

**“ Normes ohada et constitutions des Etats membres :
conflit en léthargie ou simple temps mort ? ”**

Emmanuel Kagisye

► **To cite this version:**

Emmanuel Kagisye. “ Normes ohada et constitutions des Etats membres : conflit en léthargie ou simple temps mort ? ”. Document de travail. 2013. <hal-01278202>

HAL Id: hal-01278202

<https://hal-auf.archives-ouvertes.fr/hal-01278202>

Submitted on 23 Feb 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Normes ohada et constitutions des Etats membres : *conflit en léthargie ou simple temps mort ?* »¹

1. L'articulation du droit uniforme et des droits nationaux constitue l'une des questions les plus importantes pour le développement d'un système juridique cohérent, particulièrement dans sa composante normative. A cet égard, la supranationalité des normes ohada consacrée par l'article 10 du Traité OHADA et l'interprétation dont en a fait la Cour commune de justice et d'arbitrage constituent une solution de principe². Malheureusement, force est de constater que la supranationalité de normes ohada ne permet pas de les résoudre tous les conflits entre les normes ohada et les normes internes des Etats membres. C'est le cas de normes constitutionnelles des Etats membres qui peuvent entrer en conflit avec les normes primaires (§1) et les actes uniformes (§2) de l'OHADA.

§1. Le conflit entre Traité OHADA et normes constitutionnelles des Etats membres

2. Depuis leur accession à la souveraineté internationale, tous les Etats membres de l'OHADA disposent des constitutions qui définissent cette dernière comme la « *norme suprême* ». Cette situation pose certainement un problème d'hierarchie entre les normes uniformes de l'OHADA et les normes constitutionnelles des Etats membres. En pratique, les rapports, qu'ils soient conflictuels ou non, entre les engagements internationaux des Etats et les constitutions nationales s'expriment en termes de constitutionnalité. Ainsi, nous aborderons de conflit entre le Traité OHADA et les constitutions des Etats membres sous l'angle de la constitutionnalité du Traité OHADA (A). Nous verrons ensuite que là où cette question s'est posée, les Etats n'y ont apportés que des solutions de fait (B). Ce qui laisse d'actualité, la question de non-conformité du Traité OHADA aux dispositions constitutionnelles de certains Etat membres.

¹ Par Emmanuel KAGISYE, Docteur en Droit, Professeur et Consultant.

² V. nos développements *supra*, n° 66 et s.

A. La constitutionnalité du Traité OHADA

3. Le contrôle de la constitutionnalité des normes internationales n'est en principe efficace que s'il est effectué avant l'introduction du Traité dans l'ordre juridique interne. Ce contrôle préalable n'a pas été effectué dans tous les pays membres de l'OHADA, faute de volonté politique ou du fait même que l'organisation constitutionnelle ne le rend pas obligatoire dans certains pays. Dans les pays où ce contrôle a été effectué, des décisions divergentes ont été rendues. Au Sénégal et au Bénin, les Conseils constitutionnels ont affirmé la constitutionnalité du Traité OHADA (I) tandis qu'au Congo, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions du Traité OHADA³ (II).

I. Le Traité OHADA jugé conforme à la Constitution du Sénégal et du Bénin

4. La lecture du Traité OHADA laisse apparaître que les Etats signataires ont renoncé à une parcelle de leur souveraineté au double plan législatif et judiciaire. Ainsi, par rapport à cet abandon, le Président du Sénégal exerçant une prérogative que lui reconnaît sa Constitution a saisi le Conseil constitutionnel pour lui faire dire si les articles 14 à 16 du Traité de Port-Louis⁴ étaient contraires ou non à la Constitution sénégalaise, spécialement dans ses articles 80 et 82 al.3⁵. Le Conseil constitutionnel sénégalais, dans une décision du 16 décembre 1993⁶, a reconnu qu'en « *conférant compétence à la Cour commune de justice et d'arbitrage, les articles 14, 15 et 16 du Traité réduisent d'autant les attributions de la Cour de cassation telles qu'elles sont définies par l'article 82 alinéa 3 de la Constitution* ». Néanmoins, le Conseil affirme que ce « *dessaisissement de certaines de ses institutions, Cour de cassation, mais aussi l'Assemblée Nationale, n'est ni total ni unilatéral, qu'il s'agit donc, en l'espèce, non pas d'un abandon de souveraineté, mais d'une limitation de compétences qu'implique*

³ La question de la constitutionnalité du Traité OHADA a été également posée à la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo. V. Arrêt R. Const. 112/TSR du 5 févr. 2010, comm. de M. Marcel WETSH'OKANDA KOSO sur <http://ddata.over-blog.com>. L'arrêt en question n'appelle pas d'observations particulières de notre part étant donné que les questions posées à la Cour avaient déjà été posées à d'autres cours constitutionnelles.

⁴ Les articles 14 à 16 confèrent à la Cour commune de justice et d'arbitrage la compétence d'assurer l'interprétation et l'application commune des normes uniformes. Ces dispositions dessaisissent du coup les cours de cassation des Etats membres.

⁵ L'article 80 confère le pouvoir judiciaire aux juridictions limitativement énumérées, tandis que l'article 82 al. 3 confère à la Cour de cassation, le pouvoir de se prononcer par voie du recours en cassation sur les jugements rendus en dernier ressort par les juridictions subordonnées.

⁶ Décision n° 3/C/93 du 16 déc. 1993, *Penant* n°827, 1998, numéro spéciale OHADA, p. 225, note A. SALL; ohadata J-02-30.

tout engagement international et qui, en tant que telle, ne saurait constituer une violation de la Constitution dans la mesure où celle-ci, en prévoyant la possibilité de conclure des traités, autorise, par cela même, une telle limitation de compétences ».

5. Cette décision qui a fait les délices des juristes a été en même temps qualifiée de partisane⁷. En effet, par sa volonté de bâtir l'unité africaine et de donner un coup de pouce à une intégration africaine tant espérée, le Conseil constitutionnel sénégalais a amplifié son raisonnement en affirmant que « *même si les articles soumis à l'examen du Conseil constitutionnel avaient prescrit un véritable abandon de souveraineté, ils ne seraient pas inconstitutionnels pour la raison que le paragraphe 3 du préambule de la Constitution dispose que « le peuple sénégalais, soucieux de préparer l'unité des Etats de l'Afrique et d'assurer les perspectives que comporte cette unité, conscient de la nécessité d'une unité politique, culturelle, économique et sociale, indispensable à l'affirmation de la personnalité africaine, conscient des impératifs historiques, moraux et matériels qui unissent les Etats de l'Ouest africain, décide que la République du Sénégal ne ménagera aucun effort pour la réalisation de l'unité africaine... ».* Pour le Conseil, « *Il s'ensuit que l'OHADA, engagement international en vue de l'unité africaine, serait conforme à la Constitution ».*

6. Le Bénin est le second pays dans lequel la problématique de la compatibilité constitutionnelle du Traité de l'OHADA a été posée à la Cour constitutionnelle avant sa ratification. Saisie sur la question, la Cour constitutionnelle répond que l'introduction du droit communautaire de l'OHADA dans l'ordre juridique béninois, avec toutes ses conséquences institutionnelles, ne mettait pas en péril les principes fondamentaux de l'Etat. L'instance suprême béninoise déclare dans une décision DCC 19-94 du 30 juin 1994⁸ qu'« *un abandon partiel de souveraineté dans le cadre d'un Traité ne saurait constituer une violation de la Constitution dans la mesure où celle-ci à l'article 144, a prévu que le Président de la République négocie et ratifie les Traités et accords internationaux et que ledit Traité se justifie au surplus, par la nécessité de l'intégration régionale ou sous régionale affirmée par le préambule et l'article 149 de la Constitution*». Ainsi, à l'instar de son homologue sénégalais, la Cour constitutionnelle béninoise, ne trouvait dans l'abandon de souveraineté, aucune source de contradiction ou de conflit entre la Constitution béninoise et le Traité

⁷ A.SALL, note sous Décision n° 3/C/93 du 16 déc. 1993, déjà citée.

⁸ Cour constitutionnelle du Bénin, DCC n° 19-94 du 30 juin 1994.

OHADA. Si l'abandon de souveraineté est admis d'une façon quasi automatique dans ces deux pays, il en va autrement au Congo, où la Cour suprême a déclaré l'inconstitutionnalité du Traité de Port-Louis.

B. Le Traité OHADA jugé non-conforme à la Constitution du Congo

7. Conformément à la procédure de ratification des traités prescrite par la Constitution du 15 mai 1992, le Traité de Port-Louis, signé par le Congo le 17 octobre 1993, fut soumis à l'examen du Parlement bicaméral congolais en 1997. Un projet de loi autorisant la ratification du Traité OHADA fut adopté par l'Assemblée Nationale puis par le Sénat dans des termes identiques et loi fut promulguée le 7 mai 1997 par le Président de la République de l'époque. Cependant, cette ligne droite dans la procédure de ratification du Traité OHADA fut brisée par l'irruption de la guerre civile le 5 juin 1997. Au terme de celle-ci, sortirent un nouveau régime et une nouvelle Constitution : l'Acte fondamental du 24 octobre 1997. Ce nouveau texte, était manifestement en retrait par rapport aux principes d'intégration fixés par sa devancière du 15 mai 1992⁹. De même, les conséquences de ce drame politique sur le fonctionnement de la machine administrative du pays furent désastreuses: dysfonctionnement de l'administration, dossiers perdus... et parmi lesquels la loi du 7 mai 1997 portant autorisation de ratification du Traité OHADA. Ainsi, après la mise en place d'un nouveau parlement monocaméral, une nouvelle procédure de ratification fut enclenchée. La Cour suprême fut saisie, avant examen par le Conseil national de transition pour apprécier la conformité du Traité OHADA à l'Acte fondamental.

8. Tranchant manifestement avec la position adoptée par les autres juridictions constitutionnelles ayant déclaré conformes à leurs constitutions ces mêmes dispositions, la Cour suprême du Congo, dans l'Avis n°37/CS/98 du 1^{er} octobre 1998, déclare que « *les dispositions des articles 14, alinéas 3, 4 et 5, 15, 16, 18, 20, 25, alinéa 2 du Traité OHADA ne sont pas conformes à l'Acte fondamental du 24 octobre 1997, notamment en ses articles 71 et*

⁹ Sous l'empire de la Constitution de 1992, les questions liées à la conformité à la Constitution des traités relatifs à l'intégration ne soulevaient pas de difficultés particulières. L'article 177 disposait en effet que « *la République du (...) peut conclure des accords d'association avec d'autres. Elle accepte de créer avec ces Etats des organismes intergouvernementaux de gestion commune, de coordination, de libre coopération et d'intégration* ». Cette position de principe était en outre confortée par le préambule de la Constitution qui réitérait le souci du peuple congolais de « *poursuivre la création de grands ensembles économiques sous régionaux* ».

72 »¹⁰. Autrement dit, ces dispositions du Traité OHADA sont déclarées contraires et en conflit avec l'Acte fondamental, en ce qu'elles portent atteinte à la souveraineté et à l'indépendance nationale du Congo. L'avis de la Cour suprême pointe du doigt notamment les procédures et mécanismes prévus devant la Cour commune de justice et d'arbitrage, en ce qu'ils occasionnent un transfert de compétences de cassation de la Cour suprême au profit d'une juridiction supranationale, et retirent la fonction d'exequatur des sentences arbitrales aux juridictions nationales. Selon la Cour, l'exercice du pouvoir judiciaire est l'expression de la souveraineté et de l'indépendance nationales, fonctions constitutionnellement réservées aux juridictions nationales par l'article 71 de l'Acte fondamentale de l'Etat. Une logique classique selon laquelle la fonction de juger est un pouvoir régalien intransmissible et non négociable¹¹.

9. Finalement, le conflit entre le Traité portant harmonisation en Afrique du droit des affaires et la Constitution congolaise fut résolu d'une manière purement factuelle, ou plutôt fut éludé. Manifestement embarrassées, les autorités congolaises ont choisi de se retourner vers la loi du 7 mai 1997, miraculeusement retrouvée, pour déposer les instruments de ratification du Traité OHADA¹². Mais alors, devrait-on considérer que l'avis du 1^{er} octobre ne procédait purement que d'une méprise et lui retirer toute autorité de la chose jugée reconnue aux décisions des juridictions constitutionnelles ? Ou faire comme si la Cour n'avait jamais été saisie comme dans certains Etats membres ? De toute évidence, il nous semble que les conflits entre le Traité OHADA et les constitutions des Etats parties n'auraient trouvé que des solutions de fait, soit qu'ils soient simplement passés sous silence, soit qu'ils sont éludés.

II. Absence de solutions au conflit entre le Traité OHADA et les constitutions des Etats membres

10. Les conflits entre le Traité OHADA et les constitutions des Etats membres ont porté surtout sur l'abandon par les Etats parties au Traité de Port-Louis d'une partie de leur

¹⁰ Cour suprême du Congo, Avis n° 37/CS/98 du 1^{er} oct. 1998, note de J.M. MASSAMBA, *Penant* n°838 janv.-mars 2002, p.116 ; note de P. MOUDOUDOU, *Penant* n° 838, janv.-mars 2002, p.116 ; ohadata J-02-29.

¹¹ H. TCHANTHOU, *op.cit.*, p.259.

¹² Le Congo a déposé les instruments de ratification en date du 18 mai 1999. Le Traité OHADA est entré vigueur le 17 juil. 1999.

souveraineté au profit d'une instance régionale et supranationale¹³. Cet abandon se traduisait, d'une part, par la limitation de la compétence des cours de cassation obligées de céder la connaissance des litiges portant sur le droit ohada à la Cour commune et, par le dessaisissement des organes législatifs nationaux ne devant plus connaître tout un pan législatif ressortissant constitutionnellement de son domaine, d'autre part¹⁴. Pour y remédier, dans la plupart des pays membres de l'OHADA où les constitutions ne se prêtent pas ou se prêtent mal au transfert de ces compétences, ce conflit est soit passé sous silence (A) soit purement et simplement éludé (B).

A. Le conflit entre Traité OHADA et constitutions nationales passé sous silence.

11. La quasi-totalité des Etats membres de l'OHADA prévoient dans leurs systèmes juridiques un contrôle préalable de la conformité constitutionnelle des traités avant leur ratification. Dans certains pays comme le Gabon et le Mali, cette vérification est obligatoire. Elle l'était également dans l'ancienne Constitution congolaise du 15 mars 1992. Curieusement, tous ces pays ont ratifié le Traité OHADA de 1993 sans que cette formalité soit accomplie¹⁵. Les lois fondamentales des autres pays membres de l'OHADA laissent aux autorités compétentes la liberté de présenter ou pas, les traités en voie de ratification à l'organe en charge du contentieux constitutionnel, afin que celui-ci vérifie leur conformité à la Constitution. Usant de cette faculté les autorités politiques de ces pays en ont profité pour esquiver les conflits éventuels entre leurs constitutions et le Traité OHADA. Dans l'ensemble, du moins pour le Traité originaire, les ratifications ont été accomplies, sauf dans les pays ci-haut mentionnés, sans le contrôle préalable de constitutionnalité par une cour supérieure.

12. Si les pouvoirs politiques n'avaient pas opté pour cette facilité constitutionnelle, il est certain que le Traité de Port-Louis aurait suscité des conflits avec les constitutions nationales dans plusieurs Etats membres. A titre d'exemple, l'inconstitutionnalité aurait bien pu être

¹³ V. à ce sujet G. D. KENFACK, « L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA », *Penant* n°830, mai-août 1999, p.125 et s.; J.P. RAYNAL, « Intégration et souveraineté : le problème de la constitutionnalité du Traité OHADA », *Penant* n°832, 2000, p.5 et s.

¹⁴ F. ANOUKAHA, « L'OHADA en marche », *Annales de la Faculté de droit de Dschang* 2002, p.7 ; ohadata D-04-36.

¹⁵ Le Traité OHADA révisé à Québec doit être ratifié également selon les procédures constitutionnelles de chaque Etat membre. Etant donné que ces procédures de ratification ne sont pas encore accomplies dans la plupart des Etats, nous ne pouvons pas actuellement procéder à une analyse complète des procédures de ratification.

invoquée dans certains Etats membres à propos de la langue de travail de l'OHADA. En effet, l'ancien article 42 du Traité originel prévoyait que *la langue de travail est le français*. Or, il est des Etats signataires du Traité ou y ayant adhéré qui ont d'autres langues de travail, consacrées par leurs Constitutions. C'est le cas de la Guinée Bissau qui a pour langue officielle le Portugais. Il est également des Etats membres qui ont plusieurs langues de travail. C'est le cas du Cameroun. L'article 1^{er} de la Constitution du 2 juin 1972, en vigueur à l'époque, prévoyait que « *les langues officielles de la République Unie du Cameroun sont le français et l'anglais* ». La version révisée le 18 janvier 1996 telle que modifiée à ce jour insiste davantage sur ce bilinguisme en précisant que l'anglais et le français sont des langues officielles « *d'égale valeur* » et que l'Etat s'engage à promouvoir le bilinguisme sur toute l'étendue du territoire. Ainsi, aux yeux de certains auteurs, l'article 42 du Traité heurtait de front ces dispositions constitutionnelles de ces Etats¹⁶. Si ce conflit est passé sous silence en ne posant pas le problème de la compatibilité devant les juridictions constitutionnelles, il a été aussi éludé en relativisant, voire en ignorant l'autorité de la chose jugée des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles.

B. Le conflit entre Traité OHADA et constitutions nationales éludé.

13. Dans la plupart des ordres juridiques des pays membres de l'OHADA, les décisions des juridictions constitutionnelles, lorsqu'elles statuent sur la conformité de la constitution à un engagement international, ne sont successibles d'aucune voie de recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives, militaires et juridictionnelles ainsi qu'à toute personne physique et morale¹⁷. On dit qu'elle bénéficie de l'autorité absolue de la chose jugée. D'une manière générale, la force exécutoire de la décision d'une juridiction constitutionnelle, en cas de déclaration de l'inconstitutionnalité d'un texte de droit international, oblige l'Etat soit à modifier sa constitution avant la ratification du traité en

¹⁶ V. not. T. NAY FUASHI, « The constitutionality of the OHADA treaty : Let's discuss its application in the english speaking provinces », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol.1, n° 2, 2000, p. 141 et s. Pour une position nuancée, v. H. TCHANTHOU, *op.cit.*, p.266. Ce dernier distingue la « *contrariété* » d'un « *simple décalage* » entre traité et constitution. Ainsi par exemple, l'article 42 du Traité originaire était compatible mais posait seulement un problème d'adéquation constitutionnelle. Pour des considérations générales v. J.ISSA-SAYEGH, « Réflexions sur l'article 42 du Traité de l'OHADA », *ohadata D-02-19*.

¹⁷ V. à titre d'exemple l'article 149 de la Constitution congolaise de 1992 stipulait que « *les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités publiques, judiciaires et aux particuliers* ».

cause, soit à se rétracter de l'engagement international, dans son intégralité ou par clause de réserve sur les dispositions jugées incompatibles avec sa constitution¹⁸.

14. Dans ces conditions, et devant la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions du Traité OHADA, il ne restait plus aux autorités d'un pays où le Traité OHADA est jugé inconstitutionnel que deux voies de droit : soit modifier la Constitution, soit se désengager purement et simplement du Traité OHADA, dès lors qu'aucune possibilité de réserve n'était ouverte par ledit Traité¹⁹. Ce fut à ce dilemme que fut confronté la Cour suprême du Congo. Dans son Avis susmentionné²⁰, la Cour considérait « *qu'il convenait, avant la mise en œuvre de la procédure constitutionnelle de ratification du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, que fut d'abord révisé l'Acte fondamental du 24 octobre 1997, essentiellement en ses articles 71 et 72* ». Cependant, elle s'empressa de constater qu' « *l'Acte fondamental du 24 octobre 1997 ne prévoit pas les mécanismes de sa propre révision* ». D'où l'option prise par la Cour, de juger purement et simplement le Traité OHADA non conforma à l'Acte fondamental.

De l'avis de la doctrine, cette position défavorable de la Cour suprême se situait à contre-courant des principes dynamiques de la conciliation de la souveraineté avec les traités d'intégration en Afrique²¹. Reprenant une jurisprudence dépassée²², l'Avis constituait une entrave à l'entrée en vigueur du Traité OHADA au Congo et une menace de blocage d'autant

¹⁸ En France, lorsque les Traités de Maastricht et d'Amsterdam furent déclarés non-conformes à la Constitution par les décisions du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992 et du 31 déc. 1997, le Constituant français, pour permettre la ratification de ces Traités, a choisi d'inscrire dans la Constitution l'appartenance de la France à l'Union et aux Communautés européennes et plus précisément les dispositions des traités préalablement jugées non conformes. V. à cet effet les lois constitutionnelles n°92-554 du 25 juin 1992 et n°99-49 du 25 janv. 1999 constitutionnalisant respectivement certaines dispositions du Traité de Maastricht et celles du Traité d'Amsterdam.

¹⁹ L'utilisation de la technique de réserve peut être une solution pour contourner une contrariété entre un engagement international et la constitution d'un pays. Or, il s'avère que l'article 54 du Traité OHADA dispose qu' « *aucune réserve n'est permise au présent Traité* ». Ce qui fait que le recours aux « réserves » était impossible.

²⁰ Avis n°37/CS/98, déjà cité.

²¹ Cet Avis a été vivement critiqué par la doctrine. V. not. B. BOUMAKANI, « La Constitution congolaise et le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, A propos de l'avis de la Cour suprême du 1^{er} oct. 1998 », *Penant* n°836, 2001, p.202 et s. ; P. MOUDOUDOU, *op.cit.*, p.9-10 ; J.-P. RAYNAL, « Intégration et souveraineté : le problème de la constitutionnalité du Traité OHADA », *op.cit.*, p.5-22.

²² En France, v. Conseil constitutionnel, décision n° 76-71 du 30 déc. 1976, *Rec. P.15, RJC-I*, 41.

plus sérieuse que l'Acte fondamental ne prévoyait aucune disposition relative à sa révision²³. Véritablement embarrassées, et face au retard accusé par le Congo dans la ratification du Traité OHADA, les autorités congolaises ont choisi une solution de fait en méconnaissant l'autorité de la chose jugée à l'Avis de la Cour suprême²⁴. Ayant retrouvé la loi de 1997, elles se sont basés sur cette dernière pour déposer les instruments de ratification du Traité OHADA le 18 mai 1998. Le Traité est entré en vigueur au Congo le 17 juillet 1999.

15. En ignorant l'avis de la Cour suprême pour déposer les instruments de ratification, les autorités congolaises cautionnaient l'idée que se sont fait certains auteurs de l'autorité relative de la chose jugée des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles en Afrique²⁵. Aujourd'hui cette question semble close, d'autant plus que le Congo s'est doté depuis 2002, d'une nouvelle constitution, situation par ailleurs confortée par l'idée d'une immunité constitutionnelle des traités communautaires définitifs²⁶. En vertu de cette théorie, le juge constitutionnel doit contrôler les traités par rapport à la constitution avant leur ratification. Il n'a plus compétence une fois les traités ratifiés et entrés en vigueur, pour les écarter quand bien même ils les estimeraient non conformes à la constitution. Cette théorie jurisprudentielle devrait s'appliquer au Traité OHADA dont l'écran bénéficierait aux normes dérivées de l'OHADA, qui peuvent se retrouver également en contradiction avec une disposition constitutionnelle d'un pays membre.

§2. Le conflit entre actes uniformes et normes constitutionnelles

16. Si la question de la constitutionnalité du Traité OHADA a été soulevée *a priori* ou *a posteriori* à son entrée en vigueur dans certains Etats membres, il n'en a pas été de même pour ce qui concerne les actes uniformes. Dans tous les Etats membres, dès lors que le Traité est entré en vigueur, l'application des actes uniformes s'en est suivie, comme si ceux-ci ne sauraient faire objet d'un contrôle de constitutionnalité. Cependant, force est de constater que

²³ Pour une position nuancée sur la question de la révision de l'Acte fondamental, v. B. BOUMAKANI, « La Constitution congolaise et le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, A propos de l'avis de la Cour suprême du 1^{er} oct. 1998 », *op.cit.*, p. 202 et s.

²⁴ Il faut rappeler qu'à cette époque, le Traité OHADA était déjà en vigueur dans certains Etats membres.

²⁵ V. spéc. E.C. FOUMANZE, « L'indépendance des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone et à Madagascar », *Juridis périodique*, n° 57, janv.-mars 2004, p.93 et s.

²⁶ F. CHALTIEL, « L'application du droit pour le juge national » in : *Mélanges en hommage à Guy ISAAC, 50 ans de droit communautaire*, Economica, t.2, 2004, p. 846.

les actes uniformes ou les règlements de l'OHADA peuvent contenir des dispositions qui heurtent les constitutions nationales des Etats membres particulièrement les droits fondamentaux et les libertés publiques garanties par ces constitutions. Il n'est donc pas futile de se demander ce qu'il adviendrait si une partie au procès invoquait l'inconstitutionnalité d'une norme uniforme. Après avoir examiné le cas de conflit entre actes uniformes et les normes constitutionnelles (A), nous envisagerons quelques pistes de possibles qui ont été envisagées (B).

A. Contrariété entre actes uniformes et normes constitutionnelles

17. Il convient d'abord de clarifier les termes du conflit entre les actes uniformes et les normes constitutionnelles (I) avant de donner un exemple de conflit entre les actes uniformes et les normes constitutionnelles (II).

I. Les termes du conflit entre actes uniformes et normes constitutionnelles

18. Résultant d'une pratique communautaire courante, l'article 10 du Traité OHADA postule la primauté des actes uniformes sur « *toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». Mais, que faut-il entendre par cette formule ? Les dispositions internes visées concernent – elles également les constitutions des Etats membres ou seulement les actes législatifs et infra législatif ? Ou encore quelle est la place des autres normes dérivées de l'OHADA notamment les Règlements et les décisions?²⁷ Le Traité reste muet à ce sujet. Cependant, d'aucuns pourraient s'interroger sur la possibilité d'une contrariété entre un acte uniforme et une loi fondamentale. Il est vrai que leurs domaines d'application semblent théoriquement différents et distants : le droit uniforme déterminant les règles du droit des affaires tandis que la Constitution se charge de déterminer les règles de fondement de l'autorité étatique, de ses institutions et de fonctionnement des pouvoirs publics. Néanmoins, en donnant des pouvoirs à l'autorité étatique, la loi fondamentale lui impose aussi des limitations, en particulier en garantissant des droits et libertés aux sujets et citoyens. Or, il n'est pas exclu de voir un acte uniforme de l'OHADA étendre ses effets sur ces droits et libertés garanties par la Constitution.

²⁷ Les normes dérivées de l'OHADA sont constituées par les actes uniformes, les règlements et les décisions. Nous insisterons davantage sur les actes uniformes, étant donné qu'ils constituent le véritable droit uniforme.

19. Ainsi, dans l'hypothèse de conflit entre un acte uniforme ou un règlement avec la Constitution à l'occasion de l'examen ou de l'exequatur d'une affaire, le juge national compétent sera amené à faire prévaloir soit sa Constitution, soit la norme uniforme ohada. Précisons à cet effet que ce conflit entre les normes dérivées de l'OHADA et les diverses constitutions des Etats membres peut se poser soit devant le juge du fond, lorsqu'une partie au procès invoque l'inconstitutionnalité d'une disposition d'un acte uniforme ou d'un règlement de l'OHADA, soit devant le juge constitutionnel. En droit communautaire européen, la Constitution en conflit avec le droit communautaire finit toujours par prendre le dessus, étant donné qu'au bout du compte, ce sont les juridictions nationales qui ont le dernier mot de compétence dans l'application du droit européen²⁸. En droit OHADA, la Cour commune de justice et d'arbitrage qui interprète et applique le droit de l'OHADA décide en dernier ressort de la primauté du droit uniforme. Néanmoins, l'exécution des arrêts rendus par cette juridiction supranationale relève de la compétence des autorités judiciaires des Etats membres, lesquelles sont également tenues par le devoir de respect des normes constitutionnelles. Ainsi, on peut se demander si le juge nationale ne pourrait refuser d'exécuter le jugement rendu en violation de sa constitution, comme l'a tenté un juge camerounais.

II. Exemple de conflit entre actes uniformes et normes constitutionnelles

20. L'existence de conflit entre actes uniformes et constitutionnelles peut être illustrée l'affaire *Ankian Fombin Sebastian*²⁹. Certes c'est un cas considéré comme isolé mais assez

²⁸ En France, v. les arrêts *Arcelor atlantique et Lorraine*, les arrêts *Sarran* et *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*. Dans l'affaire *arcelor Antlantique et Lorraine*. Une directive communautaire relative aux quotas d'émission de gaz à effet de serre est adoptée le 13 oct. 2003. Cette directive est transposée en droit interne par une ordonnance du 15 avril 2004 et ses modalités d'application sont fixées par un décret d'application adopté le 19 août 2004. En effet, la transposition des directives est une exigence constitutionnelle découlant de la participation de la République française aux Communautés européennes et à l'Union européenne d'après l'article 88-1 de la Constitution. La société Arcelor Atlantique et Lorraine, entreprise du secteur sidérurgique, est affectée par ce décret. C'est pourquoi, elle demande l'abrogation de l'article premier du décret au Président de la République, au Premier Ministre, au Ministre de l'écologie, et au Ministre délégué à l'industrie. Elle invoque pour cela l'existence de dispositions inconstitutionnelles dans le décret d'application, étant donné que la Constitution est supérieure aux traités internationaux, d'après l'article 55 de la Constitution. Par les *arrêts Sarran* (30 oct. 1998) et *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique* (3 déc. 2001), le Conseil d'Etat avait affirmé la primauté de la Constitution sur le droit communautaire. Ainsi, il devrait logiquement pouvoir procéder à un contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires de transposition d'une directive communautaire. En réalité, les décrets de transposition se bornent souvent à reprendre à l'identique les dispositions des directives, un tel contrôle revient à contester, indirectement, la constitutionnalité de la directive elle-même - acte qui émane d'une autorité autre que l'autorité nationale.

²⁹ *Ankian Fombin Sebastian c/ Foto joeseph and borthers*, suit n° HCK/3/96 of 6th january 2000, non publié.

instructif. Dans cette affaire, un juge camerounais, suivant une doctrine de la partie anglophone du Cameroun³⁰, a affirmé que le Traité OHADA et les actes uniformes ne sont pas applicables au Cameroun pour cause d'inconstitutionnalité. Cette jurisprudence est restée isolée car la Cour suprême du Cameroun et la Cour commune de l'OHADA l'ont implicitement condamnée en faisant valoir systématiquement, sur le territoire du Cameroun, les normes juridiques de l'OHADA. Elle est davantage aujourd'hui dépassée du fait de la révision du Traité OHADA spécialement l'article de 42, disposant que « *le Français, l'Anglais, l'Espagnol et le Portugais sont les langues de travail de l'OHADA* »³¹. Néanmoins, la question juridique soulevée garde son intérêt : quid d'un acte uniforme qui serait considéré par une partie au procès comme non-conforme à la constitution d'un Etat membre?

21. La pratique ohada, outre l'exemple finalement marginalisé ci-dessus cité, ne nous donne pas d'autres exemples. En revanche, deux autres arrêts, concernant un droit unifié comme celui de l'OHADA nous interpellent et peuvent nous éclairer. Il s'agit d'abord de l'arrêt n° 2002-14/CC du 4 septembre 2002 de la Cour constitutionnelle du Niger³². Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a jugé que « *les dispositions des articles 229 et 257 à 266 du Code CIMA ...contreviennent aux principes du pouvoir et de l'indépendance des juges, du droit de chacun à un procès équitable et de l'égalité des victimes devant la loi* ». Il s'agit ensuite de la décision n°003 du 9 juin 1998 de la Cour constitutionnelle de la Centrafrique³³. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a jugé que « *le Code CIMA a violé le principe d'égalité entre les êtres humains et les principes fondamentaux de l'ordre public interne centrafricain ... En conséquence, les dispositions des articles 259,260, 264 ... doivent être déclarées non conformes à la Constitution comme violant le principe d'égalité* ». Des pareilles allégations contre le Code CIMA pourraient également être soulevées contre les actes uniformes. Les

³⁰ V. Spéc. A. MUNA, « Is OHADA a common law friendly ? », communication au séminaire de Buéa des 18 et 19 sept. 2003 sur l'applicabilité du Traité OHADA au Cameroun ; M. SIMOTUMNDE, « Convergence of laws : Example of OHADA –The cameroon experience », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, 2002, t. 6, p.23 et s. ; J.-N. TEMGAH, « Organisation for harmonisation of business law in Africa : prospects and challengers », *Juridis périodique*, n° 44, 2000, p.87 et s. ; J.-N. TEMGAH, « The legal system on trial in Cameroon : Implementing the OHADA Treaty in anglophone Cameroon », *Juridis périodique*, n°47, 2001, p. 86 et s. ; E. EKOME, « Reflecting on applicability of OHADA in anglophone Cameroon », *Juridis périodique*, n°61,2005, p.75 et s. ; J. GATSI, « L'applicabilité du droit OHADA dans la partie anglophone du Cameroun », *Revue trimestrielle de droit des activités économiques*, oct.-déc. 2006, p.3 et s.

³¹ Article 42 du Traité OHADA révisé.

³² Cour constitutionnelle du Niger, l'arrêt n° 2002-14/CC du 4 sept. 2002, Requête Ousmane Garba et Tanimoune Abdou, obs. J.ISSA-SAYEGH, ohadata J-02-203.

³³ Cour constitutionnelle de Centrafrique, décision n°003 du 9 juin 1998, note sous arrêt M. N'DJAPOU, *Penant* n°829, 2001, janv.-avril 1999, p.86 et s.; ohadata J-02-63 ; ohadata J-02-78.

deux législations uniformes possèdent en effet les mêmes caractéristiques. Mais en l'absence d'une solution certaine, quelques pistes de solutions ont été envisagées.

B. Quelques pistes de solutions au conflit entre actes uniformes et normes constitutionnelles

22. De l'avis de certains auteurs, les actes uniformes devraient bénéficier d'une *présomption de constitutionnalité* et jouiraient d'une véritable *immunité constitutionnelle* (I). Pour d'autres par contre, on devait plutôt procéder à la révision de la constitution en cas de contrariété entre celle-ci et un acte uniforme (II).

I. La présomption de constitutionnalité des actes uniformes

23. Face au conflit éventuel entre les actes uniformes et les constitutions, certains auteurs sont d'avis que, les actes uniformes, formant le droit substantiel OHADA, étant d'application directe et obligatoire dans les Etats parties, échappent complètement au contrôle de constitutionnalité³⁴. Pour ces auteurs, ce contrôle ne peut se faire que *a priori* lors de l'examen des projets d'actes uniformes par les différentes commissions nationales en premier ressort ou en dernier ressort par le Conseil des Ministres des Finances et de la Justice des Etats membres, véritable organe législatif de l'OHADA. Ainsi, les actes uniformes de l'OHADA doivent bénéficier d'une « *présomption de constitutionnalité* », véritable « *immunité constitutionnelle* »³⁵ ou d'un « *acquis constitutionnel par définition des normes originaires* »³⁶. De la conformité du Traité OHADA aux constitutions nationales, l'on déduit celle des actes uniformes aux mêmes lois fondamentales. Cette solution participant à la théorie de l'immunité des traités définitifs favoriserait la sécurité juridique dans l'espace ohada. Il en serait autrement si on devait procéder chaque fois à la révision des constitutions en cas de contrariété.

³⁴ En ce sens V. spéc. F. ANOUKAHA, « L'OHADA en marche », *op.cit.*, p.4 ; P. D. POUGOUE, « OHADA, instrument d'intégration juridique », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol 2, n° 2, 2001, p.11 et s ; P. NGUIHE KANTE, « Le domaine d'application du nouveau droit des sociétés commerciales de l'OHADA », ohadata D-04-41, note 30. *Contra*, v. G. M. NAHM-TCHOUGLI, « Le juge constitutionnel face aux normes communautaires », en ligne sur http://www.courconstitutionnelle.tg/cour/?page_id=1235 (consulté le 21 oct. 2012).

³⁵ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, coll. Droit fondamental, PUF, Paris, 1997, p.290.

³⁶ M. DARMON, « Juridictions constitutionnelles et droit communautaire », *RTDE*, 1988, p.229.

II. La révision des normes constitutionnelles en cas de contrariété.

24. La question de la contrariété entre normes reçoit des assertions de solutions identiques en droit international classique ou en droit communautaire. La théorie générale de l'ordre international (classique et communautaire) procède par la classification des normes et trouve la solution à la contrariété en fonction du rang des normes en concurrence. Cette solution fondée sur la hiérarchie des normes peut paraître à certains égards incompatible avec le système ohada dont « *la philosophie générale d'intégration semble reposer sur un droit constitutionnel communautaire* »³⁷.

Ainsi, pour U. BEBENGENO, tout conflit entre les actes uniformes de l'OHADA et la constitution d'un Etat membres devrait être résolu par la révision de la Constitution. S'appuyant sur l'engagement communautaire de chaque Etat partie et la nature internationale d'un acte uniforme, U. BEBENGENO souligne que cette solution est de nature à responsabiliser les acteurs étatiques participant à la procédure de législation communautaire. En effet, il est donné à chaque pays la possibilité de ne pas adopter un acte uniforme qui violerait sa constitution. Le veto opposé aboutissant à la non adoption de l'acte uniforme, étant donné que l'unanimité est requise pour qu'un acte uniforme soit adopté.

En tout état de cause, la solution au conflit entre un acte uniforme et une constitution d'un Etat membre reste incertaine. Une jurisprudence ultérieure apportera peut-être plus de lumière.

³⁷ U. BABENGENO, « De la contrariété entre les actes uniformes et les constitutions des Etats membres de l'OHADA », *op.cit.*, p.76