soit par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société, soit par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission, soit par apport en nature. »

En effet, il s'agit là d'une technique permettant à l'entreprise débitrice de modifier son équilibre financier en transformant une dette en part de capital, même s'il convient de préciser que cette technique est forcément limitée en capacité puisque l'augmentation de capital ne peut alors excéder le montant de la dette initial.

La Cour de Cassation française¹⁶, dans un arrêt qui pourrait bien être repris par les juridictions de la zone OHADA avait indiqué que « **rien ne s'oppose à ce que la valeur des parts sociales souscrites soit réglée par compensation avec la créance du souscripteur sur la SARL, puisqu'aussi bien rien ne s'opposerait, en cas de versement en espèces, à ce que la société règle aussitôt avec les fonds reçus du souscripteur le passif dont elle était tenue** ».

Toute la problématique serait donc celle de savoir, s'il s'agit d'une opération d'échange ou alors d'une simple modalité de libération d'une part de capital.

Si l'augmentation du capital social par conversion de créances en actions peut s'opérer au moyen de créances ordinaires ou de créances déjà représentées par une valeur mobilière, l'on pourrait alors décomposer l'opération en une cession de créance suivie immédiatement d'une acquisition de titres ou encore avancer que, la libération d'actions nouvelles par compensation avec une créance ne constitue qu'une modalité de libération, à l'image de celle réalisée en numéraire.

¹⁶ Cass. com. 7 février 1972, Rev. Soc. 1973.297 note du Pontavice

Vr également CA versaille 25 octobre 1990, Bull. Joly 1991.76 note Jeantin

De même il a été jugé que la libération des souscriptions n'est ni prohibée ni réglementée par la loi et que sa validité ne peut être affectée que par une fraude CA Aix 9 avril 1992, RJDA 12/92 n° 1139

Même si une telle opération devrait être validée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires seule compétente pour décider d'une augmentation du capital social, toujours est il que les créances converties en actions doivent alors faire l'objet d'un arrêté de compte, établi par les dirigeants sociaux et certifié par les commissaires aux comptes, la libération par compensation pouvant être constatée par un commissaire aux comptes ou un notaire.

Reste alors à souligner que pour les actionnaires-fondateurs de l'entreprise débitrice, la conversion des créances en titre de capital pourrait avoir, selon la proportion de participation¹⁷ prise par le prêteur, un effet de dilution plus ou moins important, avec une répercussion sur les dividendes futurs à distribuer aux actionnaires de l'emprunteur.

Par ailleurs, dans le cadre d'une réorganisation judiciaire de l'entreprise la possibilité de convertir les créances en titre de capital pourrait se heurter à des désaccords entre créanciers et actionnaires surtout par rapport au point central de la valorisation de la conversion ou de l'apport dans leur différente comptabilité.

¹⁷ Vr notre article Bérenger MEUKE « **L'action de priorité dans l'OHADA** » : Rev Jur Tchadienne, <http://www.cefod.org/spip.php?article2015>

QUELLE ASSURANCE MALADIE POUR LE MALI ?

Abdourahamane TOURE

Docteur en droit social

Chargé d'Enseignement à l'Université de Nantes



Réformer un système de santé public, centralisé, quinquagénaire et mal en point. Beaucoup, au Mali, aimeraient connaître la recette... Evaluation balbutiante, coordination défaillante, inégalités criantes, cohabitation de la pénurie et de la gabegie : à l'hôpital public et privé, notre système de soins souffre de multiples imperfections qui le condamnent à un rendement très inférieur à son potentiel.

Mais il n'y a pas de fatalité. Ailleurs, confrontés à la même problématique, d'autres ont su relever le défi. Aussi, doit-on se féliciter de ce que le Mali se soit doté d'une assurance maladie obligatoire. Quoique contestée, elle est l'une des composantes essentielles d'une bonne politique de développement social, c'est une technique dont l'objectif est d'assurer à toute la population l'égalité et l'équité dans l'accès aux soins.

Le régime d'Assurance Maladie Obligatoire de base (AMO) est fondé sur les principes et les techniques de l'assurance sociale au profit des personnes actives, des titulaires de pension, sur le principe contributif et sur celui de la mutualisation des risques, elle couvre les risques et frais de soins de santé inhérents à **la maladie** ou **l'accident**, à **la maternité** et à **la réhabilitation physique et fonctionnelle**. Les risques liés aux accidents du travail et maladies professionnelles sont exclus car relèvent d'une législation spéciale.

Si on doit se féliciter de la perfection technique de cet instrument juridique, de sérieux doutes naissent néanmoins s'agissant du caractère rassembleur et unificateur de l'outil.

Les doutes deviennent des réticences ou même des rejets catégoriques, lorsque les assujettis se sentent à tort ou à raison engagés et de manière obligatoire sans être suffisamment consultés. Ainsi, même si les concepteurs du projet soutiennent que des concertations ont été faites, l'incompréhension demeure.

Cette situation de blocage montre en filigrane un dysfonctionnement de la représentativité syndicale, matérialisé par un *engagement sans réserve ni consultation la base*. Il est indéniable que le CSTM a participé à tous les travaux préparatoires de cette assurance depuis 2008 ; soutenir le contraire aujourd'hui serait un acte de mauvaise foi.

Le drame de cette assurance c'est que les travailleurs concernés ont été quelque peu étonnés de découvrir à travers un prélèvement de 3,06% sur leurs salaires l'élaboration manifestement avancée, mais peu annoncée de l'AMO.

Or, il n'est pas logique de décréter une diminution des salaires pour une assurance dont la finalité est encore perçue comme floue.

Le but de cet article est de dire sans ambages que cette démarche, dangereuse et inopinée, doit être reconsidérée.

Les raisons que nous opposerons à ce projet visent aussi bien la méthode (I), la stratégie(II) que le projet lui-même (III).

I- Les écueils de la méthode utilisée

Le droit de la sécurité sociale est un droit d'ordre public protecteur. Cette législation par son histoire, sa nature, son objet, sa vie sociologique, est vouée à une concertation préalable à son élaboration. Dans un univers sain, toute réforme ou innovation de cette envergure fait l'objet d'une recherche préalable, sinon de consensus, du moins d'une concertation vaste, profonde et durable avec les différentes parties prenantes. Les instances et les occasions de concertations devaient être nombreuses.

Or, le sort du travailleur Malien aurait dû requérir encore plus d'attention quand il n'en a, en cette occasion, pourtant cardinale, reçu semble-t-il que très peu.

Certes, des organisations représentatives des travailleurs ont été associées à certains travaux. Au delà, il aurait été au minimum souhaitable de s'assurer que le projet a été suffisamment vulgarisé auprès des salariés concernés, ce qui manifestement n'a pas été fait dès l'origine si l'on s'en tient aux réserves formulées.

Les travailleurs méritaient plus d'égard, et cela pour trois raisons :

- Le Mali, par tradition, est un pays où la recherche du consensus est atavique ;
- Les populations doivent donc, pour des raisons évidentes d'acceptation, de formation, et de bonne exécution, être étroitement associées au processus ;
- Le Mali enfin, a des besoins spécifiques en raison de sa situation sanitaire et socio-économique fragiles, que des consultants qui n'auraient aucune expérience du pays ne peuvent soupçonner.

En résumé, la méthode utilisée encourt à l'évidence la critique ; mais il se trouve aussi que la stratégie choisie aggrave encore l'inquiétude.

II- Les écueils de la stratégie adoptée

La stratégie adoptée est plutôt si l'on se réfère aux critiques formulées une '*stratégie subie*', peut être par manque d'une vue d'ensemble du contexte juridique. La santé n'est pas une modeste question de vie quotidienne, mais revêt sous un double aspect une très grande importance économique :

Pour la famille, tout d'abord, c'est le budget familial, et donc les conditions de l'équilibre économique familial ; pour l'ensemble économique national ensuite, l'accumulation des problèmes de santé non satisfaits crée à la fois un manque de confiance des travailleurs, craignant une nouvelle supercherie des concepteurs soupçonnés d'être trop habiles et pas sérieux, destinée à confisquer une portion de leurs salaires déjà perçus comme dérisoires.

Il importe donc, bien plus, de mettre en place une concertation, rapide, efficace, proche et satisfaisante de tous les acteurs directs et indirects de cette nouvelle assurance plutôt que d'annoncer un système et des règles de fond très théoriquement parfaites.

La stratégie (la plus sérieuse) envisageable sera de susciter le débat sur la réalité du plateau technique, le panier des soins, de l'offre de soin dont dispose le pays pour garantir une assurance maladie de qualité. Bref, démontrer aux travailleurs que la qualité des soins sera proportionnelle aux prélèvements subis. L'assurance maladie obligatoire, en raison de l'utilisateur auquel elle est destinée doit être claire, simple, pratique, proche.

A la longue, on pourrait craindre que l'ambiguïté congénitale de cette assurance ne la rattrape aux virages des prétoires nationaux. Quelques plaideurs acharnés pourraient relever la tromperie aggravée ; si des juges mécontents les suivaient, fusse dans un seul cas, c'est tout l'édifice de l'AMO qui pourrait y perdre sa crédibilité.

Il s'agit là de dangers particulièrement préoccupants. Mais il en existe encore d'autres qui résultent du contenu du projet.

III- Les écueils du contenu du projet.

La loi instituant l'assurance maladie obligatoire délivre l'impression que ses rédacteurs ne disposaient ni d'une connaissance personnelle acquise de notre société, ni du support minimum d'une étude sociologique préalable. Nous limiterons nos critiques à quelques aspects du projet parmi d'autres.

- **L'inadaptation de la formulation**

Comme la chimie se sert des molécules, le droit se sert de mots. Comme la chimie n'utilise que des molécules identifiées et stables, le droit doit utiliser des mots clairs, identifiés par l'usage, stables et précis. A défaut, praticiens et juges hésitent sur la portée des règles : le désordre entraîne l'insécurité juridique, facteur d'anarchie et d'anomie sociale.

La loi instituant l'assurance maladie obligatoire présente sur ce point une inadéquation.

Le concept d'assurance maladie obligatoire visiblement transplanté pose des problèmes d'implantation, il a heurté plus d'un car tout ce qui est obligatoire est péniblement digeste.

Les concepteurs auraient donc pu adopter des formules plus fédératrices, affranchies de toute contrainte et basées sur des principes altruistes ancrés dans notre culture. On aurait pu adopter une sémiologie moins rebutante telle que *l'assurance maladie solidaire* etc.

En effet, on ne s'étonnera donc pas que l'on doive à l'Afrique la première proclamation solennelle du principe de solidarité.

Sommés de se soumettre au crédo des droits de l'homme venu d'occident, les juristes africains se sont efforcés de les acclimater à leur culture et leur expérience. Tout en reprenant à son compte les droits individuels figurant dans les déclarations occidentales, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples 1981 les insère dans une conception de l'homme qui n'est pas celle de l'individu sujet insulaire, mais celle d'un être lié à ses semblables. Tandis que dans la déclaration universelle de 1948 le principe de solidarité ne se manifeste que sous la forme de droits individuels (**droit à la sécurité sociale, à un univers de vie suffisant, à la sécurité contre les risques de perte de ses moyens de subsistance**), dans la Charte africaine au contraire il trouve place au titre des devoirs (Art.29-4 : « **L'individu a le devoir de préserver et de renforcer la solidarité sociale et nationale** »). Dans un cas, la solidarité s'exprime par une créance de l'individu sur la société et dans l'autre comme une dette.

Le mot « pauvre », « *Fantan* » dans les diverses langues du Mali comme dans la plupart des pays africains, ne désigne pas ce que la banque mondiale entend par là (un revenu inférieur à deux dollars par jour) : est pauvre « *celui qui a peu de gens* », qui ne peut compter sur la solidarité d'autrui. De ce point de vue, les sociétés dites riches sont pleines de pauvres, d'une pauvreté que nul ne songe à mesurer et que la sécurité sociale a pu paradoxalement contribuer à accroître. Une bonne pension et une bonne assurance maladie permettant à une personne âgée de ne pas dépendre de ses enfants pour vivre, et c'est indiscutablement un progrès. Mais elles ne suffisent pas à la prémunir d'une solitude mortelle, ainsi que l'a montré en 2003 l'expérience de la canicule en France, à laquelle des vieux économiquement pauvres mais socialement riches ont mieux résisté que d'autres placés dans la situation inverse. D'une façon générale, aucun système de sécurité sociale ne pourrait faire face aux dépenses engendrées par une société exclusivement composée d'individus solitaires, qui ne peuvent compter sur personne en cas de maladie. Autrement dit, dans notre pays, l'assurance maladie obligatoire doit demeurer adossée à la solidarité civile, et au premier chef de la solidarité familiale qui, restreinte à un cercle plus étroit de personnes est entretenue par les revenus des différents membres. La diminution de revenu qu'engendrent les cotisations obligatoires de l'AMO est perçue comme un bouleversement de la hiérarchie des moyens et des fins.

On reproche donc aux concepteurs de cette assurance un double « *catimini* » : celui de mainmise sur une portion des salaires et celui de l'infiltration d'une disposition dont le caractère obligatoire mal expliqué révolte.

- **Un plateau technique insuffisant**

La maladie suppose l'intervention de praticiens, voire d'auxiliaires médicaux qui, en échange des soins qu'ils dispensent, reçoivent des honoraires qui leur sont versés par les assurés. On peut donc se demander dans quelles conditions les assurés sociaux accéderont aux soins ?

Du rapport de mission d'évaluation gouvernement –CSTM du personnel des Cscm en collaboration avec le ministère de la santé et la Fenascom de 2010, il ressort que : sur l'ensemble du territoire national, toutes régions confondues il existe seulement 1370 Cscm, 134 sages –femmes, 226 médecins et 70 obstétriciennes ; 50% de ce personnel exerce à BAMAKO.

La carte sanitaire est manifestement défavorable à ceux qui résident à l'intérieur du pays ; ils se retrouvent avec 10% des 134 sages femmes, 5% des 70 obstétriciennes et 15 à 17% des médecins qui sont déployés. Il se trouve également qu'aucun Cscm ne dispose d'un laboratoire d'analyse. S'il est vrai que des réformes sont incontournables, il n'en demeure pas moins qu'elles doivent préserver et renforcer l'efficacité du système de santé et l'équité devant l'accès aux soins.

Perçu comme un doigt d'honneur, certains estiment que l'Etat Malien procède à l'institutionnalisation d'une assurance obligatoire sans hôpital et d'un système de santé à plusieurs vitesses.

- **Les apories du système du tiers payant**

Mécanisme de facilité par lequel l'assurance maladie paye directement le prestataire de soins de santé les frais de soin du bénéficiaire à l'exclusion du ticket modérateur.

Ce mécanisme peut être l'une des causes de dérive des dépenses, la prédation par les malades ou des médecins peu scrupuleux d'un système non vigilant peut y contribuer à des degrés variables. Il est sûr que les réponses à ces difficultés ne pourront être trouvées sans reconsidérer les relations entre les professions de santé et l'assurance maladie. Cette dernière intervenant aujourd'hui comme « tiers payant » des dépenses sur lesquelles, elle n'a aucune prise, si ce n'est de reporter tout ou partie sur les malades. A chaque paiement correspond un acte médical, d'où un risque de multiplication des actes médicaux.

Cette solution n'est ni satisfaisante ni tenable à terme.

Pour gérer de manière avisée les dépenses de l'assurance maladie, il importe de créer un lien de confiance avec les médecins et les malades. Ce lien de solidarité ne peut être créé que dans des cercles de solidarité plus étroits et personnalisés.

Au Mali ce sont les mutuelles qui devraient jouer ce rôle. Il importe donc de leur conférer voie au chapitre sur la manière de dépenser. Cela est d'autant plus important car elles reposent sur des solidarités de proximité et ce sont les seules institutions susceptibles de tisser de vrais liens conventionnels avec les professions de santé. Et l'établissement de tels liens est indispensable si l'on veut « développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité de soins et la meilleure sécurité sanitaire possible ».

Installer ainsi les mutuelles à l'interface de l'assurance maladie et des professions de santé permettrait de mettre fin à certaines absurdités du système actuel, et notamment au paiement à l'acte, qui incite à la multiplication des actes, pénalise les médecins qui prennent encore du temps de parler à leurs malades et récompense en revanche ceux qui remplacent ce dialogue par l'inflation de prescriptions techniques. Les mutuelles seraient mieux à même de tirer toutes les conséquences des transformations sociologiques profondes du corps médical et de promouvoir des modes de rémunération des professionnels qui favorisent le juste soin, la médecine générale, le dialogue médical ou le repeuplement des déserts médicaux.

Donner un rôle effectif à ces institutions fondées sur des solidarités de proximité n'affaiblirait pas, mais bien au contraire conforterait la solidarité nationale sur laquelle doit continuer de reposer l'assurance maladie.

Et cela donnerait une chance à une médecine plus économe de demeurer attentive à tous les ressorts de la souffrance humaine, au lieu de se muer peu à peu en une forme particulièrement ruineuse de plomberie zinguerie.

En conclusion, quelle assurance maladie pour le Mali ?

Certainement pas cette assurance maladie obligatoire fabriquée *in vitro*, taciturne sur les aspects pratiques de la protection des travailleurs. Il ne saurait y avoir d'assurance maladie pour le Mali que si cette dernière :

- Est intelligible et concertée notamment par la mise en place d'un programme d'information et de sensibilisation vers les professionnels de santé et les assurés ;
- Favorise le respect des bonnes pratiques comme celui des règles d'usage et de fonctionnement du système ;

- Défriche les chantiers d'une meilleure organisation territoriale de l'offre de soins ;
- Installe les mutuelles à l'interface de l'assurance maladie et des professions de santé pour une bonne maîtrise des dépenses de soin.

En s'opposant à l'assurance maladie obligatoire dans sa version actuelle, les travailleurs affirment qu'ils ne veulent ni d'une protection sociale à plusieurs vitesses et sans hôpital, ni d'un système de représentativité syndicale qui ne représente plus.

LA COMPLEXITE DES SOURCES TRANSNATIONALES DANS L'ESPACE OHADA

*Contributions OHADA au Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé
Washington Juillet 2010*

*Pr Salvatore MANCUSO
Université de Macao - Chine*

Une grande quantité de littérature a dans ces années récentes adressée le problème de la fragmentation des sources du droit international.

Il y a eu à la fois des appréciations positives et critiques à l'égard de ce phénomène, avec différentes reconstitutions des raisons qui conduisent à une telle prolifération des instruments juridiques internationaux.

Dans certain cas, les juridictions appartenant à différentes coalitions internationales ont été suspendues du fait qu'une controverse, spécialement dans le domaine des droits de l'homme, était simultanément constatée par une autre institution judiciaire internationale. Il a été proposé que la Cour International de Justice émette des avis dans les cas où plusieurs sources internationales s'entrelacent.

Le problème affecte le domaine du droit privé aussi bien.

Les juges et professionnels qui traitent des litiges qui sont d'ordre transnational à cause de leurs caractéristiques, doivent souvent démêler un réseau complexe de droits locaux relatifs aux conflits de droits, de conventions internationales sur le droit applicable aux relations transnationales, de conventions qui fournissent des règles matérielles uniformes relatives à certains contrats (ou à la responsabilité délictuelle), de règles impératives limitant ou affectant l'application des dispositions internationales, d'une grande variété de codes privés de conduite, de directives pour les membres d'une certaine branche du commerce (souvent connues sous le nom de *Lex mercatoria*), de retraitements des usages et pratiques du commerce, aussi bien que de collections de principes élaborées par les Organisation non gouvernemental et qui peuvent être choisies par les parties comme droit régissant leurs relations.

Chaque couche de droit peut varier dans sa formalité et peut être plus ou moins accessible: dans certains pays les règles relatives aux conflits de lois sont codifiées dans l'un des codes, mais elles peuvent être exprimées aussi dans une législation spéciale séparée ou déterminées en fonction des litiges. Les décisions arbitrales peuvent divulguer l'étendue et l'implication de certaines règles régissant les relations entre commerçants dans un certain domaine, mais de telles décisions peuvent ne pas être mises à la connaissance du public. En plus, les codes privés de conduite peuvent être actualisés et sans être immédiatement accessible aux personnes externes par rapport au cercle; les collections de principes internationaux régissant certain domaine peuvent ou non être illustrés par une large publication des décisions judiciaires qui peuvent être utile à la compréhension de l'étendue de certaines règles desdites collections de principes.

Les investigations conduites par plusieurs observateurs intéressés aux questions de la complexité des sources du droit, concernent par exemple le domaine du droit des transports, de la propriété intellectuelle, du commerce des objets d'art et historiques, la discipline souscrite de façon autonome par les opérateurs sur internet, ou par les associations impliquées dans l'exécution d'un large projet de construction.

Si on veut mettre un accent sur l'un des exemples, celui de la vente internationale de marchandises peut être utile: Beaucoup, mais pas tous les Etats ont incorporé dans leur système la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises.

En Afrique, il y a seulement un nombre limité des États membres de l'OHADA qui ont ratifié la Convention de Vienne, et un le projet d'acte uniforme sur le droit des contrats est en discussion.

Dans le contexte européen, l'Angleterre n'a pas ratifié la Convention de Vienne: les contrats de vente avec un partenaire anglais est jusqu'ici régit par les règles de conflit des lois. Toutefois, l'Angleterre applique la directive 99/44/CE relative à certaines garanties en matière de vente de biens aux consommateurs.

Symétriquement, en limitant notre observation à l'Europe, la Norvège a ratifié la Convention de Vienne (avec de nombreuses réserves excluant l'application de la partie II relative à la formation du contrat), mais elle n'est pas membre de l'Union européenne et par conséquent n'est pas affectée par la directive. De l'autre côté, la Norvège avait préalablement ratifié le droit uniforme adopté par le conseil nordique et relatif à la vente de marchandises.

En plus, tous les Etats européens n'ont pas été membre de l'Union européenne en même temps et cela peut influencer l'ordre dans lequel la Convention de Vienne et la directive de la CE deviennent obligatoires à l'égard de leurs citoyens (à propos des questions du "jus surperveniens").

Bien que ces deux instruments (la Convention de Vienne et la directive de la CE) n'aient pas le même champ d'application (la CVIM concerne la relation contractuelle entre B et B, et la directive de la CE concerne la vente aux consommateurs) il peut y avoir des cas où il existe une interaction entre ces deux: par exemple lorsque le dernier vendeur veut user de son droit d'action contre le premier fournisseur.

Le juge ou le professionnel du droit doit être attentif en combinant différentes sources, en ajoutant les législations internes qui régissent certains marchés (des objets pharmaceutiques, artistiques or archéologiques, etc.) et les règles de nature coutumière (entre certaines associations de commerçants) qui peuvent affecter la vente de certains biens. Dans certains cas les parties peuvent décider d'écarter le droit national et se référer aux principes internationaux relatifs aux contrats et le juge devra considérer jusqu'où l'autonomie des parties peut s'étendre.

Sur cette toile de fond, nous devons considérer les questions suivantes :

- 1) *Est-ce que le problème de la fragmentation des sources du droit international (convention régionale contre convention universelle, code de conduite et usage de commerce) est exprimé dans votre pays? Par qui (la doctrine, la jurisprudence, les autorités publiques de l'État, les associations professionnelles)?*
- 2) *Quelle proposition a été faite dans votre système juridique pour faire face aux problèmes et par qui?*
- 3) *Est-ce que le pouvoir exécutif dans votre pays se réserve le pouvoir de contrôler tous les engagements souscrits et utilise les clauses d'exemption/ou de réserves (pour préserver les précédents engagements) lorsqu'il signe les nouveaux instruments?*
- 4) *Est-ce que le pouvoir judiciaire dans votre pays fournit une formation spéciale aux juges afin d'améliorer leurs capacités à traiter des sources du droit qui ne sont pas issues de leurs systèmes juridiques.*
- 5) *Est-ce que le fait que dans certains pays une institution judiciaire spécialisée traite des litiges relatifs au commerce international affecte le fonctionnement de la justice? Pouvez-vous apprécier les résultats de ces institutions judiciaires comme une amélioration?*
- 6) *Y a-t-il une différence d'attitude à l'égard des sources transnationales entre les juridictions administratives (où il en existe) et les juridictions traitant des questions civiles, criminelles et commerciales dans votre pays?*
- 7) *Pensez-vous que l'efficacité des juges en traitant des litiges donnant lieu à une interaction complexe des sources peut être affectée par le fait que le juge lui-même/elle-même doit chercher le droit applicable (iura novit curia), ou par le fait que les parties sont elles-mêmes appelées à plaider et prouver à la cour, le droit applicable ?*
- 8) *Y a-t-il une stratégie commune que les juges semblent utiliser pour éviter la complexité (par exemple en présumant que la loi étrangère est la même que la loi nationale/ écarter de façon présumée la source étrangère si les parties n'ont pas évoqué son application immédiate)?*
- 9) *Est-il possible de mesurer l'efficacité des juridictions en traitant de cette question?*

COMPLEXITY OF TRANSNATIONAL SOURCES: A « REGIONAL » REPORT FROM THE OHADA MEMBER COUNTRIES

Complexity of Transnational Sources: A “Regional” Report from the OHADA Member Countries[#]

Salvatore Mancuso*

Introduction

When the International Academy of Comparative Law published the list of subjects and the theme of the complexity of transnational sources was inserted, the idea of preparing a report including the OHADA member countries immediately came out. And the goodness of the idea was confirmed after some talks with the General Reporter as well as when looking at the guidelines proposed by her to address the topic.

Such idea is a result of the stratigraphical analysis of African law applied to the present situation of development of African law. Indeed, in the beginning of this new century, a new layer seems to emerge in African law. It is the law made by the Westerns (mostly Europeans) for the Africans. It is the law that follows the general pattern in terms of legal development presently, where the law has to serve the economic development: the law must be easily accessible and comprehensible for lawyers and non-lawyers, it must provide a legal environment favorable to investments, it shall be affordable and predictable in terms of its application avoiding that the intervention of a State (through legislation or judicial decisions) could render vain any investment. Moreover, the costs related to the application of the law should be minimized for the investor to give him more scale economies, and therefore if the law is harmonized at supranational level the same law can give to the investor the possibility to enter in more than one market. The OHADA law represents the most advanced example of this new layer of African law.

As it is today well known, the objective of OHADA is the implementation of a modern harmonized legal framework in the area of business laws in order to promote investment and develop economic growth in the African countries.

Thus, the Treaty calls for the elaboration of uniform acts to be directly applicable in member states notwithstanding any provision of domestic law. Up to now, the uniform acts that have been adopted relate to General Business Law, Company Law and Pooling of Economic Interest, Securities Law, Bankruptcy Law, Credit Collection and Enforcement Law, Accounting Law, Arbitration Law and Contracts for the Carriage of Goods by Road¹⁸. More uniform acts are expected, in the areas of Contract Law, Labour Law, Co-operative and Mutual Aid Companies Law, Consumer Law.

[#] This report does not include the national reports from Cameroun, Central African Republic and Guinea Conakry who did not answer to the call for the national reports; while includes also the report from DRC whose process to join OHADA is underway and is expected to be completed in the very near future.

The Author is grateful to the following national reporters, whose commitment and work permitted to realize this report: Jimmy KODO (Benin), Filiga Michel SAWADOGO (Burkina Faso), Nissouabé PASSANG (Chad), Papa AHAMADA DJAE (Comoros), Inès FÉVILYÉ (Congo), Louis-Danel MUKA TSHIBENDE (DRC), Sergio Esono ABESO TOMO (Equatorial Guinea), Madeleine BERRE (Gabon), Fernando LOUREIRO BASTOS (Guinea Bissau), Jacqueline LOHOUES-OBLE (Ivory Coast), Mamadou KONATE (Mali), Alhousseini MOULOUL (Niger), Joseph ISSA-SAYEGH (Senegal), Michel AKUETE AKUE (Togo). All their national reports will be annexed to the present one, being them considered as an integral part of it.

* Professor of Comparative Law, University of Macau; Honorary Professor of African Law, Centre for African Laws and Society, Xiangtan University; Associate Researcher, CEFC, Hong Kong.

¹⁸ The bibliography on the OHADA is now extremely wide. The French law journal “Revue Penant” dedicates most of each quarterly issue to doctrine and cases related to OHADA law. For a general overview on the OHADA see: L’organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), *Petites Affiches* n. 205, 13 octobre 2004; Joseph ISSA-SAYEGH, *L’intégration juridique des Etats africains dans la zone franc*, *Rev. Penant* n. 823 (1997), p. 5, and n. 824 (1997), p. 120 (parts I and II); *Id.*, *Quelques aspects techniques de l’intégration juridique: l’exemple des actes uniformes de l’OHADA*, 4 *Unif. L. Rev.* 5 (1999); Boris MARTOR, Nanette PILKINGTON, David S. SELLERS e Sébastien THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l’OHADA*, Paris, Lexis Nexis Litec, 2009; Alhousseini MOULOUL, *Comprendre l’OHADA*, 2^e ed., Conakry, 2009; Philippe TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, Parigi, Presses Universitaires de France, 1999; as well as the collections on the OHADA law, one published by Presses Universitaires d’Afrique in Yaoundé in 1999, and the other by Bruylant in Brussels in 2002.

This new legal framework also provides a mechanism for the settlement of disputes, one of the goals of the Treaty being to establish judicial security in the countries involved¹⁹. The Common Court of Justice and Arbitration (*Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* - CCJA) is the highest level of jurisdiction for all matters involving the application of the Treaty, as well as the Uniform Acts. It has jurisdiction over judicial (it rules on decisions rendered by the Courts of Appeal of the member States) and arbitration matters (supervisory role to the appointed arbitrators and granting enforceable status to the award), thus ensuring the harmonized interpretation of the Treaty, Uniform Acts and corresponding regulations and arbitration agreements²⁰.

Therefore OHADA is creating a sort of legal system common to all the member countries, who then share a common legal experience, the strengths and weaknesses of the system, the problems related to its implementation, the needs for its improvement. All this reasons justify – we all believe – the possibility to consider all the member countries together with regard to a subject strictly interrelated with the themes of the same OHADA law.

1) *Is the concern about fragmentation of international sources (regional v. universal conventions, codes of conduct and usages of the trade) expressed in your country? By whom (literature, case-law, executive branch of the State, professional association of the Bar)?*

There is a general concern in the OHADA member countries about the issue of fragmentation of international sources, even if some of them (Chad, Gabon, Guinea Bissau and Senegal) seem not having directly experimented the problem in their daily practice.

In the States belonging to the OHADA area the fragmentation of international sources is considered in different legal domains.

In the area of international law the attention has been drawn to the international and regional legal instruments (like the African chart for the protection of human rights, directly derived from the 1948 Universal Declaration of Human Rights) and the related instrument for putting them into effect, especially where different legal instruments have been adopted and the necessary editing and revision of the contradictory parts in the preexisting texts has not been done.

As it is well known Africa is the continent with the highest number of regional organizations. Therefore the risk of having conflicts among the legal instruments belonging to each regional organization to which an African State is a member is very high and might cause serious problems.

In the OHADA region several regional organizations are present, covering sectors that are extremely close to – if not even part of – that of business law. This is the case – for example – of the Economic and Monetary Community of the Central African States (*Communauté Economique et Monétaire des Etats de l'Afrique Centrale* - CEMAC) and the West African Economic and Monetary Union (*Union Economique et Monétaire Ouest Africaine* – UEMOA), that of the Inter-African Conference of the Insurance Market (*Conférence Interafricaine du Marché d'Assurances* - CIMA) and the African Organization of Intellectual Property (*Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle* - OAPI), which all cover areas of law pertaining to that of business law pertaining to OHADA.

Indeed, it has to be remembered that the domain belonging to the harmonization of business law in Africa under OHADA has been maintained voluntarily flexible to progress with a step by step way of its harmonization, since for the implementation of the Treaty it is to be understood as business law the regulations concerning company law, definition and classification of legal persons engaged in trade, credit collection, securities and means of enforcement, bankruptcy, arbitration as well as labour law, accounting law, transportation and sales laws, and any further matter that the Council of Ministers would decide, unanimously, to include as falling within the definition of business law²¹.

¹⁹ Pierre MEYER, La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, Rev. Penant, n. 855 (2006), p. 151.

²⁰ Joseph ISSA-SAYEGH, Quelques aspects techniques cit. supra at 12.

²¹ OHADA Treaty, Art. 2, whose original French text says: "Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires 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 toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8".

As a consequence of this situation OHADA and CEMAC recognized the need to have a close cooperation with reference to law-making policies to keep each other informed about projects of legislative acts in progress within each organization, with the objective of reducing the risks of conflicts of supranational laws.

Moreover, it shall not be forgotten that the attempt from OHADA to go for the harmonization of banking law encountered strong resistances at the level of the regional organizations governing the banking sector, and such project has been set aside for the time being.

The coexistence of the CCJA and other supranational courts within other regional organizations (like the CEMAC Court of Justice) can bring in principle to a possible conflict between supranational jurisprudence, conflict that the CCJA tries to avoid by applying the principle of subordination and therefore deciding cases implying the application of other community law (CIMA, OAPI) whenever the case involves the application of OHADA law.

A particular case of potential conflict between regional organizations and their legal instruments could affect DRC once its process of membership to OHADA will be completed, since DRC is also member of the Southern African Development Community (SADC). The two organization pursue – in principle – different objectives, being that of the OHADA the legal integration and that of SADC the economic integration; anyway SADC does not exclude – in principle – to adopt measures of legal harmonization as an instrument to get to economic integration (therefore potentially covering the area of business law too), and the same membership of DRC to the organization requires it – for example – to comply to the payment system in force in the Community, while the OHADA system is hinged on the CFA Franc. This is the reason why the two organizations started to have informal talks and why a project to study the possibility of legal harmonization within the SADC zone where one of the pillars is the study on how OHADA can contribute to such possible process of legal harmonization (as model or by transplants) has been recently launched by the University Eduardo Mondlane in Maputo (Mozambique)²².

A further issue of fragmentation of sources of law is typical of OHADA, since it comes directly from the interpretation of the Treaty.

According to Art. 10 of the OHADA Treaty, uniform acts are directly applicable and overriding in the member States notwithstanding any conflict they may give rise to in respect of previous or subsequent enactment of municipal laws²³. Two possible interpretations of such principle are possible: A first possibility is that to interpret Art. 10 in the sense that only the national laws or the rules contained therein that are effectively contrary to the norms of a uniform act are repealed, being thus necessary to proceed to an analytical examination of the rules of the domestic laws in order to verify which of them are effectively contrary to the harmonized law. A second interpretation gives to Art. 10 a wider meaning in the sense of abrogating every norm of national laws having the same object of a uniform act, avoiding thus the necessity to proceed to a detailed analysis of every single norm to determine if it is contrary or not to the uniform act, since the simple entering into force of a uniform act would automatically repeal the national laws on the same matter, and allowing therefore a greater simplicity and uniformity in the application of the uniform laws²⁴.

²² Mozambique is also member of SADC, and started to get interested to the OHADA process of legal harmonization.

²³ The French text of Art. 10 of the Treaty says: “Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure”.

²⁴ Boris MARTOR, Nanette PILKINGTON, David S. SELLERS e Sébastien THOUVENOT, *Business Law in Africa*, (2007) London, GMB Publishing, at 9; *Id.*, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l’OHADA*, (2004) Paris, Lexis Nexis LITEC, at 19 and ff.

After an initial period of uncertainty in the doctrine²⁵, the CCJA has clarified that the repealing effect set forth in Art. 10 of the Treaty is referred both to the annulment and to the prohibition to enact any norm of domestic law or regulation present or future (being it an article, a norm, a paragraph or a phrase of it) having the same object of a rule of a uniform act and contrary to it. The Court has moreover established that when only part of the domestic rules are contrary to the uniform act, those not contrary remain applicable²⁶. A similar interpretation, if it has the advantage to prevent the creation of legislative gaps, it is surely difficultly compatible with the objective of simplicity set forth in Art. the 1 of the Treaty, and it creates a fragmentation of the sources of law (international vs. domestic) that may represent a potential source of disharmony and conflict in the interpretation and application of the norms of the uniform acts since the domestic norms that are not contrary to the rules set forth in the uniform acts remain into force and complement the application of the latter.

Out of these "institutional" cases of fragmentation of the sources law, the attention has been equally drawn up on the possible "contractual" fragmentation of the sources of law by the operators of the international commerce whenever they are called to determine the law applicable to an international contract, and also through international arbitrations; while the application of the usages of trade seems not to take place in the jurisprudence of the concerned jurisdictions.

Almost all the national reporters agree to assign a fundamental role to the doctrine in detecting and evidencing the cases of fragmentation and conflict of the sources of law. Where the issue of fragmentation of sources has been experimented (Benin, Burkina Faso, Comoros, Equatorial Guinea, Gabon, Ivory Coast, Mali, Niger, Senegal, Togo) the judges are the subjects who face with the problem, not having often the full knowledge of the multitude of texts to be applied. In Niger and Togo it has been evidenced how the other legal practitioners are also experimenting the issue of the fragmentation of transnational sources, while the role of the business operators in dealing with this issue has been highlighted through the Malian report. A remarkably lower role seems to be played by the State administrations, who are only marginally involved in the application of the transnational sources of law.

2) *Which proposals have been put forward in your legal system to cope with the problem, and by whom?*

No one of the national reports has referred to specific instruments adopted in his/her jurisdiction to cope with the issue of the fragmentation of transnational sources.

The issue tends to be solved on a case by case basis, and here the doctrine has played again a fundamental role making a fundamental distinction between the cases where the conflict of international sources is a horizontal conflict between rules of different international legal instrument having therefore the same hierarchical level, and the cases where there is a "vertical" conflict between an international and a domestic rule. The first case is solved making reference to the rules set forth by the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties and to the rules of conflict provided in the different treaties and conventions. The case of the conflict between an international and a domestic norm is solved considering the highest hierarchical level given in every jurisdiction to the rule set forth by an international legal instrument signed by the country, that prevails over any domestic norm.

In Equatorial Guinea the Supreme Court of Justice deals with the issue of the fragmentation of the sources of international law by choosing the norm of international law that presents the closest relation with the case to be judged.

²⁵ For the first solution see, Djibril ABARCHI, *La supranationalité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, in 37 *Revue Burkinabé de Droit* (2000), at 9 and ff.; for the second Filiga Michel SAWADOGO, *Présentation de l'OHADA: les organes de l'OHADA et les Actes Uniformes*, paper presented at the conference *Afrique, art, intégration économique et juridique*, organized in Cairo on 6 april 2006 by the Faculty of Law of the University of Cairo, Istitute of International Business Law, and by Club OHADA Egypt, at 26.

²⁶ See the opinion n. 001/2001/EP of 30 April 2001 rendered by the CCJA upon request of the Ivory Coast in www.ohada.com, and Joseph Issa-SAYEGH, *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des états parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement*, in *Rev. Penant*, n. 850 (2005), at 6 and ff. For the application of such principle by the jurisprudence of the member States see *Cour d'Appel Port-Gentil* 9 December 1999 e 28 April 1999 n. 60/98-99; *Cour d'Appel Niamey* 8 December 2000 n. 240 all in www.ohada.com; and *Cour d'Appel Douala* 15 May 2000 n. 81/ref., this last in 12 *Revue camerounaise de droit des affaires* (2001), commented by Gaston KENFACK DOUJINI.

In Guinea-Bissau the Faculty of Law of the University of Bissau proposed to create a database of the International Law Treaties and Conventions signed by the country and in force therein, also in order to investigate on the existing overlaps among the different international legal instruments to which the country is part, being them at international, regional or sub-regional level.

It has to be underlined that initiatives of legal harmonization, like that of OHADA, have been put in place also to cope with the issue of the fragmentation of sources of law at regional or sub-regional level in different legal domains, where the strong business relations among the different member States rendered this activity of legal harmonization necessary; and following this pathway Equatorial Guinea is promoting the merger of the African organizations of legal and/or economic integration, also to reduce the economic efforts requested to each member country to keep alive all these organizations.

Finally, whenever the fragmentation of the sources of law has contractual origin, if it is not solved by the choice of the parties, then the rules of private international law will be applied.

- 3) *Has the executive power in your country kept a strict monitoring of all international engagements which were undertaken and made use of clauses of exemption/reservation (to preserve previous international engagements) when signing new instruments?*

The situation seem to be slightly different in the single OHADA member countries.

In Congo the Ministry for Foreign Affairs, that of Justice and the ministry concerned with the signature of a new instrument, carry out the compliance check with the former texts and the Prime Minister submits the new text to the Constitutional Court to have its opinion, and for constitutionality check if the new instrument imposes an abandonment of sovereignty of the Congolese State in the field which it regulates. Similarly in Senegal where such control is made by the Ministry of Foreign Affairs.

Also in Niger international or regional agreements are controlled both by the executive and the legislature since they are subject to ratification after authorization of the Parliament, and this procedure can involve an examination of the constitutionality carried out by the Constitutional Court; while in Mali the State adopts all the necessary measures to permit the entering into force of the international or transnational legal instrument.

The Constitution of Benin reserves the task of monitoring all international engagements which were undertaken to the executive power too but there is no evidence that this work has been really done, and also in Gabon and Togo the executive power does not seem to make use of this power.

In Burkina Faso, Comoros, Equatorial Guinea and Guinea-Bissau the position of the executive power is not known, and in this last country also because most of the international agreements that are signed by the country are not published in the *Boletim Oficial* (Official Journal); while in the Comoros the lack of any systematic knowledge of the conventions to which the country is part prevents the executive to exercise its prerogatives.

In Ivory Coast the power to carry out the compliance check with the former texts is given to the *Conseil Constitutionnel* that can be resorted by the other State authorities.

Such issue has been substantially overtaken in the OHADA system, since after the preliminary control made in order to determine the possibility to join the organization and then the adhesion of the country to the system, the possibility to make reserves to the Treaty is expressly forbidden²⁷.

- 4) *Has the judiciary in your country provided special training for judges to increase their ease and proficiency in dealing with sources of law which were not generated in their legal system?*

The situation is different with regard to sources of law which are not generated in the legal system of each country in general, and that of OHADA in particular.

Burkina Faso, DRC, Gabon, Guinea-Bissau, Ivory Coast, Senegal and Togo do not have any kind of training activity for the judges with regard to this kind of source of law.

²⁷ OHADA Treaty, Art. 54: "Aucune réserve n'est admise au présent Traité"

In the other countries the formation of the judges is organized by the State through a specific training school dedicated to judges called *Ecole Nationale de la Magistrature* in Benin and Niger where the activities considered therein are performed during the initial period of training of the judges, and *Institut National de Formation Judiciaire* in Mali, or through courses organized directly by the government in the case of Chad, Congo and Equatorial Guinea.

Moreover in Mali the Supreme Court has an agreement with the French *Cour de Cassation* to provide to Malian judges a continuous training that can provide them also a comparative perspective.

In the ambit of the OHADA system the situation is definitely different.

The OHADA Treaty, indeed, established a regional training school for judges (*École Régionale Supérieure de la Magistrature – ERSUMA*)²⁸.

The idea tinged with the creation of the ERSUMA is that to make up for the insufficient level of specialization of the judges, and also to the absence of a system of continuous formation and to the lack of sufficient legal formation in the member countries²⁹. The school is dedicated to the formation and the specialization of judges, bailiffs and court clerks, but it gives also training courses upon payment to lawyers, notary publics and professional accountants.

The school is dedicated to the formation of legal professional on OHADA law.

All judges, bailiffs and court clerks of a Member States can be admitted to the training course. The selection is carried out from the national training schools on the basis of their professional responsibilities, their formation and their professional experience and the nature of the legal functions of the candidates, that shall be in equal number for every member State. The teachers are legal professionals and scholars having a deep knowledge and experience on the OHADA law³⁰.

- 5) *Does the fact that in some countries a specialized judicial institution deals with international commercial cases affect the functioning of justice under this profile? Would you assess the records of these judicial institutions as an improvement?*

The case of the countries who are member of OHADA is peculiar in this sense.

When elaborating the Treaty, one of the concerns of the heads of State as well as of the economic operators and the jurists was the necessity to assure a uniform jurisprudence in the area of commercial law on one side, and to assure a common interpretation of the uniform acts on the other. Therefore it has been thought that in order to realize these objectives the better solution was that to maintain the competence for the disputes on commercial law involving the application of the uniform acts near the national jurisdictions of the first and second level, and to entrust the third degree of judgment to a superior jurisdiction common to all the Member States.

²⁸ OHADA Treaty, Art. 41.

²⁹ See Alhousseini MOULOUL, *Comprendre l'OHADA*, 2nd edition, (2009) Conakry, at 42.

³⁰ On the training activity done by ERSUMA see Thimotée SOMÉ, *A formação dos magistrados africanos pela OHADA*, in 6 *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, (supplement) (2004), at 9.

Therefore the Common Court of Justice and Arbitration (*Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* – CCJA) was established, composed from nine judges (seven in the old version of the Treaty) with faculty for the Council of Ministers to fix a higher number of judges if needed. The judges are elected through secret scrutiny from the Council of Ministers for a mandate of seven years not renewable (in the old version they were renewable only once). Only judges, university law professors, or lawyers of every Member States having a professional experience of at least fifteen years can become CCJA judges, but at least one third party of the members of the Court must be appointed among the lawyers and the university law professors³¹; every State can present two candidates³², but only one can be elected³³.

The Court normally meets in plenary session, but from January 2005 two sections have been formed, composed each one by three judges and presided over by the two vice-presidents, to better deal with the increasing number of cases to be solved³⁴.

Art. 14 paragraph 2 of the Treaty frames the advisory role of the Court providing for the Court being resorted by any national judge, Member State or the Council of Ministers on issues related to the interpretation and the application of the Treaty, the regulations adopted for its application, the uniform actions and the court decisions. The Court functions also as an international arbitration centre dealing with arbitration with its own rules of arbitration basically modelled on the ICC rules.

But what it is really important with regard to the issue at stake, is the jurisdictional role of the Court that has extremely important consequences for the judicial system of the member countries.

The Court has jurisdiction as judge of last instance in all matters related to commercial law in which the application of any OHADA norm is involved, with the only exception related to the application of criminal sanctions, matter that remains of the competence of the national judges³⁵. The national jurisdictions remain therefore competent to judge in first and in second instance on the cases related to the application of the uniform acts³⁶. Consequently, the CCJA exercises the function of judge of appeal against the judgements of the courts of appeal of the member States, as well as against the judgements of first instance of the national courts which are not subject to appeal at national level³⁷.

In the exercise of its jurisdictional function the CCJA is a supranational court whose decisions are considered as *res judicata* and can be enforced in the territory of every Member State. It is a sort of “transnational court” created through the agreement of the OHADA member States to function as supreme court in all the cases involving the application of the Treaty and the uniform acts; consequently all the supreme courts of the member States are deprived of their judicial power whenever the application of OHADA law is involved. Any supreme court of a member State resorted to judge on a case that implies the application of any OHADA rule will have to declare itself incompetent in favour of the CCJA and such incompetency must also be noticed *ex officio*.

³¹ OHADA Treaty, Art. 31. It shall be observed that with the old version of the OHADA Treaty, although both the Treaty itself and the Rules of Procedure of the Court had defined the rules for the designation of the judges, the President, the two Vice-presidents and the Head Registrar, the formation of this institution was made through the application of the political agreements called “N'Djamena agreements” of 18 April 1996, that shared the different positions among some States: the presidency of the court was assigned to Senegal, the first vice-presidency to Central African Republic, the second one to Gabon, the other four judges to Chad, Guinea-Bissau, Mali and Niger, the Head Registrar to Congo further to the withdrawal by the Comoros. Having the aforesaid agreements being abolished by the approval of the new text of the Treaty in October 2008, Art. 31 has restored the full force of the criteria previewed in the Rules of Procedure adopted under Art. 19 of the Treaty.

³² Art. 32 Tratt. On the composition of the CCJA and the appointment procedure of the court judges see Etienne NSIE, *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, in 828 Rev. Penant, (1998), at 308.

³³ OHADA Treaty, Art. 31 par. 5, in its new version.

³⁴ See *amplius* Felix ONANA ETOUNDI, *Le rôle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA dans la sécurisation juridique et judiciaire de l'environnement des affaires en Afrique*, paper presented at the conference *Afrique, art, intégration économique et juridique*, organized in Cairo on 6 April 2006 by the Faculty of Law of the University of Cairo, Institute of International Business Law, and by Club OHADA Egypt, at 6.

³⁵ On the relations between the CCJA and the national supreme courts in criminal matters see Roger SOCKENG, *Droit pénal des affaires OHADA*, (2007) Douala, Minsi Le Competing, , at 32 and ff.

³⁶ OHADA Treaty, Art. 13.

³⁷ OHADA Treaty, Art. 14, par. 3 and 4.

The Court can dismiss or receive the appeal. In the first case the CCJA judgement closes the case having the national judge correctly applied the uniform norm. When the appeal is received, then the Court quashes the appealed judgment and keeps the case to judge also on its merits³⁸. The power granted to the Court to judge also on the merits of the case, avoiding therefore any return of the case to the national jurisdiction for their decision, has brought to consider the CCJA as the third level of the national jurisdictions placed at supranational level³⁹.

The CCJA judgments are final and close the case definitely⁴⁰. They are not subject to any appeal.

There is a general understanding on seeing the CCJA as an improvement in the legal systems of the OHADA member countries, since it gives speediness and predictability to commercial cases involving OHADA law.

Other regional agreements (CEMAC) also have a supranational court dealing with the application of the related norms, even if their area of competence is definitely more limited than that of the CCJA.

Out of these cases there are no specific jurisdiction within the OHADA member countries which deal with international commercial cases. When they should arise they are solved by the ordinary courts or by the commercial courts where existing (Congo, DRC, Guinea-Bissau⁴¹, Mali).

- 6) *Is there a difference in attitude towards transnational sources among administrative courts (where they exist), courts dealing with civil law matters, criminal law and commercial courts in your country?*

Most of the francophone countries member of the OHADA have administrative jurisdictions. They are not present in DRC, Guinea-Bissau, Equatorial Guinea and Niger, while in the Comoros it has never really worked.

No one of the national reporters referred about any difference in attitude towards transnational sources among administrative courts, courts dealing with civil law matters, criminal law and commercial courts.

- 7) *Do you think that the efficiency of judges in dealing with cases raising complex interaction of sources may be affected by the fact that the judge himself/herself has to find the applicable law (iura novit curia) in opposition to the situation in which the parties themselves have to plead and prove the law to the court?*

All the OHADA member countries belong to the civil law legal tradition (with the only exception of the Anglophone part of Cameroun), therefore the *iura novit curia* principle has great influence in these legal systems.

There is a general understanding that the efficiency of judges in dealing with cases raising complex interaction of sources is affected by the fact that the judge has to find the law applicable to the case.

³⁸ OHADA Treaty, Art. 14, par. 5.

³⁹ See Alhousseini MOULOUL, *Comprendre l'OHADA cit.*, at 37; Gaston KENFACK DOUAJINI, *L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA*, in 830 *Rev. Penant* (1999) at 125; Mainassara MAÏDAGI, *O funcionamento do Tribunal Comum de Justiça e de Arbitragem da OHADA*, in 6 *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, (supplement)* (2004) at 27; Etienne NSIE, *La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, in 828 *Rev. Penant*, (1998) at 308; Gabriel NZET BITEGUE, *Les rapports entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et les juridictions nationales*, in 406 *Hebdo informations, Libreville*, 21 August 1999; the reason should be found in the need to assure speediness and certainty to the judgment, being set up a certain end for any judgment, and to avoid that an erroneous application of the principles of the uniform acts from the national judges that can provoke a series of return of the judgments from the CCJA to the national courts that renders practically impossible to arrive to a final judgment.

⁴⁰ OHADA Treaty, Art. 20. Any decision contrary to a CCJA decision can never be enforced in any member State.

⁴¹ In Guinea Bissau the commercial court has been created in July 2008, but there is no record yet about its activity.

The reasons are different, but most of the reporters refer to the problem –well known in Africa – of the lack of information about the law in force. In countries like Central African Republic⁴², Comoros or Guinea-Bissau there is a serious difficulty even in the information and knowledge of the national law, but even where such information exist, the lack of documentation about the different sources of law (scarcity of libraries, no law journals or doctrinal commentaries to the laws, poor access to internet resources, difficulty in getting written sources from abroad, poor training of the judges) determines the simple impossibility for the judge to have access to (or sometimes even to know on time) legal materials different from that of the country.

A further consequence of this situation is that even the parties themselves – or their lawyers – sometimes ignore the existence of a rule different to the domestic one that may be applicable to their case.

Sometimes the burden of proof can help: in Benin (but the situation could be similar also in other countries) the application of the *iura novit curia* principle is limited to the national law, and whenever a party invokes the application of a custom, a usage or any foreign law, it has to prove its existence to the judge. Some other times the day by day practice comes to help the judge, since the application of the *iura novit curia* principle does not prevent any lawyer to support its pleadings by inserting in its file a copy of the law whose application is claimed to the benefit of the judge.

In Congo there is an effort in improving the training of the judges who are appropriating more and more of the international legal sources, limiting therefore the burden of proof imposed to the parties to prove the law of other countries whose application is claimed in a Congolese case.

- 8) *Are there detectable common strategies that the judges seem to use to elude complexity (e.g. by the presumption that the foreign law is the same as the local law/by a presumed waiver of foreign sources if the party has not pleaded their applicability immediately)?*

There is a general difficulty to answer to this question since it presupposes a detailed analysis of the related jurisprudence, while in Africa (including the OHADA member countries) there is a general lack of publication of the judgments and jurisprudence is scarcely accessible.

In most of the countries no specific strategies are used by the judges to elude complexity are reported.

When the complexity is due to the concurrence with sources of international law, then the strategy used is that to consider the rules of international law of higher rank than the national law and therefore of immediate application (this is the case in Equatorial Guinea, Ivory Coast and Togo).

In the Comoros the judge tends to apply the law that it knows better, due also to the serious problems about knowledge of legal materials present in that country.

In Niger there is a tendency of the judges to apply the national law over the international convention, mainly because he knows its domestic law better than the international legal instruments.

The strategy of presuming a waiver of foreign sources if the party has not pleaded their applicability immediately is used in Congo, since under the Congolese jurisprudence the parties are requested to claim immediately the application of a foreign law otherwise the judge will not take it into consideration. More rarely the judges tend to consider the Congolese law similar to the foreign one, due to the differences that Congolese law has with others in many domains.

- 9) *Is it possible to measure the efficiency of courts in dealing with such issues?*

Due to the said general lack of publication of the judgments and to the scarce accessibility of the jurisprudence, in general it is extremely difficult to measure the efficiency of the national courts in dealing with such issues.

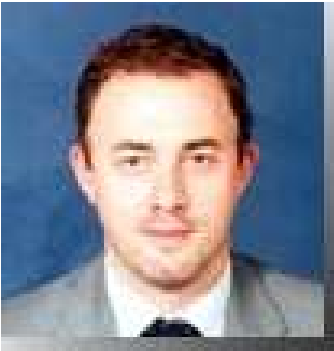
⁴² *Failing the national report from that country, this observation is the result of my direct experience in the country.*

The accent is posed on the necessity of having better sources of information and a proper training for the judges (Benin, Equatorial Guinea, Niger), being anyway noticed that such efficiency of the courts can be subject to an evaluation (Ivory Coast).

Where the suggested strategies are used, like in Congo, the efficiency is measured through the eventual check done by the superior courts in case of appeal.

An interesting idea – proposed by the Gabonese reporter – is that of circulating a questionnaire to the judges and the lawyers in order to determine in which measure these strategies are used, how they are useful to the daily work of legal practitioners and which are the benefits coming out from their eventual use.

LE PROFESSEUR SALVATORE MANCUSO REJOINT LE CABINET JURIFIS CONSULT



Désormais c'est effectif, le Pr Salvatore MANCUSO a rejoint l'équipe de Jurifis Consult en qualité d'Expert Juriste – Consultant Externe et interviendra principalement sur les problématiques du droit OHADA notamment par rapport aux investissements en provenance d'Asie et en particulier de la Chine vers les pays de l'espace OHADA.

Salvatore MANCUSO est né à Palerme (Italie) le 26 Octobre 1963.

Il a obtenu son baccalauréat en Droit à l'Université de Palerme (Italie) et a obtenu un Ph.D. de Droit Comparé de l'Université de Trieste (Italie) avec une spécialisation sur le droit africain.

Il est Professeur de Droit Comparé de l'Université de Macao en Chine.

Salvatore MANCUSO est également Professeur Honoraire de l'Université de Xiangtan en Chine.

Il a été Professeur auxiliaire à l'Université de Trieste, Professeur invité aux Universités de Limoges et de la Réunion, et a donné plusieurs conférences à l'Université de Trento, de Salerne et de Palerme en Italie, de Asmara (Erythrée), de le Ghana - Legon à Accra (Ghana), de l'île Maurice, d'Eduardo Mondlane à Maputo (Mozambique), à Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Cap Vert), à l'Université Nationale de Taipei à Taiwan et en Chine de l'Est, à l'Université des sciences politiques et droit de Shanghai en Chine.

Il a publié et édité des ouvrages et plusieurs articles sur la comparaison avec le droit africain.

Il est membre de l'Académie Internationale de Droit Comparé et du Comité de rédaction de la Revue italienne de droit de l'environnement (*Rivista Giuridica dell'Ambiente*) et de la Revue congolaise de droit et des affaires, et de la Revue de droit uniforme africain.

Il est par ailleurs Avocat, admis au Barreau d'Italie.

Il parle l'anglais, le français, le portugais et l'italien.

Me M. KONATE est intervenu lors du Colloque organisé par Sciences Po Paris le 18 avril 2011

A l'initiative d'étudiants de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris (Sciences Po Paris), un colloque OHADA sponsorisé par ALLEN & OVERY s'est tenu le 18 avril 2011 sur le thème : **Le Droit OHADA comme enjeu dans le développement économique en Afrique.**

Des intervenants de tout premier plan ont animé ce colloque :

- le Professeur **Joseph ISSA-SAYEGH**,
- Monsieur **Philip WOOD**,
- Maître **Barthélémy FAYE**,
- Maître **Alain FENEON**,
- Maître **Simon NDIAYE**,
- Maître **Mamadou KONATE**,
- Monsieur **Lionel YONDO**,
- le Professeur **SAKHO**,
- Madame **Stéphanie KWEMO**.

Il est revenu à Me KONATE d'examiner le sous Thème : **« Défis de l'harmonisation du droit en Afrique : entre risques de conflits de compétences juridictionnelles et nécessaire unification des règles d'exercice professionnel »** qui sera publié en intégralité dans notre prochain numéro.