

## **International Law FORUM du droit international**

---

### **Volume 3, No. 3, August 2001**

<b>Editorial</b>	149
<b>In the News / Actualité</b>	
CATHERINE CISSÉ / Naissance de l'Union africaine	151
<b>Recurring Themes / Thèmes récurrents</b>	
<i>L'unification du droit des affaires en Afrique grâce à l'OHADA</i>	
CATHERINE KESSEDJIAN / Introduction	153
JOSEPH ISSA-SAYEGH / L'OHADA: Bilan et perspectives	156
MARC FRILET / L'OHADA ou l'harmonisation du droit des affaires en Afrique	163
AKERE T. MUNA / Is OHADA "Common Law Friendly"?	172
PHILIPPE FOUCHARD / L'arbitrage dans l'OHADA	180
<b>Work in Progress / Travaux en cours</b>	
JUTTA BRUNNÉE and STEPHEN J. TOOPE / Interactional International Law	186
CATHERINE KESSEDJIAN / Session diplomatique de la Conférence de droit international privé	193

*The opinions expressed herein are those of the authors and  
do not necessarily reflect the views of the  
International Law Association.*

## **Editorial**

---

### **Vol. 3, No. 1**

Our focus in this issue of FORUM is mainly on Africa, with the Recurring Themes section devoted to an examination of the underlying principles and the workings of OHADA, the Organisation for the Harmonisation of African Business Law. As Catherine Kessedjian points out in her Introduction, a stable legal framework is an absolute precondition for the encouragement of investment and the advancement of development. OHADA aims to lay the foundations for economic development by securing greater monetary stability and legal integration among its members. Despite the organisation's name, its objective is in reality more ambitious than harmonisation – it is unification. Funded by the UNDP and underpinned by four permanent institutions, OHADA has made considerable progress in working towards the elaboration of legal norms encompassing the main fields of commercial relations. It is, as Marc Frilet points out in his largely optimistic assessment of its achievements to date, a working reality, fulfilling a need made urgent by the failure of national legal systems, up until now, to develop a sufficiently certain legal framework for business transactions. Joseph Issa-Sayegh, looking to the future, highlights areas of possible conflict in the fields of insurance and intellectual property law, where existing regional bodies have already created norms which have direct application. Philippe Fouchard welcomes the OHADA dispute resolution regime as providing the first common and credible African arbitration system, with powers to interpret the uniform law as well as decide commercial disputes, drawing its strength from the twin foundations of the freedom of the parties and the certainty of the process.

There has been much debate about whether the 'legal curtain' in Africa between the Francophone, civil law countries and the Anglophone common-law based jurisdictions will be reinforced or weakened by the work of OHADA. It is clear that, at least in the past, regional integration has been inhibited by the persistence of this bifurcated colonial legal and linguistic heritage. While membership of OHADA is open to all members of the OAU, the overwhelming majority of the sixteen states who have so far ratified the treaty are members of the Francophone African community, with predominantly civil-law based systems, and French is the official language. Akere T. Muna looks at some of the factors bearing upon the expansion of membership : how flexible in practice will OHADA's institutions be in accommodating the common law countries? It emerges from these four contributions that, in addition to the input from a team of lawyers from the American

Bar Association, tried and tested international instruments familiar to common lawyers, such as the UN Convention on the International Sale of Goods and the ICC Rules of Arbitration, have had a strong influence on the content of the laws and rules adopted by OHADA in its early stages. If OHADA is to fulfil its promise and achieve wider acceptance, the time for the common-law legal community to assume its role and make its contribution is now.

Writing on the theme of interactional international law, in our 'Work in Progress' section, Jutta Brunnée and Stephen J. Toope describe their research into identifying the characteristics that make international law 'binding', prompted by their observation of the processes and frameworks that have contributed towards cooperation in the Nile Basin freshwater regime.

Our next issue will be devoted to the future of Europe, which we will examine from a structural and constitutional perspective as the European Union stands on the threshold of expansion. As always, we welcome your ideas and contributions.

## In the News / Actualité

---

### Naissance de l'Union africaine

Si l'Organisation de l'unité africaine (OUA) née en 1963 au lendemain des indépendances compte à son actif la lutte contre le régime de l'apartheid et la fin du colonialisme ou encore le lancement en 1991 de la Communauté économique africaine, son bilan reste mitigé. L'institution n'a pas réussi notamment à s'imposer sur le terrain de la prévention, la gestion et le règlement des conflits.

C'est dans ce contexte de crise qu'a été instituée une nouvelle organisation – l'Union africaine- appelée à remplacer définitivement l'OUA après une année de transition. Adopté lors du 36ème sommet de l'OUA, le 12 juillet 2000 à Lomé, l'Acte constitutif de l'Union africaine est entré en vigueur le 26 mai 2001 après ratification des deux tiers des pays membres.

L'Union africaine est ainsi née d'un constat – l'Afrique est de plus en plus marginalisée sur la scène économique et politique alors que la mondialisation est en plein essor.

Face à ce déclin, les pays membres ont choisi la voie de l'intégration politique et économique en instituant une Union africaine.

L'Union africaine a vu le jour à Syrte (Libye) en 1999 sous l'impulsion du chef d'Etat libyen qui voulait transformer l'OUA en véritable Etats-Unis d'Afrique. Ce projet de fédération africaine s'est heurté d'emblée aux réserves exprimées par de nombreux Etats membres qui l'ont jugé beaucoup trop ambitieux . Certains aussi n'ont pas manqué de s'interroger sur les motivations réelles du chef d'Etat libyen qui n'avait jusque-là jamais brillé pour son panafricanisme ni son respect des droits de l'Homme. Le Secrétariat a été chargé de préparer le projet final dans ce contexte d'affrontement idéologique.

C'est finalement une Union édulcorée qui a été retenue, calquée sur le modèle de l'Union européenne. A cet égard, on peut s'interroger sur la viabilité d'un tel modèle pour 53 pays au moment même où la perspective de l'élargissement oblige l'Europe à revoir son mode de fonctionnement.

Plutôt que de créer une entité souveraine, les rédacteurs du Traité de Lomé ont opté pour une accélération de l'intégration politique et socio-économique du continent africain.

L'Union africaine sera dotée d'un organe suprême, la Conférence, composée des chefs d'Etat et de gouvernement et d'une Commission dont la structure et les compétences seront déterminées par la Conférence de l'Union. Elle comptera également un Conseil des Ministres, un Parlement, une Banque Centrale, un Conseil

économique et social et une Cour de Justice. Le statut, la composition et les attributions de ces organes seront ultérieurement définis dans des protocoles.

La constitution de l'Union africaine marque une étape importante dans la construction de la paix et de la démocratie en Afrique. Ce sera inévitablement un lent processus qui nécessitera, à l'instar de l'Union européenne, une volonté politique persistante et des ressources adéquates.

CC

## **Recurring Themes / Thèmes récurrents**

---

### **Introduction**

CATHERINE KESSEDJIAN

Quand un pays cherche les moyens de réussir un développement harmonieux et durable, ceux à sa disposition sont multiples. On pense d'abord à l'exploitation rationnelle et raisonnable de ses ressources naturelles. Ses ressources humaines sont aussi un facteur fondamental. Une bonne éducation, une société en paix dans un environnement stable sont notamment le gage d'une économie pouvant assurer un niveau de vie satisfaisant. Une composante peut encore être ajoutée aux facteurs énoncés : un système juridique prévisible et compréhensible par les citoyens pour l'encadrement de leurs activités sociales et économiques. C'est cette dernière composante qui a été au cœur de la réflexion pour la création de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA)<sup>1</sup>.

Depuis de trop longues années maintenant<sup>2</sup> l'Afrique a souffert d'un déficit d'investissement et donc de développement. La réflexion des Etats Membres de l'OHADA sur les raisons de ce déficit les a amenés à la conclusion que leurs systèmes juridiques n'étaient pas forcément adéquats pour donner aux investisseurs la confiance indispensable pour que leurs opérations économiques se déroulent dans de bonnes conditions. Mais au lieu de procéder de manière isolée, chacun pour soi, les Etats Membres de l'OHADA ont décidé de créer une structure d'unification du droit des affaires en créant une organisation stable et permanente dotée de quatre institutions (Le Conseil des Ministres de la justice et des finances<sup>3</sup>, le Secrétariat permanent<sup>4</sup>, la Cour commune de justice et d'arbitrage<sup>5</sup> et l'Ecole régionale de la Magistrature<sup>6</sup>) et en adoptant des Actes uniformes sur les matières les plus

<sup>1</sup> Crée par le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis, Sénégal, l'OHADA compte aujourd'hui 16 Etats Membres : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Côte d'Ivoire, Congo, Comores, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée-Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

<sup>2</sup> Ce phénomène s'est gravement accentué avec la chute du mur de Berlin en 1989.

<sup>3</sup> Institution non permanente, le Conseil se réunit au moins une fois par an. La Présidence de l'OHADA est assurée pour un an par un des Etats Membres.

<sup>4</sup> Le secrétariat est basé à Yaoundé, Cameroun.

<sup>5</sup> La Cour est basée à Abidjan, Côte d'Ivoire.

<sup>6</sup> Cette école est basée à Porto-Novo, Bénin.

importantes du droit des affaires<sup>7</sup>. C'est donc l'essentiel du droit des affaires qui est ainsi « codifié » dans des actes très détaillés, souvent accompagnés des formulaires nécessaires, eux-mêmes uniformes, permettant la mise en œuvre des normes telles celles relatives au droit des sociétés, au crédit et aux sûretés.

Cette approche est ambitieuse<sup>8</sup> et relativement nouvelle en ce qu'elle place la norme juridique de droit privé à l'avant-poste des questions de développement et d'intégration économique, comme si elle devait induire un effet d'entraînement pour l'économique<sup>9</sup>. Ce n'est pas faire injure à la vision ni à la perspicacité des créateurs du système que de reconnaître que, pour le moment, cet effet ne s'est pas encore vraiment fait sentir. Mais cela est certainement dû en grande partie à la trop grande jeunesse du système, au manque d'information des opérateurs eux-mêmes et à l'absence bien compréhensible d'une jurisprudence adaptée qui, au fur et à mesure de la maturité du système, devra le compléter en fonction des pratiques qui se seront développées.

L'approche est d'autant plus ambitieuse que, contrairement à ce que son nom peut laisser penser, l'OHADA a opté pour l'unification et non l'harmonisation, ne laissant ainsi aucune marge de manœuvre aux Etats Membres qui ne peuvent pas adapter les Actes à des spécificités éventuelles de leur propre système. Cela vient d'être rappelé de manière assez spectaculaire par la Cour de Justice qui, sur requête de la Côte d'Ivoire, a rendu un avis le 30 avril 2001 selon lequel l'adhésion à l'OHADA par un Etat implique la disparition du droit interne pour les dispositions contenues dans chaque acte uniforme, identiques ou contraires. Seules subsistent

---

<sup>7</sup> Le 1er janvier 1998 sont entrés en vigueur les actes uniformes relatifs (1) au droit commercial général, (2) au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et (3) portant organisation des sûretés. Le 1<sup>er</sup> janvier 1999 est entré en vigueur l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et le 11 juin 1999 est entré en vigueur l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Sur tous ces actes, voir les contributions qui suivent cette introduction.

<sup>8</sup> Un symbole de l'ambition qui a animé les fondateurs de l'OHADA peut encore être trouvé dans le financement de l'organisation. Au lieu de dépendre seulement des contributions des Etats membres, l'organisation a été dotée d'un fonds de capitalisation de 12 milliards de francs CFA dont l'administration et la gestion ont été confiées au Programme des Nations Unies pour le Développement.

<sup>9</sup> D'une certaine manière, c'est également le pari qu'avaient fait les pères fondateurs de la communauté européenne en plaçant dès l'origine, dans le Traité de Rome, des dispositions d'encadrement juridique. Mais l'on note cependant une différence majeure : le Traité de Rome ne contient pas de règles d'unification du droit privé au sens classique du terme, alors que l'OHADA commence par ces matières.

les dispositions du droit interne spécifiques et non contraires<sup>10</sup>.

On peut cependant se demander si les modèles qui ont été utilisés pour les normes adoptées par les Actes uniformes sont toujours à la pointe des pratiques économiques traditionnelles qui forment souvent le cœur de l'économie des pays d'Afrique. De la même manière on doit s'interroger sur les pratiques nouvelles qui se sont développées ces dernières années et se demander si les normes ainsi créées sont aptes à fournir un encadrement nécessaire et utile. Seul l'avenir pourra répondre à cette question.

Enfin, il convient de se demander comment les Actes de l'OHADA s'intègrent dans le cadre des organisations régionales existantes et, notamment, l'UEMOA<sup>11</sup>, la CIMA<sup>12</sup>, l'OAPI<sup>13</sup> etc ... Le caractère très général de l'OHADA entraîne nécessairement la possibilité pour cette organisation d'adopter des Actes tombant éventuellement dans la sphère de compétence spécialisée des autres organisations pré-existantes. Il faudra toute la sagacité des négociateurs pour éviter les conflits de normes afin de ne pas ôter l'essentiel de l'utilité à l'exercice d'unification, d'autant que les Etats Membres de chacune de ces organisations ne sont pas identiques<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Cet avis confirme un précédent avis rendu par la même Cour le 13 octobre 1999 affirmant la supériorité du droit uniforme sur les dispositions du droit interne (avis n°002/99/EP).

<sup>11</sup> Union économique et monétaire de l'Ouest africain.

<sup>12</sup> Conférence interafricaine des marchés d'assurance.

<sup>13</sup> Organisation africaine de la propriété intellectuelle.

<sup>14</sup> Sur cette question, voir notamment l'article général du Professeur Issa-Sayeg accessible sur le site [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

## L'OHADA : Bilan et perspectives

JOSEPH ISSA-SAYEGH\*

1. L'OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) est née à Port-Louis en octobre 1993 et regroupe aujourd'hui seize pays<sup>1</sup>. Son fonctionnement est assuré principalement par le Conseil des Ministres de la Justice et des Finances et la Cour commune de justice et d'arbitrage. Le Conseil des Ministres est chargé d'adopter les Actes uniformes portant le droit substantiel uniforme des affaires destiné à devenir le droit interne des Etats parties par le biais de la supranationalité; il est assisté d'un Secrétariat permanent auquel est rattachée l'Ecole régionale supérieure de la magistrature (article 3) chargée d'assurer la formation des magistrats et des auxiliaires de justice.

La Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) est chargée de veiller à la bonne interprétation et application du Traité et des Actes uniformes par une double fonction consultative et contentieuse.

2. Pour comprendre la place et le rôle de l'OHADA, il faut partir de l'objectif d'intégration économique visé par les pays membres de cette organisation. A l'intégration économique (un seul espace économique) doit correspondre, idéalement, l'intégration juridique (un seul espace juridique), c'est à dire l'harmonisation ou l'uniformisation du droit des affaires (c'est ce qu'indique nettement le Préambule du Traité de l'OHADA). Malgré les apparences suggérées par son appellation, l'OHADA a résolument opté pour l'uniformisation et non pour l'harmonisation.

3. Ainsi, aux deux atouts déjà existants en faveur des pays de la zone franc (langue commune; monnaie commune pour tous les pays sauf la Guinée Conakry), s'ajoute un droit uniforme commun dont les avantages sont considérables (facile connaissance par les acteurs économiques du droit uniforme dans leur champ régional d'intervention ; réduction ou suppression des conflits de lois ...).

4. Cette œuvre d'uniformisation s'avère d'autant plus aisée que le patrimoine

\* Professeur agrégé des Facultés de droit

<sup>1</sup> Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Conakry, Guinée équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo. Le Traité comprend 63 articles; des Règlements sont prévus pour son application; ils sont pris par le Conseil des Ministres à la majorité absolue (article 4). Le Traité est complété par un Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage du 18 avril 1996 et par un accord entre la République du Cameroun et l'OHADA relatif au siège du Secrétariat permanent du 30 juillet 1997. Ces trois textes sont publiés au n° 4 du JO de l'OHADA du 1er novembre 1997.

juridique légué par la France à ces pays n'a pas été dilapidé, de nombreux pans législatifs communs du droit des affaires étant restés intacts.

5. D'autres organisations internationales ont aussi recouru à une formule d'uniformisation en adoptant ou non le principe de la supranationalité qui leur permet d'introduire directement des normes dans l'ordre juridique interne de leurs Etats membres. (l'UEMOA : Union économique et monétaire de l'ouest africain ; la CEMAC : Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale ; la CIMA : Conférence interafricaine des marchés d'assurance ; l'OAPI : Organisation africaine de la propriété intellectuelle ; la CIPRES : la Conférence interafricaine de prévoyance sociale ...). Mais par rapport à toutes ces organisations, l'OHADA affiche une double ambition sans mesure :

- sur le plan territorial (*ratione loci*), elle a vocation à regrouper tous les Etats africains membres de l'OUA (Organisation de l'unité africaine) et même au-delà (article 53 du Traité) alors que les autres organisations ont une portée régionale;
- sur le plan matériel (*ratione materiae*), elle a vocation à couvrir tout le droit des affaires largement défini par l'article 2 du Traité alors que les autres organisations ont une vocation sectorielle.

6. Pour vérifier si cette double ambition est réalisable, il convient de dresser le bilan et les perspectives de l'OHADA sur les plans précités<sup>2</sup>.

### **I. Les perspectives d'extension territoriale de l'OHADA**

7. 1) L'application territoriale des Actes uniformes ne devrait pas poser de problème dans la mesure où elle est déterminée de façon précise par le territoire des Etats parties, c'est-à-dire de ceux qui ont signé et ratifié le Traité comme de ceux qui y adhèrent par la suite.

A cet effet, l'adhésion est ouverte à tout Etat membre de l'OUA et non signataire du Traité ainsi qu'à tout Etat non membre de l'OUA invité à y adhérer avec le

---

<sup>2</sup> Sur la problématique générale de l'intégration juridique en Afrique et de ses aspects techniques, voir Joseph ISSA –SAYEGH :

- L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc, *Penant*, n. 823 (janvier-avril 1997), p. 5 et s. et n. 824 (mai-août 1997), p. 125 et s. ;
- Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA, *revue de droit uniforme (UNIDROIT)*, n. 1999-1, p. 5 et s. ;
- L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc, *Revue de jurisprudence commerciale*, juin 1999, p. 237 et s.

commun accord de tous les Etats parties (article 53, alinéa 1er). Ainsi, l'élargissement de l'espace juridique OHADA est librement ouvert à tout membre de l'OUA puisqu'il suffit d'en faire la demande sans qu'aucun Etat partie ne puisse s'y opposer; par contre, s'il s'agit d'un Etat non membre de l'OUA, il ne peut y adhérer que s'il y est invité par tous les Etats parties.

8. L'adhésion a pour conséquence de rendre applicables aux Etats adhérents le Traité (tel qu'amendé et tel que complété par les Règlements) et les Actes uniformes déjà adoptés (et tels que modifiés) avant l'adhésion et ce, soixante jours après cet acte (article 53, alinéa 2 du Traité). Aucune réserve n'étant admise au Traité (article 54), il s'ensuit que tous les Actes uniformes produisent immédiatement leurs pleins effets sur le territoire des nouveaux Etats parties.

9. Mais l'espace juridique OHADA peut également se réduire par la dénonciation du Traité, laquelle ne peut intervenir avant dix années à partir de la date de son entrée en vigueur et ne produit effet qu'une année après la date de sa notification au gouvernement dépositaire (celui de l'Etat du Sénégal) (article 62). Mais le Traité ne définit pas les conséquences de la dénonciation sur les Actes uniformes. On peut donc hésiter entre deux voies : la caducité automatique (mais dans quel délai ?) des Actes uniformes quitte à ce que l'Etat auteur de la dénonciation décide de les maintenir ou leur maintien automatique, quitte pour cet Etat à les abroger ou les modifier ultérieurement. Ne faudrait-il pas instituer, dans le souci de ne pas bouleverser brusquement l'espace juridique unique de l'OHADA, un délai postérieur à la dénonciation pendant lequel les Actes uniformes survivraient pour éviter leur abrogation immédiate ?

10. 2) Selon l'article 42 du Traité, le français est la langue de travail de l'OHADA. Il s'ensuit que le Traité, les Règlements pris pour son application, les Actes uniformes, les arrêts et avis de la CCJA, les décisions et correspondances des organes de l'OHADA sont rédigés en français.

L'imposition du français comme langue de travail se conçoit dans la mesure où les pays fondateurs de l'OHADA sont tous francophones et qu'aujourd'hui, la très grande majorité des Etats parties ont le français comme langue officielle (ou comme seconde langue). Les quelques Etats non francophones s'accommoderont sans doute de l'inconvénient consistant à traduire les textes de l'OHADA dans leur langue officielle (en portugais pour la Guinée Bissau ; en espagnol pour la Guinée équatoriale ; en Anglais pour le Cameroun oriental) mais il est difficile d'imaginer que le monopole du français pourra être maintenu sans aménagement si l'OHADA recueille l'adhésion de nombreux autres pays non francophones<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Pratiquement, l'OHADA a presque fait le plein des pays africains ayant le français pour langue officielle ou l'usage du français en commun. Il reste encore, dans cette catégorie, le

En attendant, on peut considérer que l'imposition du français comme langue de travail sera une gêne pour les non francophones qui devront plaider devant la CCJA ; inversement, celle-ci sera sans doute contrainte de faire bon accueil aux pièces des dossiers écrites dans une autre langue que le français (avec ou sans traduction) comme toute juridiction recevant des pièces écrites en langue étrangère, mais aucune règle particulière de procédure n'est prévue pour la réception et la reconnaissance de telles pièces. En outre, en cas de contradiction ou de divergence entre le texte français des Actes uniformes et sa traduction en langue étrangère, c'est la version française qui, en principe devra l'emporter.

11. 3) De la langue nationale au langage juridique, on a vite fait de passer à la nécessité d'adapter le droit des pays de la zone franc à celui des pays environnants ou vice versa. A terme se posera donc le problème de la fusion de ces droits dans le droit uniforme des affaires. D'une simple traduction des termes, il faudra passer à l'adoption de concepts et de normes communs malgré la diversité des traditions et des techniques juridiques.

12. Pour toutes ces raisons, nous doutons que l'OHADA soit, aujourd'hui, prête et apte à absorber autant de pays qu'elle ambitionne de le faire.

## **II. Les perspectives d'extension matérielle de l'OHADA**

13. Le champ de compétence matérielle de l'OHADA est décrit dans l'article 1er du Traité qui énonce que le « *Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties* » étant entendu « *qu'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 Traité et aux dispositions de l'article 8* » (article 2)<sup>4</sup>.

Outre la difficulté inhérente à définir le contenu et les limites du droit des affaires, l'extension de l'uniformisation du droit par l'OHADA se heurte et se heurtera à de

---

Maroc, la Mauritanie, l'Algérie, la Tunisie, Madagascar, le Burundi, le Rwanda et la République démocratique du Congo (ex-Zaire). L'adhésion massive des pays anglophones et arabophones risque de rééquilibrer le rapport numérique entre francophones et non francophones ou de l'inverser.

<sup>4</sup> A l'heure actuelle, l'OHADA a adopté six Actes uniformes totalisant plus de 2000 articles : sur le droit commercial général ; les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique ; les sûretés ; les voies d'exécution ; les procédures collectives ; le droit comptable ; l'arbitrage.

nombreux et vigoureux obstacles dressés sur son chemin par le Traité lui-même, la concurrence des autres organisations internationales et par les droits internes des Etats parties.

#### *1. Les limites imposées par le Traité*

14. Une seule limite est expressément inscrite dans l'article 5, alinéa 2 du Traité : « *Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions encourues* ». Cette limitation de la compétence de l'OHADA, outre qu'elle est étrange, pose de sérieux problèmes si les droits internes des Etats parties ne prévoient pas les sanctions pénales des infractions définies par les Actes uniformes.

#### *2. Les limites externes*

15. Tout en restant dans le champ de ses compétences, l'OHADA peut également se heurter à des limites qu'elle hésitera ou refusera de franchir par opportunité. Ces limites tiennent, soit à l'existence d'organisations internationales concurrentes, soit à l'existence d'impératifs techniques irréductibles<sup>5</sup>.

16. Certaines organisations internationales ont une vocation identique à celle de l'OHADA ; elles peuvent donc entrer en concurrence avec elle.

Ainsi, le droit des assurances est de la compétence de la CIMA (Conférence interafricaine des marchés d'assurance)<sup>6</sup>. Bien que rien n'empêche l'OHADA de légiférer dans ce domaine qui relève indubitablement du droit des affaires, notamment dans les branches qui n'ont pas encore été abordées par la CIMA<sup>7</sup>, il est douteux qu'elle le fasse par souci de ne pas briser l'homogénéité des sources formelles de la matière des assurances et de ne pas amputer la CIMA de ses compétences. Malgré cette pudeur, le télescopage des deux organisations s'est produit : les règles de constitution, de fonctionnement, de dissolution et de liquidation des entreprises d'assurance (obligatoirement constituées en sociétés anonymes) heurtent celles de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, d'où la nécessité imposée à ce dernier de prévoir qu'il n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier (article 916).

---

<sup>5</sup> Sur ces points, voir Joseph ISSA-SAYEGH, *Quelques aspects techniques ...*, op. cit., n. 20 et s.

<sup>6</sup> L'article 1<sup>er</sup>-7 et -8 du Traité CIMA dispose que cette organisation peut être investie ultérieurement d'autres compétences (que celles traitées actuellement) en matière d'assurance. Voir Joseph ISSA-SAYEGH, *L'intégration juridique ...* op. cit., n° 95 et s.

<sup>7</sup> Assurances de dommages autres que ceux provoqués par des véhicules terrestres à moteur ; assurances aériennes et maritimes ...

17. Il en est de même pour l'OAPI (Organisation africaine de la propriété intellectuelle) dont les matières traitées par les Annexes<sup>8</sup> font également partie du droit des affaires. Il est difficile de penser, pour les mêmes raisons que pour la CIMA, que l'OHADA s'avise de légiférer sur le terrain de la propriété intellectuelle même sur des sujets non encore explorés par l'OAPI tels que les obtentions végétales ou les œuvres informatiques ou multimédia. Cette abstention peut d'ailleurs conduire au risque de provoquer un vide juridique. Ainsi, l'Acte uniforme sur les sûretés ne contient pas de dispositions relatives au nantissement des propriétés intellectuelles renvoyant aux lois particulières pour cela<sup>9</sup>. Or, ni l'OAPI, ni la plupart des lois nationales ne réglementent une telle sûreté si bien que celle-ci n'existe pas.

18. Enfin, le nombre de recouplements de compétence est grand entre l'OHADA et l'UEMOA qui, elle aussi, a vocation à intervenir dans de nombreux domaines du droit des affaires<sup>10</sup>. Le droit comptable, en particulier, peut être cité comme exemple d'une telle concurrence ; en effet, l'UEMOA a adopté, récemment<sup>11</sup>, un Règlement portant système comptable ouest africain (SYSCOA) quelque temps avant que le Conseil des Ministres de l'OHADA adopte un Acte uniforme ayant exactement le même objet. On entrevoit les problèmes cruciaux que soulèvera l'application de ces deux textes sur les territoires des Etats membres de l'UEMOA (ceux de la zone d'Afrique centrale n'étant concernés que par l'Acte uniforme de l'OHADA). En cas de différence de rédaction entre les deux textes, lequel prévaudra sur l'autre : le premier ou le dernier en date ; celui ayant le domaine d'application territoriale le plus vaste ? En cas de litige, quelle juridiction de cassation sera compétente : la Cour commune de justice et d'arbitrage (OHADA) ou la juridiction nationale de cassation (UEMOA)<sup>12</sup> ?

19. Comme on le constate, la concurrence des compétences entre les organisations internationales peut conduire à deux situations diamétralement opposées (soit un

---

<sup>8</sup> Annexe 1 : Brevets d'invention ; annexe 2 : brevets d'utilité ; annexe 3 : marques de produit ou de service ; annexe 4 : modèles et dessins industriels ; annexe 5 : nom commercial et concurrence déloyale ; annexe 6 : appellations d'origine ; annexe 7 : droits d'auteur.

<sup>9</sup> Articles 53 ; 69-2 ; 77. Sur l'OAPI, voir Joseph ISSA-SAYEGH, L'intégration juridique ... op. cit., n° 87 et s.

<sup>10</sup> Articles 60 ; 67 ; 76 ; 82 du Traité UEMOA. Sur ce point, voir Joseph ISSA-SAYEGH, Quelques aspects techniques ..., op. cit., n° 18.

<sup>11</sup> Ce Règlement est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998.

<sup>12</sup> La CCJA a compétence, en cassation, pour l'interprétation et l'application des Actes uniformes, à l'exclusion des juridictions nationales de cassation.

vide juridique, soit un trop plein de textes concurrents) qui laissent présager un avenir de désordre. Il est donc temps d'harmoniser l'intégration juridique entreprise par la voie de l'uniformisation du droit des affaires en Afrique.

## **L'OHADA ou l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : Une expérience unique et une réalité prometteuse**

MARC FRILET\*

### **I. Un Premier Bilan**

Quel premier bilan peut-on faire de l'OHADA après quelques années d'application des Actes Uniformes ? Force est de constater qu'en dépit de certaines difficultés, bien naturelles et largement prévisibles pour une réforme de cette ampleur<sup>1</sup>, l'OHADA est devenue une réalité incontournable.

Pour apprécier la situation à sa juste mesure, deux facteurs essentiels nous paraissent devoir être pris en compte.

- Il existait dans chaque pays membre du traité une réelle insécurité juridique en matière de droit des affaires en dépit d'efforts législatifs et réglementaires et de réforme judiciaire réalisés dans tel ou tel pays. On constatait en particulier un « déficit de connaissances » moins lié au contenu même de la réglementation ou de son interprétation qu'au fait que ce contenu restait basé sur les textes le plus souvent anciens et d'origine coloniale (comme par exemple la loi de 1867 sur les sociétés commerciales) dont les évolutions et les interprétations, pourtant bien commentées dans des publications de référence<sup>2</sup> n'étaient pas suffisamment portés à la connaissance des opérateurs. Ce déficit d'information pouvait également être constaté au niveau des magistrats. Le manque de moyens économiques pour assurer la formation et le bon fonctionnement des institutions aggravait incontestablement la situation. Dans ce contexte, les tenants d'une plus grande transparence et d'une meilleure sécurité juridique ne pouvaient qu'accueillir favorablement une volonté politique de modernisation et de diffusion des textes qui est l'essence même de l'OHADA.
- La méthode OHADA consistant à élaborer les Actes dans le cadre d'une mécanique savamment dosée par le traité pour faciliter une élaboration

---

\* Avocat Associé, FRILET & Associés, Paris.

<sup>1</sup> Le Juge Coar, appartenant au judicial committee des Etats-Unis, a représenté, avec Bill Hannay, la délégation américaine à la conférence de Yaoundé, organisée par l'International Bar Association en décembre 99 à Yaoundé, qui a fait le point sur l'application des Actes Uniformes dans la région. Il rappelait notamment qu'aux Etats-Unis, plus de vingt ans après leur adoption, les textes sur le droit de la faillite apparaissaient encore, sous certains aspects, imparfaits et d'interprétation délicate.

<sup>2</sup> Tels que l'ouvrage de Monsieur Meissonnier, *le Droit des Sociétés Commerciales en Afrique* ou encore le recueil Penant, ou l'ouvrage Francis Lefebvre *Guide Juridique et Fiscal Afrique Noire Francophone*.

hors des pressions parlementaires partisanes, des amendements et autres navettes (qui est gage d'efficacité surtout à un niveau transnational) engendre par construction des résistances nationales puisque les parlements nationaux ne délibèrent plus sur les Actes Uniformes mais qu'ils sont uniquement partie prenante par l'effet même de la ratification du traité. Cette condition d'efficacité du système qui enfreint la règle sacro-sainte de la séparation des pouvoirs est source de fragilité d'autant que l'OHADA enlève aux juges nationaux l'interprétation finale du texte.

Lors de la conférence de Yaoundé précitée, des responsables d'entreprises africaines, magistrats et professeurs de droit africains parmi les plus éminents, ont débattu avec des professeurs de droit européens et des magistrats de la common law et des avocats internationaux, praticiens de longue date de l'Afrique, du contenu et de la mise en œuvre pratique des Actes Uniformes et un rapport réalisé spécialement par une équipe d'avocats américains de l'American Bar Association a permis un échange particulièrement fructueux.

Ayant eu la charge de rédiger un rapport résumé de cette conférence<sup>3</sup>, je prendrai naturellement en compte dans les commentaires ci-après les débats très riches qui sont intervenus ainsi que d'autres débats et publications ultérieures sans oublier notre pratique quasi permanente de l'Afrique dans le secteur des grands projets d'investissement.

### **II-A. L'Acte Uniforme sur le droit commercial général**

Cet Acte traite du statut du commerçant, du registre du commerce et du crédit immobilier et des conditions d'immatriculation, de l'inscription des sûretés immobilières, du bail commercial et des fonds de commerce, des intermédiaires de commerce et de la vente commerciale. Il reste très fortement inspiré des dispositions du droit civil précédemment applicables par exemple en ce qui concerne le fond de commerce et sa protection. Une de ses originalités est d'étendre son champ d'application à toutes sociétés commerciales dans lesquelles un État ou une personne de droit public est associée. Par ailleurs il réforme et développe en profondeur le registre du commerce en créant un nouveau registre du commerce et du crédit mobilier comportant de réelles avancées pour une meilleure sécurité des transactions, notamment en ce qui concerne l'inscription des sûretés mobilières. Dans ce cadre, les rôles et les pouvoirs du greffe sont particulièrement étendus pour assurer le meilleur respect des règles.

---

<sup>3</sup> « *Uniform Commercial Laws, Infrastructure and Project Finance Reform in Africa* », *International Bar News*, page 10, mai 2000 et « *Uniform Commercial Laws, Infrastructure and Project Finance In Africa* », *International Business Lawyer*, page 213, mai 2000.

Afin de renforcer le crédit, un formalisme assez lourd d'inscription est mis en place. Certains ont pu voir dans ce formalisme des inscriptions une limitation à la liberté contractuelle mais c'est sans doute le prix à payer, dans un premier temps au moins, pour développer une meilleure sécurité juridique.

En pratique, la mise en œuvre du nouveau registre du commerce et du crédit mobilier prend beaucoup de temps et la situation est pour l'instant loin d'être satisfaisante. Au Congo, par exemple, la pratique du Tribunal de Commerce, il y a encore peu était de procéder à l'immatriculation des sociétés non pas dans le registre du commerce et de crédit mobilier mais dans le « vieux » registre du commerce et des sociétés, qui offre des garanties beaucoup moins développées au moins sur le papier, et ce tout simplement parce que le registre du commerce et de crédit mobilier n'était pas encore opérationnel il y a quelques mois<sup>4</sup>.

S'agissant des intermédiaires de commerce, qui à l'exception du commissionnaire et du courtier, ne faisaient pas l'objet de réglementation particulière, l'Acte Uniforme innove hardiment sur certains points mais il aurait pu être beaucoup plus complet dans un secteur où les pratiques modernes de certaines professions ou certains modes contractuels gagnent souvent à être codifiées. En effet, « l'intermédiaire de commerce » réglementé par le texte est limité aux professionnels agissant pour le compte d'une autre personne exclusivement en vue de conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial. L'Acte ne prend donc pas en compte les courtiers commissionnaires ou autres agents dont l'objet n'est pas la conclusion d'un contrat de vente pour le compte d'une autre personne. Le statut est d'autant plus restrictif que le lien entre l'intermédiaire et son commettant est exclusivement soumis aux règles du mandat, ce qui exclut toute une série de relations juridiques intermédiaires en matière de responsabilité, compte rendus, etc. que la pratique des affaires internationale a largement développées. L'Acte Uniforme aurait été bien inspiré d'être plus proche à cet égard de la réalité du droit des affaires.

En tout état de cause, l'intermédiaire commercial qui intervendra dans le cadre prévu par l'Acte Uniforme sera soumis à un ensemble de règles d'ordre public, qui n'ont pas toutes ce caractère dans la pratique contractuelle courante et qui devront être bien comprises avant de conclure le contrat avec son mandant.

En ce qui concerne la vente commerciale, elle s'inscrit également dans la lignée des principes civilistes précédemment applicables dans la zone tout en les modernisant et en introduisant surtout les principales dispositions de la Convention de Vienne sur la vente commerciale internationale. L'importance particulière laissée aux usages doit être saluée mais l'absence de références explicites à la bonne foi sur

---

<sup>4</sup> Bulletin OHADA, édité par l'association Club OHADA, Brazzaville, n° 001, page 3.

certains points apparaît en retrait avec le droit moderne. Certaines incohérences peuvent par ailleurs être remarquées comme par exemple sur la coexistence de la résolution judiciaire et la résolution unilatérale. Il est étonnant, comme l'avait souligné Laurent Bernet<sup>5</sup>, que l'Acte interdise aux parties de suspendre leurs obligations contractuelles même s'il est plus que probable que l'autre partie n'exécutera pas ses propres obligations.

S'agissant de la détermination du prix, l'Acte Uniforme n'est pas allé jusqu'à épouser les principes du droit international Nord-Américain de « *l'Open Price Term Clause* » même si les conditions de la détermination sont moins rigoureuses que celles découlant de la tradition civiliste issue de l'article 1583 du code civil français.

Le Professeur Pedros Santos, commentateur de l'Acte Uniforme<sup>6</sup> conclut qu'en ce qui concerne la vente commerciale, l'Acte Uniforme est à même de réaliser l'objectif qui lui est assigné à savoir rapprocher la législation des Etats membres de celle qui s'applique dans le commerce international en vue de faciliter les échanges. Toutefois, il s'inquiète à juste titre de l'introduction de nombreuses règles nouvelles, sources de complexité.

## **II-B. L'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique**

Cet Acte Uniforme progressivement entré en vigueur sur une durée de deux ans pour permettre aux sociétés commerciales de se mettre en harmonie avec le nouveau texte, reste profondément ancré dans la tradition civiliste et on peut se demander si une occasion n'a pas été manquée de rapprocher les principes régissant le droit des sociétés commerciales du monde de la common law et de la civil law surtout à un moment où les phénomènes de globalisation nécessitent de plus en plus la mise en œuvre de principes communs aux différents systèmes juridiques.

On peut penser toutefois que le législateur avait sans doute pour objectif principal « de moderniser et d'assainir » le droit des sociétés dans les pays de l'OHADA, en instituant un cadre aussi rigoureux et moderne que possible avant de se préoccuper des nécessités de flexibilité et d'adaptabilité internationale. Sur le fond, l'introduction du G.I.E. et de la société unipersonnelle à responsabilité limitée, de différentes formes de gestions des sociétés anonymes apportent une touche de modernité à un système d'ensemble qui, pour le reste, reprend largement les principes traditionnels issus du droit français. Le caractère pédagogique de l'Acte Uniforme très fortement marqué résulte des dispositions de l'article 2 qui précise que les dispositions de l'Acte sont d'ordre public sauf dans le cas où il autorise expressément l'Associé

---

<sup>5</sup> Rapport de la Conférence Yaoundé précité.

<sup>6</sup> OHADA *Traité et Acte Uniforme commenté et annoté*, opus cité, page 196.

Unique ou les associés à substituer ou à compléter les dispositions (à méditer ...). Si la perspective principale du droit des sociétés est de protéger les tiers, alors ces dispositions de l'Acte Uniforme peuvent être saluées (même si les juristes auront du mal à parfaitement posséder 920 articles !). En revanche, si le droit des sociétés doit permettre à des associés ayant un objectif commun d'organiser leurs relations entre eux comme ils le souhaitent alors on peut conclure que ces dispositions d'ordre public seront restrictives des libertés voire choquantes en particulier pour les entreprises du monde anglo-saxon, habituées à une large « contractualisation » du droit des sociétés.

Par ailleurs, dans une matière où le pouvoir réglementaire joue traditionnellement un rôle important, la question des relations entre ce nouvel Acte et la réglementation de droit commun de chaque pays n'est pas tranchée avec suffisamment de précision. En effet, les lois nationales non contraires restent applicables mais rien n'interdit de surcroît à un État de promulguer des textes interprétatifs qui pourraient restreindre, voire annuler le bénéfice d'un principe posé par l'Acte. Quiconque est familier avec le processus de transposition des directives européennes et les multiples artifices permettant aux Etats de vider « d'effet utile » la transposition lorsqu'ils sont fermement opposés à un texte (et ce, en dépit des constructions jurisprudentielles très dissuasives de la CJCE) peut imaginer les problèmes potentiels.

Une autre faiblesse de l'Acte Uniforme est de ne pas avoir institué de sanctions pénales en cas de non respect, ces dernières étant laissées au législateur national. Ce dernier dispose ainsi d'un autre moyen non négligeable de limiter, volontairement ou non, la portée d'une disposition d'ordre public de l'Acte.

Enfin, l'Acte Uniforme, qui est déjà particulièrement long n'a pas repris certaines formes sociétaires (par exemple, la commandite par actions) ou certains modes de gestion (par exemple, le conseil de surveillance du directoire ou encore le capital variable) ou la SAS qui sont autant d'instruments largement utilisés dans les transactions modernes.

### **II-C. Acte Uniforme portant organisation des sûretés**

Le droit des sûretés applicable dans les pays de la zone émanait d'une source commune, à savoir le droit civil français. A l'exception du Sénégal, les textes n'avaient pas fait l'objet de révisions.

L'Acte Uniforme modernise les sûretés civiles classiques issues de la tradition française en reprenant la *suma divisio* sûretés personnelles et sûretés réelles et en organisant clairement la distribution et le classement des sûretés. Cet Acte est incontestablement un des piliers du système OHADA pour faciliter la sécurité des relations commerciales. Il réglemente également des pratiques modernes largement développées dans le monde des affaires comme celle de la garantie à première

demande. Il ne reprend pas en revanche certaines dispositions modernes du droit civil comme la loi Dailly en France qui permet de donner en garantie les créances commerciales ou les concepts du droit anglo-saxon tels que la « floating charge » qui permet de bénéficier d'un privilège général, selon certaines conditions, sur l'ensemble des biens et avoirs de la société.

Toutefois, ici encore, le caractère pédagogique de l'Acte Uniforme à destination du marché interne est assez marqué.

Ceci étant, si les concepts sont souvent familiers, il conviendra de lire attentivement l'Acte Uniforme avant de s'engager dans un système de sûreté. Par exemple, le consentement de la caution est soumis à un formalisme rigoureux et celui de la caution illettrée strictement encadrée. Les parties devront également savoir que sauf dispositions contraires expresses le cautionnement est réputé solidaire. Quant aux dispositions relatives à la garantie à première demande, elles ont été inspirées par les règles de la Chambre de Commerce Internationale et édictées sous un chapitre intitulé « lettre de garantie ». L'Acte Uniforme ajoute en la matière un formalisme rigoureux et il prévoit que les conditions d'appel sont subordonnées à la production de documents. Ceci peut compliquer les procédures d'appel et on peut se demander dans certains cas s'il s'agit bien d'une garantie sur demande tel que ce terme est généralement utilisé dans les transactions internationales ou si cette garantie ne doit pas plutôt être qualifiée de garantie documentaire.

En ce qui concerne la nature des priviléges et leur classification, l'Acte Uniforme est assez innovant sur certains aspects, par exemple, en ce qui concerne le privilège général des douanes et des autorités fiscales qui passe après l'hypothèque privée.

#### **II-D. Acte Uniforme sur le recouvrement simplifié et les voies d'exécution**

Comme les autres Actes Uniformes, cet Acte s'inscrit dans la continuité, la modernisation et l'adaptation du droit existant d'origine civiliste en prenant en compte les spécificités locales sans oublier une touche de pédagogie.

Tout en modernisant la procédure classique d'injonction de payer, l'Acte Uniforme institue également l'injonction de délivrer et l'injonction de restituer. S'agissant des saisies, l'Acte Uniforme ajoute deux nouveaux types de saisies : la saisie appréhension et la saisie revendication. Quant aux saisies mobilières, elles ont été remaniées par rapport aux saisies immobilières et de nouvelles saisies conservatoires sont instituées sur des droits d'associés et des valeurs mobilières. Des saisies de compte bancaire peuvent s'organiser selon des règles détaillées et les saisies ventes sont désormais possibles dans la plupart des circonstances. Enfin, sur certains aspects techniques, comme la distribution des deniers de la vente, l'Acte Uniforme facilite et simplifie les procédures.

La mise en œuvre pratique de l'Acte, notamment en matière internationale,

peut poser des difficultés liées à la disproportion des mesures par rapport aux enjeux. Par exemple, ainsi que l'a exprimé Monsieur Sissoko responsable du département juridique d'Air Afrique lors de la Conférence IBA, on peut s'interroger sur l'opportunité de permettre à un juge des référés d'ordonner la saisie d'un aéronef pour une dette apparente de quelques milliers de dollars que le juge local pourra avoir estimée à tort comme incontestable. Compte tenu du niveau de formation moyen actuel du juge et le fait qu'il ne soit exposé que de façon exceptionnelle à de tels enjeux, on peut se demander si la compétence du juge des référés dans ce type de situations, ne devrait pas être mieux encadrée. La même remarque vaut en matière d'exécution forcée, surtout lorsque l'on constate qu'il arrive fréquemment que le jugement qui l'ordonne est ensuite invalidé en appel.

Plus généralement, le concept de créance certaine, liquide et exigible devrait être clarifié surtout pour les opérateurs internationaux. Ces derniers auraient également préféré que l'Acte Uniforme mette en place un système de garanties au profit du créancier entre le jugement de référé et le jugement d'appel, en évitant ainsi de gêner l'exploitation. Pour un investisseur international originaire d'un pays de « common law », les dispositions de l'Acte Uniforme en ce qui concerne le droit des tiers en cas de saisie des actifs (en particulier pour les comptes communs où pour les relations entre associés ou actionnaires), mèriraient à être clarifiés. Le rapport de l'American Bar Association sur l'Acte Uniforme, rendu public lors du colloque IBA précité, souhaitait des propositions concrètes à cet égard.

Enfin, dans une matière aussi complexe, les dispositions de l'article 336 qui se bornent à préciser que « le présent Acte Uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les États parties » est source de réelles difficultés d'interprétation puisque chaque pays possédait un code de procédure civile dont de nombreuses dispositions ne sont pas directement contraires à celles de l'Acte Uniforme. Comme il est peu vraisemblable que l'article 336 puisse être interprété comme abrogeant intégralement les dispositions de ces codes, un méticuleux travail d'analyse doit être fréquemment réalisé pour arriver à donner plein effet aux dispositions combinées de l'Acte Uniforme et des dispositions non contraires des codes de procédure civile.

Il existe ainsi une source d'insécurité rémanente qui devrait inciter les instances de l'OHADA à élaborer un code complet de procédure civile ainsi que l'a notamment souhaité Apollinaire Ondo Mvé De, président du tribunal de première instance de Libreville lors de la Conférence de Yaoundé.

#### **II-E. L'Acte Uniforme sur le redressement et la liquidation judiciaire**

Dans la plupart des pays africains civilistes, la législation sur les procédures collectives avait comme fondement commun le code de commerce de 1807 et un ensemble

de textes ultérieurs mais également anciens. Ces textes restaient éparpillés et peu d'États avaient introduit des concepts modernes prenant en compte les nouveaux équilibres à instaurer entre les intérêts légitimes des créanciers, la nécessaire protection de l'entreprise pour favoriser sa continuation et les sanctions envers les dirigeants sociaux fautifs.

Il est généralement reconnu que l'Acte Uniforme apporte des réponses de principe dans le sens de l'équilibre moderne du monde civiliste. Il est à noter que l'Acte est directement applicable aux sociétés commerciales à participation étatique, ce qui permettra d'éviter de se voir opposer l'immunité de juridiction dans le cadre des relations purement commerciales.

On peut toutefois reprocher à l'Acte, destiné à être appliqué dans des pays où le secteur informel est important de ne pas du tout évoquer les conditions (même simplifiées) de son application à ce secteur. Il ne traite pas non plus des procédures de prévention et d'alerte, (qui font l'objet toutefois de quelques articles dans l'Acte Uniforme relatif aux sociétés et aux groupements d'intérêt économique) ni des procédures de règlement amiable des difficultés des entreprises qui, si l'on prend en compte l'expérience internationale en la matière, auraient pu néanmoins être fort utiles. S'agissant des sanctions contre les dirigeants d'entreprise, il est prévu outre les sanctions patrimoniales des déchéances, et des sanctions pénales. Toutefois, en ce qui concerne les peines applicables, l'Acte Uniforme renvoie aux législations nationales traitant de ces infractions, ce qui n'est pas un gage d'efficacité pour leur application effective.

Renault Soreuil, des services juridiques de la CNUDCI et qui joue un rôle moteur au sein du groupe de travail de la CNUDCI sur les paiements internationaux a estimé lors de la Conférence IBA que l'Acte Uniforme ne tient pas suffisamment compte des préoccupations du Fond Monétaire International, qui souhaite mieux privilégier le développement de l'économie et la continuité des entreprises par rapport aux intérêts des créanciers. Il a regretté également que les dispositions de l'Acte Uniforme ne traitent pas de questions des procédures collectives internationales.

Quant aux investisseurs internationaux du monde de la « common law », ils sont préoccupés par le fait que la transparence dans les décisions du juge, aboutissant à compromettre tout ou partie des droits des créanciers (en permettant notamment à tous les créanciers qui se désirent de participer à toutes discussions avec le juge sur les points qui les concernent), ne soit pas garantie. Toujours en matière internationale les délais figurant dans l'Acte (par exemple, trente jours, dans l'article 7, pour permettre au débiteur de déposer une offre de concordat préventif détaillé), leurs paraissent trop courts.

### **III – Conclusion**

Ces quelques développements permettent de comprendre à quel point le pari de l'OHADA est un pari audacieux mais également à quel point les pères de l'OHADA ont su prendre en compte les difficultés inhérentes à tout processus législatif depuis sa conception jusqu'à son application effective sur le terrain.

Certes, le contenu des Actes peut être amélioré et de nombreuses matières restent encore à réglementer, mais n'est-ce pas là l'essence même de tout processus législatif ? Les institutions qui commencent à peine à être rodées ou même parfois tout juste installées dans leurs locaux (comme la CCJA) mettront vraisemblablement du temps à trouver leur rythme de croisière.

De ce point de vue, la tâche qui attend la CCJA est immense et le succès de l'OHADA va largement dépendre à notre avis de sa capacité à poser un ensemble de règles complémentaires, d'interprétations voire de sanctions à l'instar de ce qu'a su faire en dépit de nombreuses difficultés sa cousine, la cour de Justice et des Communautés européennes, CJCE, et osons le dire, sa cousine issue de germaine, la CCI.

Il n'en reste pas moins que la volonté politique des Etats à poursuivre le processus est essentielle au succès de l'ensemble tant il est vrai que ces derniers possèdent, on l'a vu notamment en matière de réglementation interprétative et de sanctions pénales, de larges pouvoirs de nuisance.

Enfin, les questions d'harmonisation de la réglementation OHADA avec des institutions régionales (CEMAC, CEDEAO, UMOA) ou multilatérales (OMPI) ne doivent pas être sous estimées.

Toutefois, les raisons d'optimisme sont nombreuses, à la lecture notamment des premiers avis de la CCJA, et si l'on prend également en compte le nombre de décisions déjà intervenues sur l'application des Actes OHADA qui ont déjà largement dépassé le millier à ce jour, et dont 200 à 300 seraient frappées d'appel.

Nous préconisons un rôle majeur à la CCJA qui est l'instance unique de jugement de ces appels. Ce rôle lui est déjà dévolu par les faits et nous sommes convaincus que la compétence reconnue des membres de la CCJA saura faire le reste , ce qui nous permet de conclure que l'OHADA n'est plus seulement une expérience mais une réalité en marche.

## Is OHADA “Common Law Friendly”?

AKERE T. MUNA\*

Born of a meeting of Ministers of Finance of the CFA Franc Zone, the Organization for the Harmonization of African Business Law (known more usually by its French acronym OHADA or Organization pour l’Harmonization en Afrique des Droit des Affaires) in Ouagadougou (Burkina Faso) in April 1991, still has to prove that the participants at that meeting were conscious of the fact that they were going to “jump start” a revolution of the legal and judicial arsenal of Francophone Africa.

Judicial insecurity has had a direct impact on investment and consequently on economic growth. This seems to be the justification for the idea of such a meeting, although the managers of the judicial and legal approach were absent.

This betrays the fact that political will seems to have been the initial driving force. The focus, as a result, was on the ‘end’. That end was the signing of a treaty that will harmonize business laws through the preparation and adoption of common simple and modern rules by Uniform Acts (Actes Uniformes) well suited to their economic situation. “The establishment of appropriate judicial procedures within the judiciary should lead to the encouragement of the use of arbitration as a viable dispute settlement for contractual disputes.”<sup>1</sup> This treaty was effectively signed at Port Louis, Mauritius on October 17 1993. Fourteen countries were initial signatories (Benin, Burkina Faso, Cameroon, the Central African Republic, Chad, Comoros, the Republic of Congo, Côte d’Ivoire, Equatorial Guinea, Gabon, Mali, Niger, Senegal and Togo. To there original signatories two subsequent signatories were added (Comoros and Guinea Bissau) making a total of 16 countries.

The 16 signatory countries are thus from different African regions, OHADA, through its Uniform Acts, is the “law”. 16 countries amongst which one is Portuguese-speaking, (Guinea Bissau), another Spanish-speaking (Equatorial Guinea) and another, Cameroon, is bilingual and also bi-jural (Common Law and Civil Law). Nevertheless, all sixteen countries have signed up to a law (OHADA) which makes French “the working language”.<sup>2</sup>

Hamonization of business laws is certainly one of the catalysts of investment in

\* Barrister-at-Law (of Lincoln’s Inn London), Advocate of the Cameroon Bar Association and President of the Cameroon Bar Association.

<sup>1</sup> OHADA Treaty – General Clauses Title 1 Article 1

<sup>2</sup> See Article 42 of the Treaty which states that French shall be the working language of OHADA

so far as a secure judicial environment is concerned. Another "fast track" to economic growth is the creating of regional entities.

Developing countries really have no choice – they must integrate world markets if they wish to succeed.<sup>3</sup> French-speaking African countries have a long history of cooperation in economic and monetary policy.

If properly conceived, regional integration offers many advantages for developing countries. Closer trading links between these countries would strengthen their capacity to participate in world trade. A regional approach in key structural areas – such as tariff reduction and harmonization, legal and regulatory reform, payment systems rationalization, financial sector reorganization, investment incentive and tax system harmonization, and labor market reform – enables participating countries to pool their resources and avail themselves of regional institutional and human resources. This will permit them to attain a level of technical and administrative competence that would not be possible on an individual basis. The regional approach also allows countries to assert their interests from a stronger and more confident position in the international arena.<sup>4</sup>

Furthermore, the conditions and obligations associated with participation in any ambitious reform program within a regional organization also facilitate the work of the domestic authorities in implementing politically difficult measures, such as lowering tariffs or instituting wide-ranging reforms of the regulatory and judicial systems.

The real challenge is to ensure that regional organizations are perceived as effective vehicles for the integration of developing countries into the world economy, fostering mutual support among members in their reform efforts. Most importantly, these organizations should not be perceived as mechanisms for defending certain established interest groups. Rather, they should be seen as pushing for openness to the rest of the world.

There must be the political will to adhere to regional integration objectives, and to give them priority over domestic considerations. Furthermore, a resolute effort must be made to achieve greater institutional and economic policy convergence. This assumes that countries establish ambitious, but feasible timetables for instituting reforms and establishing regional institutions, while realistically evaluating the resources required. In addition, efficient regional institutions are needed. In

---

<sup>3</sup> Statement by Alassane D. Ouattara, Deputy Managing Director, International Monetary Fund at the First Conference of Ministers of Economy and Finance of French Speaking Countries in Monaco, April 14, 1999 on the theme "Regional Integration in Africa an Important Step Toward Global Integration".

<sup>4</sup> See footnote 3 *supra*.

fact, such institutions should be authorized to develop appropriate policies independent of national interest, however, without losing sight of each member's particular situation.<sup>5</sup>

Most African countries of Civil or Common Law tradition have been engaged on a course of legal reform from the dawn of independence. To this day, laws in these countries still carry the marks of the colonizing country. This is why legal reform and harmonization which are the hallmarks of OHADA have kindled interest on various fronts. The countries of the different African sub-regions, in particular Central and West Africa, have started seeking ways and means of ensuring the compatibility of their regional organizations with the sense and purpose of the OHADA.<sup>6</sup> In the case of West Africa it is becoming obvious that the role Nigeria and Ghana have to play in the sub-region has caused them to look more closely at the OHADA. In central Africa, the case of Cameroon is more of practical interest than it is academic. Cameroon is not only bilingual institutionally but also bi-jural functionally.

So to the question as to whether OHADA is Common Law friendly, one could easily retort, "Should it be?" The fuelling of such rhetoric is not what is intended here. The issue here is to briefly examine whether Common Law countries can with ease join the band wagon of harmonization and unification of laws in its present form. No jurist can afford to remain indifferent to a reform process that seeks to create large areas in which the laws applied are uniform or at the very least harmonized. The interest showed by international institutions can only bear this out.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> According to article 53 of the OHADA Treaty provides: The present Treaty, as soon as it becomes enforceable, is open to all members of the OAU not signatory of the Treaty. It is equally open to the adhesion of any other State not member of the OAU invited to adhere to it, upon unanimous agreement of all contracting States.

With regard to any contracting State, the present Treaty and the Uniform Acts approved before its admission shall come into force sixty days after the deposit of the instrument of admission.

<sup>6</sup> Francophone Central African countries are members of Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), Conférence Inter africaine des Marchés d'Assurance (CIMA), Banque des Etats de l'Afrique Centrale (BEAC), Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC), Organisation pour l'Hamonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)

<sup>7</sup> Study presented by W. PAATTI OFOSU-AMAH, Chief Counsel, Africa Division of the Legal Department of the World Bank in his study titled "Reforming Business-Related Laws to promote Private Sector Development – The Word Bank Experience in Africa published by IBRD / World Bank 2000.

Cameroon therefore starts to look like the test case for Common Law countries who try to see whether the applicability of OHADA and its Uniform Acts is anathema to the existence of Common Law system and procedures. The first obstacle that has been taken up by most legal experts is practical in nature. The translation of the Uniform Acts has been done to permit the Cameroonian jurisdiction to conform with the constitution. In as much as one may claim that a ratified treaty takes precedence over internal laws and the constitution, no one can reasonably require the courts and jurisdictions to apply laws in a language which no one understands. The translations of the Uniform Acts are literary and less than adequate. They do not translate known legal notions of the Common Law System and allow most of the Common Law Judges and Legal Practitioners to apply this new law by sheer approximation. In cases where there is simply no equivalent, courts in the Common Law Jurisdiction, have continued to apply pre-OHADA Laws which, by strict application of the OHADA, have been abrogated.

The section of International Law and Practice of the American Bar Association and the International Judicial Relation Committee of the United States Judicial Conference presented a report on the OHADA Uniform Acts in which they made the following statement in their introduction.<sup>8</sup>

One general recommendation needs to be made. The authors have based this Report on the English translations of the Acts currently available from OHADA. Unfortunately, we found these English translations not to be as precisely worded as they could be in order to be of authoritative assistance to non-French speaking attorneys. Because we understand that it is a goal of the OHADA Uniform Acts to encourage international business people to invest in Treaty States, attention should be given to the preparation of a more authoritative English translation of the OHADA Uniform Acts, using traditional and accepted Anglo-American legal terminology. (Preferably such a translation would take the form of an annotated version with reference to relevant case law and commentary.) In view of the fact that English is an important language of business around the world such a translation would undoubtedly contribute to the Treaty's stated objective of encouraging foreign investment in Treaty States and encouraging the development of a new zone of development in Africa. Treaty States may even wish to consider creating official texts of the OHADA Uniform Acts in both the English and French languages and providing that either texts is authoritative (as has been done in with the new Civil Code of Quebec in Canada which entered into force on January 1, 1994).

---

<sup>8</sup> Paper submitted by the American Bar Association during the International Bar Association Conference on Uniform Commercial Laws, Infrastructure and Project Finance in Africa organized from the 9-11 December 1999 in Yaounde – Cameroon.

The procedure for the adoption of Uniform Acts is as innovative as it is unique in that it permits laws to come into force through a procedure that does not at all involve the legislative bodies of the member states. This procedure is laid down in articles 5 – 10 of the treaty.

The virtue of this procedure is that it avoids the legislative process which can cause certain laws to be taken hostage on grounds that most of the time have little or no connection with the bill under scrutiny. However, the points considered by the Uniform Acts so far<sup>9</sup> relate to business law in its narrow sense. It will be interesting to see the reaction of parliament if the employment law or a labour code were to come into force through a Uniform Act. Such a Uniform Act, with definite social consequences, might in fact bring to the fore the nature of the powers the parliaments seem to have “delegated” by ratifying the OHADA Treaty.

According to the Treaty, there is no predetermined area which may be regulated by Uniform Acts.<sup>10</sup> In a conference co-sponsored by the U.S. Department of Commerce Commercial Law Development Program (CLDP) and OHADA Regional Magistrates School (ERSUMA), And the Economic Community of West African States (ECOWAS in Cotonou Benin from November 29 – December 1, 2000 funded by USAID on the theme “AFRICAN REGIONAL LEGAL HARMONISATION”, Common Law Practitioners expressed their assessment at this unique procedure. The position of Common Law Practitioners is best summarized by W. Paatii Ofosu-Amaah<sup>11</sup> in which he states:

---

<sup>9</sup> Uniform Act relating to General Commercial Law.

Uniform Act relating to Commercial Companies and Economic Interest

Uniform Act Organizing Securities

Uniform Act Organizing Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution

Uniform Act Organizing Collective Proceedings for Wiping off Debts

Uniform Act on arbitration under the OHADA Treaty (11 June 1999)

Rules of Arbitration of the Common Court of Justice and Arbitration

Rules of procedure of the Common Court of Justice and Arbitration

<sup>10</sup> Article two states that: “So as to implement the present Treaty, it is to be understood by Business Law regulations concerning Company law, definition and classification of legal persons engaged in trade, proceeding in respect credits and recovery of debts, means of enforcement, bankruptcy, receiverships, arbitration; are also included the following laws: Employment law, Accounting law, Transportation and Sales laws, and any such other matter that the Council of Ministers would decide, unanimously, to so include as falling within the definition of Business Law, in conformity with the objective of the present Treaty and of the provisions of Article 8.”

<sup>11</sup> See footnotes 7 *supra* at page 46.

Finally, an important feature of the treaty is that it is open for adherence by all states that are members of the Organization of African Unity and other states as well. Whether or not non-CFA Franc countries may join is a major question in view of the fact that the Uniform Acts adopted so far have their origins in present French Law, and the constitutional aspects of the process of the adoption of them may pose serious problems for countries, especially those that follow the common law traditions.

From the foregoing it thus becomes obvious that there is competition and in some cases conflict between regionalisation as a step towards globalisation and the efforts of reform on two separate tracks (francophone and anglophone). This state of affairs causes one to be less than optimistic in weighing the chances of OHADA being the basis that will federate the systems inherited from Africa's colonial past.

Quite apart from the Uniform Acts as stated above, the OHADA Treaty introduces a harmonized or unified system of arbitration by the creation of the Common Court of Justice and Arbitration and the institution of its own arbitration rules. The real strength of this procedure is the possibility of direct enforcement of arbitral awards by the Arbitration Court which effectively shields the award from scrutiny by national courts.

However, even in this arbitration procedure African countries still seem to be evolving on the same 'two track' basis.

According to Roland AMOUSSOU-GUENOU,<sup>12</sup>

L'article 10 du Traité OHADA dispose que : « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition de droit interne antérieure ou postérieure ». C'est la traduction juridique la plus effective de la volonté politique des initiateurs de l'OHADA, de réaliser une intégration juridique au sein des Etats-membres. Cette construction se réalisera sur les fondements des piliers que sont les institutions (notamment la CCJA) et la mise en place d'un système normatif unifié. D'un autre côté, selon l'article 35 alinéa 1er de l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage, « le présent acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats-parties ». Au-delà des deux textes précités, lesquels instituent une véritable uniformisation du droit de l'arbitrage au sein des pays membres de l'OHADA, deux autres dispositions donnent une dimension politique à cette réforme. C'est tout d'abord le préambule du Traité qui affirme la détermination de ses fondateurs pour « de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine » (...) l'adhésion de tout Etat membre de O.U.A. et non signataire (...). »

---

<sup>12</sup> Roland AMOUSSOU-GUENOU, Avocat, chargé de Programmes à l'Institut international de Droit du Développement (IDLI) – Rome, in a paper presented in a colloquium on OHADA held in Yaounde and its perspectives of Arbitration in Africa.

Concrètement, le droit de l'arbitrage unifié est susceptible, en cas de succès, d'être étendu à d'autres Etats africains non francophones. Il semble qu'un certain nombre d'entre eux aient d'ores et déjà manifesté leur intérêt pour l'OHADA en général. C'est pourquoi la récente campagne officielle d'information initiée par l'UNIDA en direction des chefs d'Etats d'Afrique anglophone est politiquement symbolique. En effet, elle met l'accent sur la sensibilisation « (...) des Etats anglophones d'Afrique de l'Ouest à l'intérêt de la dynamique d'unification juridique et d'état de droit économique engagée en Afrique dans le cadre de l'OHADA (...). Mais pour des pays émergents, toute réforme juridique et institutionnelle implique des choix parmi les grands systèmes ou modèles dominants. Elle est donc rarement neutre « politiquement ou idéologiquement ». La réforme du droit de l'arbitrage OHADA n'échappe pas à cette règle. En l'espèce, le législateur OHADA semble avoir construit un système d'arbitrage qui, bien que sui generis et composite, pourrait être classé dans la famille du droit français.

Or ce modèle n'est pas de nature à faciliter l'harmonisation du droit et de la pratique de l'arbitrage au sein de toutes les différentes composantes de la famille juridique africaine. En effet, il existe actuellement un « rideau juridique » entre deux parties de l'Afrique, en ce qui concerne le droit de l'arbitrage interne et international. Celui-ci est matérialisé par la Loi-type de la CNUDCI de 1985 qui semble constituer à la fois un facteur d'harmonisation et une ligne de cloisonnement entre l'Afrique francophone et son homologue anglophone. Dans le premier groupe (Afrique francophone), les lois sur l'arbitrage se sont inspirées du modèle français, et dans le second (Afrique anglophone) les Etats concernés ont repris en tout ou en partie la Loi-type de la CNUDCI dans la réforme de leur législation en la matière. En raison des solutions universelles qu'elle propose et du consensus qui a prévalu à son élaboration, cet instrument de la CNUDCI aurait conféré une meilleure efficacité, et une certaine modernité à l'intégration africaine à travers le droit de l'arbitrage.

It is note worthy that in many cases and Cameroon in particular the Uniform Acts are definitely superior to the predecessor law that in certain cases date as far back as the 19th century!<sup>113</sup>

All legal pundits are agreed on the fact that harmonization of business practice by the enactment of similar or unified rules can only be a catalyst in the development process. The question however remains whether this can be done in Africa along the lines of either 'colonial logic', or the Francophone and Anglophone cultures. OHADA provides such a bridge between both systems by way of the article 53

---

<sup>113</sup> Company Law Legislation in the Civil Law Jurisdiction of Cameroon before OHADA dates from 1867 while those in the Common Law Jurisdiction date from 1958.

which provides an opening to OAU countries and other countries. The genuineness of such an offer can only be tested by the flexibility of the OHADA Uniform Acts and the ways and means that permit the integration of Common Law countries. Then and only then, can the determination be made as to whether OHADA is Common Law friendly.

## L'arbitrage dans l'OHADA

PHILIPPE FOUCHARD\*

De toutes les réalisations de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), celles qui portent sur l'arbitrage sont à coup sûr les plus originales et les plus audacieuses<sup>1</sup>. Il faut employer ici le pluriel, car l'arbitrage de l'OHADA – c'est sa première particularité – est soumis à un double régime. En effet, en même temps qu'un « Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage », le Conseil des Ministres de l'OHADA a adopté, le 11 mars 1999 à Ouagadougou, un « Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage ». Le premier texte est une loi uniforme applicable dans tous les Etats membres à la matière de l'arbitrage; la force obligatoire du second, en revanche, repose sur la volonté des parties à un litige, qui conviennent librement de soumettre celui-ci à un mécanisme d'arbitrage institutionnel. Mais ce règlement n'est qu'une mise en œuvre des dispositions du traité fondateur de l'OHADA de 1993, dont le titre IV avait déjà prévu la création d'un « système d'arbitrage » qui lui serait propre.

De la conjonction de ces textes, tout autant que de leur contenu, se dégage un régime africain de l'arbitrage, dont le particularisme force l'admiration (I) mais suscite aussi quelques inquiétudes (II).

### I. Un objet d'admiration

Dès son Traité constitutif de Port-Louis, en 1993, les pays membres de l'OHADA avaient exprimé leur volonté d'encourager le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges contractuels (préambule et article Ier), et avaient imaginé, dans un titre IV qui lui était spécialement consacré, l'arbitrage institutionnel que devait administrer et contrôler la juridiction suprême régionale, dénommée à cette fin « Cour commune de justice et d'arbitrage » (CCJA).

De tels objectifs étaient particulièrement pertinents : d'une part, la plupart des Etats africains ne disposaient pas, à l'époque, d'une législation moderne en matière d'arbitrage, alors que leurs tribunaux, dépourvus de moyens personnels et matériels,

\* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

<sup>1</sup> Sur l'ensemble de la question, v. *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Université internationale de langue française au service du développement africain, sous la direction de Philippe Fouchard, Bruylants, 2000 : il s'agit des actes d'un colloque tenu à Yaoundé en décembre 1999, où l'on trouvera les textes pertinents et de nombreuses références bibliographiques. Adde, Ph. Leboulanger, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.*, 1999.541.

n'inspiraient guère confiance. D'autre part, pour favoriser les relations économiques régionales et internationales, il était essentiel pour eux de disposer d'un système d'arbitrage commun et crédible.

Incontestablement, ces objectifs ont été atteints, aussi bien par l'Acte uniforme (1) que par le système d'arbitrage de la CCJA (2).

1) *L'Acte uniforme* sur le droit de l'arbitrage a été introduit dès son adoption en 1999 dans tous les Etats membres. Selon son article 35, il y « tient lieu de loi relative à l'arbitrage » et, selon l'article 10 du Traité, il est « directement applicable et obligatoire dans tous les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». On ne peut imaginer une uniformisation plus radicale et aussi définitive, qui sera encore renforcée par le pouvoir attribué à la CCJA, dans sa mission de Cour suprême régionale, pour assurer en dernier ressort l'interprétation et l'application communes des actes uniformes.

a) Le champ d'application de ce droit uniforme ne comporte qu'une limite territoriale ; il régit tout arbitrage dont le siège est situé sur le territoire d'un Etat partie (art. 1). Mais le texte ne fait aucune distinction entre les arbitrages internes et les arbitrages internationaux. C'est là un premier trait, qui mérite d'être remarqué et approuvé. Le droit de l'OHADA se sépare ainsi du modèle français (qui l'a souvent inspiré, même en matière d'arbitrage). Non seulement, il fait l'économie des difficultés qui résultent d'une dualité de régime, et de la détermination du critère de l'internationalité. Mais surtout, conformément à l'objectif d'intégration économique et juridique régionale qui est poursuivi par cette organisation, il réalise une unification maximum du droit des affaires, en supprimant tout risque de conflit de lois. S'agissant de l'arbitrage, dont l'OHADA entend privilégier l'essor, il était essentiel qu'il soit encouragé aussi bien au plan interne qu'au plan international. L'expérience de tous les pays en ce domaine montre en effet que l'arbitrage international ne peut s'implanter et se développer sur une place si n'y existent déjà – ou simultanément – une pratique et une culture de l'arbitrage interne.

b) Cette unification – et c'est un autre objet d'admiration – est réalisée en effet sur la base des standards internationaux les plus favorables à l'arbitrage, destinés à assurer à la fois la liberté des parties et la sécurité du système de règlement des litiges. Celui-ci peut porter sur tous les droits dont les parties ont la libre disposition (art. 2); la clause compromissoire est autonome par rapport au contrat principal et sa validité ne dépend que de la volonté des parties et non d'une loi étatique (art. 4). Les arbitres sont nommés conformément à la convention des parties et à défaut par le juge d'appui du siège de l'arbitrage (art. 5). Sont également affirmés : – le pouvoir de l'arbitre de statuer le premier sur sa propre compétence (art. 13), – la liberté des parties et subsidiairement de l'arbitre de régler la procédure arbitrale sans besoin de se référer à une loi déterminée (art. 14), – l'efficacité des arbitrages institutionnels

choisis par les parties et de leurs règlements (art. 10), – l’obligation de traiter les parties sur un pied d’égalité et de leur laisser toute possibilité de faire valoir leurs moyens (art. 9).

Sur le fond du litige, ce sont des « règles de droit » et pas spécialement une loi étatique que le Tribunal arbitral appliquera, qu’elles aient été choisies par les parties ou, à défaut, déterminées par lui-même comme étant « les plus appropriées » (art. 15).

Enfin, le contentieux post-arbitral est strictement limité. D’une part, la sentence ne peut être attaquée que par un recours en annulation porté devant le juge compétent de l’Etat du siège de l’arbitrage, sa décision ne pouvant elle-même faire l’objet que d’un pourvoi en cassation devant la CCJA (art. 25). Ce recours en annulation n’est recevable que pour des griefs limitativement énumérés par l’article 26 et analogues à ceux retenus en droit français. D’autre part, l’exécution forcée de la sentence est accordée sur simple production de son original et de la convention d’arbitrage, le juge compétent ne pouvant refuser l’exequatur que si la sentence « est manifestement contraire à une règle d’ordre public international des Etats parties » (art. 31). Lorsque la CCJA rejette, sur pourvoi en cassation, le recours en annulation, elle confère force exécutoire à la sentence arbitrale dans tous les Etats de l’OHADA: cette efficacité internationale de plein droit de la sentence dans l’espace OHADA est un immense progrès. En effet, le droit comparé et la Convention de New York réservent naturellement au juge de chaque Etat le pouvoir de contrôler la sentence « étrangère » lorsqu’on demande son exécution.

c) L’une des dispositions les plus remarquables de l’Acte uniforme est l’affirmation de l’aptitude des personnes morales de droit public à compromettre : selon son article 2, al. 2, « les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l’arbitrabilité d’un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d’arbitrage ». Lorsque l’on sait que la plupart des lois africaines antérieures, la pratique et la doctrine des pays concernés, toutes fortement inspirées du droit français, exprimaient un refus ou du moins de forte réticences devant l’insertion de clauses d’arbitrage dans les contrats conclus par les Etats ou leurs émanations, on mesure le chemin parcouru. Par le seul effet de ce texte, toutes ces restrictions deviennent inopposables par les personnes morales de droit public, et les clauses compromissoires qu’elles acceptent dans leurs contrats, qu’ils soient internes ou internationaux, soumis au droit privé ou au droit administratif, ne peuvent plus être contestées du seul fait de la qualité de leur signataire. Le progrès, par rapport au droit français, est considérable. Et la portée économique et politique de la réforme mérite d’être soulignée. Elle n’était pas seulement nécessaire pour que les partenaires économiques étrangers contractent

sans crainte avec des Etats ou des entreprises publiques africaines. Dans certains de ces Etats, où l'accès au juge et le droit à un procès équitable, face à une entité publique, ne sont pas, au moins en pratique, toujours assurés, les ressortissants nationaux avaient également besoin de cette garantie face à la puissance publique.

2) *Le système d'arbitrage de la CCJA* est tout aussi remarquable, aussi bien par ses sources que par son organisation, résolument internationales.

a) Il est d'abord fondé, comme on l'a dit, sur une Convention internationale : le traité constitutif de l'OHADA avait prévu la mise en place de cet arbitrage sous les auspices et le contrôle de la CCJA, et en avait fixé les règles fondamentales (titre IV, art. 21 à 25). Il est rare qu'un arbitrage institutionnel soit régi par un traité, surtout s'il s'agit d'un arbitrage purement commercial<sup>2</sup>. Ensuite, pour le détail des règles de procédure, le traité de Port-Louis a renvoyé à un règlement d'arbitrage. Mais ce règlement a lui-même été adopté par le Conseil des Ministres de l'OHADA, et relève donc lui aussi du droit international public.

Malgré un tel ancrage, le système d'arbitrage de la CCJA reste purement facultatif. Il ne s'appliquera que si deux parties à un litige ont exprimé, dans une convention d'arbitrage classique, la volonté commune de s'y référer (art. 21 du Traité, art. 2.1, 9 et 10 du règlement). Le caractère conventionnel de cet arbitrage n'est donc aucunement affecté par son origine.

b) Par son organisation, le système d'arbitrage de la CCJA est totalement autonome et international. Les dispositions du règlement d'arbitrage (largement inspirées du règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale) sont assez détaillées pour qu'aucune loi (fût-ce l'acte uniforme de l'OHADA) n'ait à intervenir pour en régler la procédure. L'administration de l'arbitrage est assurée par la CCJA et son secrétaire général, qui sont installés à Abidjan. La CCJA établit une liste d'arbitres (facultative) et, à l'instar de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, nomme, confirme ou récuse les arbitres, surveille le déroulement de l'instance et examine les projets de sentence.

Enfin et surtout, c'est le Président de la CCJA qui accorde, sur simple requête, l'exequatur de la sentence, lui conférant ainsi force exécutoire dans tous les Etats parties. Sur opposition à son ordonnance, ou lors d'un recours en contestation de la validité de la sentence, auquel les parties peuvent renoncer, c'est la CCJA qui, collégialement, statue sur les griefs limitatifs que la partie condamnée peut soulever (règlement, art. 29 et 30). L'efficacité de la sentence dans l'ensemble de l'espace

---

<sup>2</sup> Le précédent de la convention de Washington de 1965 n'est qu'à moitié pertinent, puisque l'arbitrage du CIRDI qu'il met en place est réservé aux litiges opposant un Etat à un investisseur étranger.

OHADA est donc assurée par une seule décision, émanant de la juridiction suprême régionale.

Le système fonctionne donc en circuit fermé ; s'il assure à cet arbitrage international une autonomie exceptionnelle, la concentration de missions fort différentes entre les mains d'un même organisme n'est pas sans risque.

## **II. Des causes d'inquiétude**

Malgré leurs grandes qualités, les instruments de l'OHADA en matière d'arbitrage ne pourront suffire à instaurer dans cette région de l'Afrique un droit et une pratique de l'arbitrage parfaitement satisfaisants.

Pour que les intentions et les normes deviennent réalité, il faut compter sur l'attitude de la CCJA (1), et plus largement sur la réaction des entreprises et des juristes en Afrique (2).

1) *Le rôle de la CCJA* sera capital. La personne des sept hauts magistrats qui la composent (ressortissants nécessairement de 7 Etats différents) n'est pas en cause. Et spécialement, son Président, M. Seydou BA, ancien Premier Président de la Cour de cassation du Sénégal, a manifesté déjà, à plusieurs occasions, la prudence et la fermeté avec laquelle il entendait mener à bien les importantes missions que l'OHADA a confiées à la CCJA. Mais force est de constater qu'en matière d'arbitrage, celles-ci sont particulièrement lourdes. Comme juge suprême régional, elle doit d'abord assurer, en dernier ressort, le contrôle de tous les arbitrages se déroulant dans les 16 Etats parties, et plus généralement l'interprétation et l'application commune de l'Acte uniforme (comme de tous les autres). Mais surtout, dans le système d'arbitrage qu'elle contrôle, elle joue à la fois le rôle d'un Centre d'arbitrage international ordinaire, chargé d'administrer et de surveiller un arbitrage privé institutionnel, et celui d'une juridiction publique à laquelle les sentences rendues sous ses auspices sont déférées pour être déclarées exécutoires ou au contraire annulées. On peut craindre que cette confusion des tâches la conduise, lorsqu'elle remplit la seconde, à une certaine indulgence à l'égard d'arbitres qu'elle a nommés ou confirmés, d'une procédure qu'elle a surveillée, et d'une sentence qui a été soumise à son examen préalable avant sa signature (règlement, art. 23). Sans doute ces différentes fonctions seront-elles assurées par des personnes différentes, mais cela suffira-t-il à rassurer ceux qui souhaitent qu'un véritable contrôle judiciaire indépendant puisse s'exercer sur cet arbitrage institutionnel ? Il est symptomatique de relever, à cet égard, que deux griefs recevables contre la sentence selon l'acte uniforme (l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral et la non motivation des sentences) ne le sont plus lorsque la sentence a été rendue dans le cadre de l'arbitrage institutionnel de la CCJA : cette omission est logique puisque la Cour aura été en mesure de contrôler ces deux points lors de l'administration de

l'arbitrage ; mais cette différence n'en introduit pas moins deux poids et deux mesures pour le traitement de ces deux catégories de sentences.

2) En réalité, c'est *l'attitude des praticiens dans les Etats de l'OHADA* qui va jouer, dans les toutes prochaines années, un rôle décisif pour le devenir de l'arbitrage en Afrique. Or, à cet égard, les inquiétudes ne manquent pas.

Ce droit uniforme et ces institutions fédérales de l'OHADA suscitent parfois la méfiance, voire l'hostilité, de certains cadres africains, critiquant leur caractère technocratique et la mise à l'écart des pouvoirs publics nationaux<sup>3</sup>. Plus généralement, les juristes d'entreprise et les avocats n'ont guère eu l'occasion, jusqu'ici, de pratiquer l'arbitrage, et les tâtonnements seront nombreux. Enfin et surtout, l'arbitrage a besoin de magistrats expérimentés et ouverts, pour exercer les fonctions de juge d'appui et de contrôle (au premier degré) des sentences arbitrales. Il faut à la fois les spécialiser et les former.

Selon l'acte uniforme, « le juge compétent » pour la désignation des arbitres, le recours en annulation ou l'exequatur de la sentence est déterminé par chaque Etat partie. Il n'est pas certain que tous les Etats aient clairement fixé ces compétences judiciaires internes, et encore moins qu'ils aient veillé à les concentrer entre les mains d'une seule juridiction par Etat, ayant l'autorité et l'expérience nécessaires pour exercer ces fonctions délicates.

Quant à la formation des magistrats, tout aussi nécessaire au succès de l'arbitrage OHADA, elle a été confiée par cette Organisation à l'Ecole régionale supérieure de la magistrature, qui est une autre institution de l'OHADA, installée à Porto-Novo (Bénin).

On le voit : l'avenir de l'arbitrage OHADA est aussi et surtout une question d'hommes (ou de femmes). D'une grande banalité, cette conclusion est aussi prudente qu'est ambitieuse la jeune entreprise OHADA.

---

<sup>3</sup> Consulter par exemple les débats et les interventions lors du colloque précité de Yaoundé.

## Interactional International Law

JUTTA BRUNNÉE AND STEPHEN J. TOOPE\*

### Introduction

Seven years ago, we began working on security aspects of shared freshwater resources. Our work formed part of the “cooperative security” discussion that tried to move security studies away from its traditional preoccupation with military issues and to conceive of human security in broader terms.<sup>1</sup> We soon began to feel a sense of dissatisfaction with our own framework for analysis as we explored the literature of international relations (IR) theory. Why was it that international lawyers seemed so often simply to assume the relevance of law? Why did IR theorists so rarely even pay attention to the international legal framework? Slowly, our work evolved to put these questions front and centre.<sup>2</sup>

---

\* Professors at the Faculty of Law, University of Toronto and the Faculty of Law and Institute of Comparative Law, McGill University respectively. We gratefully acknowledge the support of the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada.

<sup>1</sup> Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, *Environmental Security and Freshwater Resources: A Case for International Ecosystem Law*, 5 YEARBOOK INT'L ENVTL L. 41 (1995); Jutta Brunnée & Stephen J. Toope, *Environmental Security and Freshwater Resources: Ecosystem Regime Building*, 91 AM. J. INT'L L. 26 (1997); and Stephen J. Toope & Jutta Brunnée, *Freshwater Regimes: The Mandate of the International Joint Commission* 15 ARIZONA J. INT'L & COMP. L. 273 (1998).

<sup>2</sup> Obviously, we were not alone. Over the last few years, a growing interdisciplinary literature has developed. See, e.g., Kenneth W. Abbott, *Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers* 14 YALE J. INT'L L. 335 (1989); Anthony Clark Arend, *LEGAL RULES AND INTERNATIONAL SOCIETY* 87-104 (1999); Michael Byers, *CUSTOM, POWER AND THE POWER OF RULES: INTERNATIONAL RELATIONS AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW* (1999); Andrew Hurrell, *International Law and the Changing Constitution of International Society*, in *THE ROLE OF LAW IN INTERNATIONAL POLITICS* 327 (Michael Byers, ed., 2000); and Anne-Marie Slaughter et al., *International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship*, 92 AM. J. INT'L L. 367 (1998). Earlier efforts were undertaken by Friedrich Kratochwil, *RULES, NORMS, AND DECISIONS: ON THE CONDITIONS OF PRACTICAL AND LEGAL REASONING IN INTERNATIONAL RELATIONS AND DOMESTIC AFFAIRS* (1989); and Nicholas Greenwood Onuf, *WORLD OF OUR MAKING: RULES AND RULE IN SOCIAL THEORY* (1989). Various authors have suggested joint research agendas for interdisciplinary work. See, e.g., Benedict Kingsbury, *The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law*, 19 MICH. J. INT'L L. 345, 368-72 (1998); Robert J. Beck, *International Law and International Relations: The Prospects for Interdisciplinary Collaboration* in *INTERNATIONAL RULES: APPROACHES FROM INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS* 3 (Robert J. Beck et al., eds., 1996); Anne-Marie Slaughter Burley, *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda* 87 AM. J. INT'L L. 205 (1993); and Slaughter et al., *id.*, at 383-93.

We have become increasingly interested in precisely how it is that international law influences the conduct of international actors. In working with different strands of IR scholarship, we were first struck by the absence of any distinctions, in terms of their respective features and effects, between legal and non-legal norms, and amongst the various types of legal norms. This lack of attention to possible differences may result partly from the prevailing assessments of law's role in international society. In the eyes of many IR scholars, law merely serves the interests of states. At most it can create predictable rules and stable institutional structures for state interaction, but cannot exert any independent influence on state conduct. We found that the inclination of many IR theorists to attribute only a very limited role and independent effect to law (or none at all) in turn correlates with an underlying formalistic and positivist conception of law, drawing heavily upon assumptions rooted in domestic law. Typically, 'law' is assumed to be hierarchical ordering, deriving its power from particular sources, from form and precision, and from its enforceability. Not surprisingly, international law, because of its horizontal structure, does not fare well when measured against such formal indicators of law. We hasten to add that these assumptions about the essence of law are shared by many international lawyers, who have laboured within an at least implicitly positivist framework to justify international law as 'real' law. Their conceptions have, in turn, influenced the way in which IR theorists have viewed international law.<sup>3</sup>

We venture to say that this shared, narrow, understanding of law is precisely what has hindered the interdisciplinary debate and has caught much of the writing in IR and international law in a vicious circle of sorts. International lawyers have turned to IR theory for new insights that could help explain the distinctive influence of law. Yet, many potentially useful IR insights are based upon conceptions of law that have limited explanatory power in a horizontal system.

### **An Interactional Conception of International Law**

Constructivist IR theory, read with the legal theory of Lon Fuller, offers avenues of escape from the vicious circle and can help direct our attention to fruitful lines of inquiry. By focusing on identities as generators of interests and illuminating how identities are shaped through social interaction, constructivism can explain the influence of law in a horizontal system. Seen from a constructivist standpoint, law is not hierarchical control but is generated and shaped through interaction. At the same time, law is not inevitably subordinate to the interests of states but can influence actors' behaviour by affecting their identities and, thereby, their interests.

---

<sup>3</sup> See Jutta Brunnée & Stephen J. Toope, *International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law*, 39 COL. J. TRANS. L. 19, at 20-25 (2000).

Constructivists describe a continuous, mutually generative process. Institutions, norms and rules frame interactions and discourse, and influence the identities of actors. In turn, institutions are themselves re-shaped through interaction and discourse, and the attendant identity changes produced in actors.<sup>4</sup>

A constructivist perspective can assist international lawyers in explaining more plausibly not just how international law is generated but also how it operates. Constructivists do not see norms or rules as direct causes of behaviour. Rather, norms provide structures that constrain and enable choices and arguments. We would add to this account the claim that *legal* norms perform these functions in particular ways and that they have distinctive traits that enable them to do so.

Drawing on Fuller's insights, we have articulated an interactional conception of international law. Fuller understood law as a social practice, as an ongoing generative activity. Through social interaction, relatively stable patterns of expectation must emerge to allow the application of norms in specific contexts. Ultimately, rules are persuasive and legal systems are perceived as legitimate when they are broadly congruent with the practices and shared understandings in society. While the line between social and legal norms is often fluid, there are certain internal characteristics that distinguish law from other normative systems. In essence, these characteristics require that rules must be compatible with one another, that they must ask reasonable things, that they are transparent and relatively predictable, and that known rules actually guide the discretion of officials. In our view, these internal traits, and not sources, precision, delegation or enforceability, make law 'binding.' They infuse legal norms with legitimacy and enhance their ability to shape arguments, persuade and promote adherence.<sup>5</sup>

Our project raises a series of important questions about the formation of state identity and the construction of "interests". Specifically, the role of law in these processes is highlighted. Perhaps the greatest challenge presented by our work is to traditional understandings of the nature and sources of legal obligation. If international law is not entirely subservient to state interests, if it is capable of influencing state conduct, the central question is how the force of international law is produced. Typically, this force is said to be generated by law's 'binding' quality. But what does this mean? Obviously, this is not an original question. It has preoccupied generations of legal and political theorists. However, we explore whether or not the discourse between IR and IL might foster new insights.

---

<sup>4</sup> Brunnée & Toope, *ibid.*, at 64-71. See also Alexander Wendt, SOCIAL THEORY OF INTERNATIONAL POLITICS (1999); KRATOCHWIL, *supra*, note 2; and Onuf, *supra*, note 2.

<sup>5</sup> Brunnée & Toope, *supra*, note 3, at 43-64. See also Lon L. Fuller, THE LAW IN QUEST OF ITSELF (1940); and Lon L. Fuller, THE MORALITY OF LAW, rev'd ed. (1969).

We are mindful that some IR scholars continue to advance powerful arguments that law is not binding in any meaningful sense, or that its influence cannot be distinguished from that of any other social norm.<sup>6</sup> Still, the framers of a recent special issue on “Legalization” of the IR journal, *International Organization*, have marshaled strong evidence that law matters increasingly in international society.<sup>7</sup> Why? The framers posit the importance of ‘obligation,’ which we suggest returns us to the centrality of bindingness, and the need to explain its power. To arrive at a satisfying set of hypotheses, we believe that two lines of inquiry need to be disentangled so as to produce possible explanations of cause and effect.

First, bindingness cannot simply be assumed, as is so often the case in standard international law analysis. Being formally binding, that is sanctioned by consent, says little about a rule’s inherent ability to influence the conduct of international actors, as many formal rules of international human rights law so sadly attest. Second, bindingness needs to be distinguished from the issue of enforcement. Where a norm can actually be enforced, it would be foolish to deny the importance of the enforcement function. Penalties and inducements can matter. But more often than not, international law is theoretically enforceable, but cannot be enforced in practice. Yet states may still comply. Why?

### **Our Research Agenda**

To reiterate, we argue that law is persuasive when it is viewed as legitimate, largely in terms of internal process values, and when, as a result of the existence of basic social understandings, it can call upon reasoned argument, particularly analogy, to justify its processes and its broad substantive ends, thereby creating shared rhetorical knowledge. We are now pursuing a research agenda based upon these observations. We hope to learn more about political and legal change by examining in specific settings whether and how internal qualities of law have promoted allegiance in the creation of international legal regimes. We do not look to law’s influence primarily as an aspect of “certainty,” “precision,” “formality” or “predictability,” but as the effect of its particular form of legitimacy.

Law is law in large measure because of its normative aspirations, and we need to

---

<sup>6</sup> See, e.g., Martha Finnemore, *Are Legal Norms Distinctive?*, 32 N.Y.U. J. INT’L L. & POL. 699, at 701-2 (2000) (asking whether international lawyers pay attention to what makes legal norms distinctive from other social norms).

<sup>7</sup> Kenneth W. Abbott et al., *The Concept of Legalization*, 54 INT’L ORG. 401 (2000). Although we find the “legalization” discourse instructive, ultimately we conclude that it is too narrowly drawn. See Martha Finnemore & Stephen J. Toope, *Alternatives to ‘legalization’: richer views of law and politics*, 55 INT’L ORG. 751 (2001).

understand better how those aspirations are transformed into “thick acceptance” on the part of actors in the system. We look first to processes of reasoning and normative elaboration that help to involve actors and enable them to feel directly implicated in the self-governing they seek to achieve. Rather than focusing purely upon the substantive outcome of negotiation and interpretation of norms, we investigate the processes by which rules were elaborated. We also focus upon the internal qualities of norms, not from an instrumental perspective, but by imagining norms as legitimate (or not) in part as a result of their internal qualities.

Many complex research questions remain to be addressed. For example, we need to detail the particular processes by which shared knowledge is created through interaction and communication. This agenda requires work on issues such as normative transformation and deepening (including the need for congruence with underlying practice), the role of non-state actors in building international legal regimes, state-to-state discourse (both bilateral and multilateral), the influence of acts of interpretation that take place throughout legal systems and not merely in adjudicative settings, and the role of reasons in promoting a thick acceptance of legal rules. We are currently pursuing this research agenda in three specific contexts.

Our first step is an extended analysis of the processes generating normative development within the freshwater resources regime of the Nile Basin.<sup>8</sup> Our research shows that law has played a significant role within the Nile Basin water regime for generations, usually in negative ways, by reinforcing competition and conflict. We conclude that law's persuasive influence has recently shifted, both through the elaboration of a less oppositional framework of international water law, and through the creation of various processes that have fostered regional collaboration. These processes have encouraged environmental learning, begun to build a basin-wide identity amongst Nile riparians and re-oriented normative discourse. Normative frameworks to promote co-operation have greater legitimacy today than at any time in the Nile's recent history. Our interactional understanding of international law goes a long way to explain processes that would be completely counterintuitive within the traditions of positivist international law, and neo-realist or even neo-liberal international relations theory.

The interactional conception of international law is also helpful in analyzing lawmaking within multilateral environmental regimes. There has been considerable debate about the role of Conferences of the Parties (COPs) in this context. Commentators have focussed, in particular, on options for reducing the role of state

---

<sup>8</sup> See Jutta Brunnée & Stephen J. Toope, *The Changing Nile Basin Regime: Does Law Matter?* (forthcoming in HARV. J. INT'L L., 2002).

consent and strengthening global environmental lawmaking, and on concerns regarding the legitimacy of stronger lawmaking institutions.<sup>9</sup> An interactional perspective highlights that the lawmaking role of COPs is not confined to instances of formally binding decision-making. Further, it indicates that the prerequisites for ‘efficient’ decision-making are considerably more complex than making COP decisions formally binding or subject to majority vote, as has been suggested. Finally, the conception of legitimacy that is inherent in the interactional account is highly relevant to the growing role of COPs. Legitimacy is not merely a factor that gains in importance as lawmaking gravitates into international forums. It is central to the very existence of law, whether generated within COPs or otherwise.<sup>10</sup>

The third context in which we will pursue the research questions generated by our project is the nexus between questions of bindingness and compliance.<sup>11</sup> As suggested above, we believe that the internal qualities of law itself, as well as the processes through which law is generated, help to explain this conundrum. Nonetheless, care must be taken not to conflate questions of obligation or bindingness, and compliance. Although the two are closely related, careful attention must be paid to the dynamics of the relationship. The binding quality of law helps to generate compliance, but the inverse is not necessarily true: patterns of compliance do not explain why law is binding. Our goal is to clarify the implications of different conceptions of international law for the analysis of compliance issues.<sup>12</sup> To this end, we intend to address, from an interactional standpoint, some of the questions that have preoccupied the compliance literature. Salient questions include the following: To what extent and under what circumstances is compliance generated through mechanisms of incentive and disincentive, such as “membership” or “enforcement”?<sup>13</sup> How significant to generating compliance is an acceptance of

<sup>9</sup> See, e.g., Robin Churchill & Geir Ulfstein, *Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law*, 94 AM. J. INT'L L. 623 (2000); Daniel Bodansky, *The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?*, 93 AM. J. INT'L L. 596 (1999).

<sup>10</sup> Jutta Brunnée, *COPing with Consent: Lawmaking under Multilateral Environmental Agreements* (Working Draft, 2001).

<sup>11</sup> See also Thomas M. Franck, THE POWER OF LEGITIMACY AMONG NATIONS, at 26 (1990) (referring to the “compliance pull” of international law).

<sup>12</sup> See also Kingsbury, *supra*, note 2 (suggesting an interdisciplinary research agenda on compliance).

<sup>13</sup> See George W. Downs, David M. Rocke, and Peter N. Barsoom, *Is the Good News about Compliance Good News about Cooperation?* 50:3 INT'L ORG. 379 (1996); and George W. Downs, Kyle W. Danish and Peter N. Barsoom, *The Transformational Model of International Regime Design: Triumph of Hope or Experience?*, 38 COL. J. TRANS. L. 465 (2000).

bindingness rooted in deference, enmeshment in discourse,<sup>14</sup> consent or legitimacy?<sup>15</sup> Does the fit or concordance of particular legal norms with the broader normative framework affect the likelihood of compliance? How does international law promote compliance by collectivities such as states, as opposed to influencing only the human beings who represent the state in the relevant interactional processes? How do international communicative processes amongst elites get transferred to national bureaucracies and to citizens within states? Do they need to be transferred?<sup>16</sup> What role do binding third-party processes of dispute resolution, or “delegation,” play in the enhancement of compliance with international law?<sup>17</sup>

Ultimately, these lines of inquiry should help us to identify more precisely how legal norms are relatively autonomous from power relations, and how they can be distinguished from other forms of social normativity.

---

<sup>14</sup> See Abram Chayes & Antonia Handler Chayes, *THE NEW SOVEREIGNTY: COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL REGULATORY AGREEMENTS* (1995).

<sup>15</sup> See Franck, *LEGITIMACY*, *supra*, note 11.

<sup>16</sup> See Harold Hongju Koh, *Why Do Nations Obey International Law?* 106 YALE L.J. 2599, 2645-2658 (1997).

<sup>17</sup> See Abbott, et al., *supra*, note 7, at 401-404 and 415-418.

## **XIXème Session diplomatique de la Conférence de La Haye de droit international privé**

CATHERINE KESSEDJIAN

La Conférence de La Haye de droit international privé s'est réunie en session diplomatique du 6 au 22 juin 2001. Conformément aux décisions prises par les Etats membres en mai 2000 (voir les conclusions de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence sur le site, [www.hcch.net](http://www.hcch.net)), cette XIXème session diplomatique, entièrement consacrée au projet de convention sur la compétence internationale et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, correspond, à bien des égards, à une innovation dans l'évolution de l'organisation.

Tout d'abord, c'est la première fois dans l'histoire de l'organisation qu'une session diplomatique est organisée en deux parties, la réunion qui s'est tenue en juin constituant la première partie de la XIXème session. La raison essentielle de cette structure inhabituelle tenait aux difficultés que la négociation d'une convention sur la compétence internationale des tribunaux et les jugements étrangers avait rencontrées depuis l'adoption d'un avant-projet en octobre 1999 (sur une première étape de ce projet, voir le *Forum du droit international*, vol.3, n°1). Compte tenu de ces difficultés, il n'était pas du tout certain que la conférence diplomatique puisse aboutir si bien que les négociateurs ont considéré plus prudent de tenter de se rapprocher durant une première partie de session et de ne convoquer la seconde partie qu'en cas de succès.

La deuxième innovation tenait aux méthodes de travail. Jusqu'à maintenant, la Conférence prenait ses décisions selon le mode démocratique le plus classique : un Etat, une voix. Les décisions étaient mises aux voix à la majorité simple, sauf lorsqu'un vote avait déjà eu lieu en Commission spéciale, auquel cas, une majorité qualifiée était nécessaire pour ouvrir à nouveau un sujet. Cependant, ce système de vote a été critiqué, notamment compte tenu de l'intégration européenne entraînant une coordination de plus en plus étroite des Etats membres de l'Union européenne qui, bien souvent, votaient dans la même direction. En effet, une telle intégration ne pose pas de réelle difficulté dans une organisation de grande ampleur comportant plus d'une centaine de membres. Mais lorsque, comme dans le cas de la Conférence de La Haye, les Etats membres sont en nombre restreint et que, de surcroît, ils ne sont pas tous présents lors des réunions, l'Union européenne parvient assez facilement à réunir une majorité a fortiori si l'on y ajoute les Etats qui sont en instance d'adhésion. Le système de vote n'étant plus acceptable pour certains Etats tiers, il fut décidé que la première partie de la conférence diplomatique se déroulerait selon la procédure dite de consensus.

La troisième innovation est directement liée à celle qui vient d'être évoquée. La procédure de consensus, sans qu'une procédure de déblocage ait été mise en place lorsqu'un Etat oppose un veto à l'adoption d'une disposition, entraîne alors une quasi impossibilité de poursuivre un travail de rédaction selon les méthodes habituelles. Il n'est pas inutile de rappeler ici que la Conférence était une des rares organisations à rédiger ses conventions simultanément dans les deux langues de travail de l'organisation : l'anglais et le français. Il ne s'agissait pas d'une traduction, mais d'un véritable travail de rédaction en deux langues. Ce travail était effectué par un comité de rédaction formé d'experts gouvernementaux maîtrisant normalement les deux langues. Ce système avait le grand mérite de s'assurer que les concepts connus dans les divers systèmes juridiques en présence étaient respectés, autorisant ainsi une meilleure intégration de la convention dans les systèmes juridiques des Etats Parties. Or, lors de la session de juin 2001 (comme d'ailleurs lors d'une autre réunion qui avait eu lieu en janvier 2001 à propos d'un autre projet), le secrétariat a pris en charge l'essentiel de la rédaction des textes issus des discussions et les a rédigés d'abord en anglais pour en établir ensuite une traduction en français. La structure et la texture de la norme en sont profondément modifiés. La prise en considération des concepts des pays de tradition romano-germanique et des autres pays qui ne s'inspirent pas (ou pas complètement) de la tradition de common law n'étant plus assurée de la même manière. Seul l'avenir permettra de dire si cette technique permet d'adopter des normes unifiées satisfaisantes pour tous les Etats Parties.

En ce qui concerne la substance des travaux de la Conférence de La Haye, il convient de noter que les conclusions de la Commission spéciale de mai 2000, déjà citées, ont été généralement confirmées. Les Etats Membres ont simplement conféré priorité au nouveau projet de normes de conflit de lois sur les valeurs mobilières détenues par des intermédiaires et données à titre de sûretés. Ce projet suit une procédure accélérée également nouvelle au sein de l'organisation. Une seule réunion d'experts s'est tenue en janvier 2001 aboutissant à un tout premier projet de texte. Une nouvelle réunion d'experts se tiendra en janvier 2002 en vue, si possible, de réunir une session diplomatique plus tard dans l'année 2002.

Quant au projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers, le texte issu de la session de juin 2001 contient de nombreuses notes, options, variantes, propositions entre crochets qui en rendent la lecture peu aisée pour toute personne qui n'a pas participé aux travaux. Ce texte fera l'objet d'une nouvelle consultation dans les Etats Membres. Aucune décision n'a pu être prise sur la suite des travaux, décision renvoyée à plus tard (vraisemblablement janvier 2002). A ce stade, il est très difficile de prévoir ce qui va advenir du projet.

Nous sommes d'avis que le projet dans son ensemble devrait être abandonné

pour le moment, tout en laissant le sujet à l'ordre du jour de la Conférence de manière à permettre la poursuite des études de terrain qui n'avaient pas été faites en 1992 et qui ont cruellement manqué tout au long des négociations. En revanche une convention peut être adoptée sur un sujet qui serait d'une utilité extrêmement grande en pratique. Ce serait une convention sur l'élection de for et la reconnaissance automatique des jugements qui en sont issus. Certes, la Conférence a déjà adopté une convention sur l'élection de for (25 novembre 1965), mais celle-ci n'a pas eu de succès et n'est pas en vigueur. Ses dispositions sont assez bonnes dans l'ensemble, mais certaines d'entre elles devraient être adaptées aux évolutions que l'on a connu depuis son adoption, notamment, quant à la validité formelle de l'accord d'élection de for qui doit maintenant être conforme aux moyens électroniques utilisés pour la conclusion des contrats. Un accord devrait pouvoir être atteint sans trop de difficulté, s'agissant de l'une des dispositions (article 4) qui a été la moins controversée dans le projet actuel. Lorsque nous disons que les jugements rendus par le tribunal dont la compétence a été prorogée par les parties dans leur accord d'élection de for doivent être automatiquement reconnus ou exécutés, nous admettons que certaines vérifications minimales devraient être faites (par exemple, vérifier que c'est bien le tribunal élu qui a rendu le jugement), mais elles pourraient être très réduites, s'agissant avant tout de donner effet à l'autonomie de la volonté, les parties étant le mieux à même de déterminer leur intérêt lorsqu'elles choisissent un for. Un seul aspect de cette question continuera à poser des difficultés mais on pourrait l'exclure du cadre de ce texte minimalist<sup>1</sup> que nous proposons, c'est la question de la validité de telles clauses dans les contrats avec les consommateurs. Cette question, aujourd'hui, en raison notamment du commerce électronique, soulève des controverses très vives et il ne nous paraît pas possible de trouver encore, en l'état, un terrain d'entente. Il conviendrait alors de limiter le texte aux seules clauses conclues dans un contexte entre professionnels (business-to-business ou B2B).

---

<sup>1</sup> Lorsque nous disons qu'il s'agit d'un texte minimalist, cela ne veut pas dire que les intérêts économiques qu'il est destiné à protéger sont faibles, bien au contraire. Ce que nous proposons constitue, en réalité, rien de moins que l'équivalent d'une convention de New York de 1958 pour les clauses d'élection de for et les jugements qui en découlent. Si une telle convention était adoptée elle rendrait des services immenses à la communauté internationale des commerçants.



## **International Law FORUM du droit international**

---

### **Subscription Rates**

Institutional subscription prices, per volume for 2001: EUR 127.50 (including postage and handling). Individual ILA Members and students may subscribe at the reduced rate of GB £26.50 (including postage and handling) per volume. ILA Members and students must send written proof along with their subscription order. These subscriptions may not be put at the disposal of any library. Payment can be made by bank, draft, personal check, credit card, international money order, or UNESCO coupons.

Subscription orders and requests for sample copies should be sent to:

Kluwer Law International Distribution Centre  
P.O. Box 322  
3300 AH DORDRECHT  
The Netherlands  
(or to any subscription agent)

For advertisement rates, prices of back volumes, and other information, apply to Kluwer Law International, Sales Department, PO Box 85889, 2508 CN The Hague, The Netherlands.

### **Photocopying**

In the USA: This journal is registered at the Copyright Clearance Center, Inc., 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923. Authorization to photocopy its items for internal or personal use, or the internal or personal use of specific clients, is granted by Kluwer Law International for users registered with the Copyright Clearance Center (CCC) Transactional Reporting Service, provided that the fee of US \$19.50 per copy is paid directly to CCC. For those organisations that have been granted a photocopy licence by CCC, a separate system of payment has been arranged. The fee code for users of the Transactional Reporting Services is 0929-0273/01 US \$19.50. Authorization does not extend to other kinds of copying, such as that for general distribution, for advertising or promotional purposes, for creating new collective works, or for resale.

In the rest of the world: Permission to photocopy must be obtained from the copyright owner. Please apply to Kluwer Law International, P.O. Box 85889, 2508 CN The Hague, The Netherlands.

**The Kluwer Law International Electronic Catalogue.** This free Internet service is available at the following url: <http://www.kluwerlaw.com>

**Consent to publish** in this journal entails the author's irrevocable and exclusive authorisation of the publisher to collect any sums or considerations for copying or reproduction payable by third parties (as mentioned in article 17, paragraph 2, of the Dutch Copyright Act of 1912 and in the Royal Decree of June 20, 1974 (S.351) pursuant to article 16b of the Dutch Copyright Act of 1912) and/or to act in or out of the court in connection therewith.

**Microfilm and microfiche editions** of this journal are available from University Microfilms International, 300 North Zeeb Road, Ann Arbor, MI 48106, USA.