

OHADA ET BONNE GOUVERNANCE : LE DEFI DU CONCRET !

Rapport général de l'Université d'été OHADA 2009

Achille NGWANZA*

Généralement, à la clôture des travaux de telle nature, il est d'usage de se livrer à une litanie de remerciements dont la profusion n'est pas toujours à la mesure de la réalité. Sans céder à cette tentation de l'hyperbole, qu'il nous soit permis d'adresser notre sincère satisfaction à l'assemblée ici présente, aux intervenants et personnalités avec une marque spécifique pour notre directeur scientifique¹ et le Directeur général de l'ERSUMA². Leur présence est le gage de qualité de cette Université d'été qui se veut la clé de voute de l'agenda scientifique de l'OHADA, d'où le choix d'une thématique particulièrement ambitieuse. OHADA et Bonne gouvernance, « vaste programme », l'analyste rigoureux ne pourra qu'employer la célèbre formule gaullienne³ pour caractériser l'ampleur du sujet. Les organisateurs du millésime 2009 ont délibérément choisi un thème qu'il ne pouvait épuiser, il s'agissait pour eux de créer un foisonnement d'idées autour d'un sujet dont l'actualité relève à la fois de la conjoncture économique internationale et de la révision du Pacte constitutif de l'Organisation⁴. Le grief pris de l'absence d'exhaustivité des thèmes développés traduira une lecture hâtive de la posture méthodologique de Cercle HORIZON, car en fait d'investigations complètes, il s'agissait uniquement d'extirper les questions sourdes qui surnagent difficilement dans la littérature communautaire.

De plus, conformément à l'adage « qui embrasse trop, mal étreint », la rigueur de la démarche imposait de choisir un angle d'attaque qui permettait certes une vue panoramique de l'OHADA, mais axé sur quelques aspects essentiels. Dans cette optique, il était justifié de passer l'OHADA au crible du raisonnement scientifique en se focalisant sur ce qui lui est consubstantiel. De ce fait, tout propos sur le rôle des Etats quant à l'avènement d'un environnement d'affaires sécurisé excédait le champ de l'Université d'été 2009. Malgré la connexité de la gouvernance publique et celle des affaires⁵, la première appelle des particularités justifiant un traitement distinct⁶. Fort de ces précautions méthodologiques, envisager l'étude de la bonne gouvernance sous le triptyque institution, procès et entreprise

* Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche (ATER) en droit privé à l'Université Paris-Nord 13, Secrétaire général de Cercle HORIZON.

¹ Professeur Claire Moore Dickerson

² Il s'agit de Monsieur Mathias Poubosla Niambekoudougou.

³ En réponse à une personne qui l'apostrophaît lors d'une manifestation en criant « mort aux cons », le Général De Gaulle rétorqua laconiquement : « vaste programme ».

⁴ Chaque fois que le terme organisation débutera avec une majuscule, il désignera l'OHADA.

⁵ Lire dans ce sens la communication du Pr Claire Moore Dickerson, « OHADA et bonne gouvernance : exposé introductif ».

⁶ Toutefois, il est clair que le succès de l'OHADA est tributaire de l'implication des Etats-Parties dans la mesure où la mise en œuvre des textes se fait au niveau national, l'arrêt n° 027/2008 du 30 avril 2008 de la CCJA dans l'affaire Société African Petroleum Consultants dite APC c/ Etat du Cameroun (Cdrom Jurisprudence CCJA et textes OHADA annotés) est assez illustratif de l'importance de la puissance publique quant au bon fonctionnement de la justice. En l'espèce, il était reproché à l'Etat du Cameroun d'avoir refusé de prêter son concours à l'exécution d'une sentence, ce en violation de l'article 29 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Ne disposant d'aucun pouvoir de coercition sur les Etats-parties, la CCJA s'est déclarée incompétente. Pour aller plus loin sur la gouvernance publique, M. Bouvier (dir), *La bonne gouvernance des finances publiques dans le monde. Actes de la IV^e Université de printemps de finances publiques*, LGDJ, 2009 ; A-G. Cohen, *Contrôle interne et audit publics. Pour une nouvelle gestion publique*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2008.

procédait de l'évidence car au-delà des règles, l'Organisation n'a de sens qu'au regard de ses structures et des opérateurs économiques en charge d'appliquer le droit uniforme des affaires. Par ailleurs, il peut sembler un tantinet tautologique de comparer OHADA et bonne gouvernance, ce dernier concept renvoyant aux valeurs universelles qui établissent la nécessité du déroulement du jeu commercial dans des conditions d'équité et de gestion stricte. Comment ne pas voir dans cette définition la consécration de la sécurité normative et judiciaire, principal leitmotiv de la législation communautaire africaine. Compte tenu des affinités téléologiques existant entre le droit uniforme et la bonne gouvernance, mettre en relief ces deux notions, c'est étudier la portée pratique de l'OHADA à la lumière des principes qui fondent sa création. Concrètement, il s'agit de se demander si en OHADA théorie et pratique font cause commune ou si inversement l'une est trahie par les travers de l'autre.

Au regard des brillantes communications présentées ces deux jours⁷, le diptyque transparence / efficacité résume à perfection les idéaux à travers lesquels il convient d'aborder l'effectivité de la bonne gouvernance en Afrique. En effet, ces deux concepts constituent la synthèse des normes visant la moralisation des affaires et la rentabilité de l'investissement. Un regard attentif de l'OHADA permet de conclure que la conquête du graal de la transparence est inachevée (I), tandis que l'efficacité se présente sous les jours d'un bilan contrasté (II).

I. LA TRANSPARENCE : UNE VERTU PARTIELLEMENT MAITRISEE

Excepté en matière fiscale⁸, le terme « transparence » malgré ses multiples usages ne fait l'objet d'aucune définition en droit, pourtant chacun en pressent un sens qui renvoie intuitivement à la lumière. Comme il est drôle de noter que le concept réputé illustrer la nécessité d'agir sans dissimulation aucune est lui-même source d'obscurité. Perçu sous la triade gouvernance institutionnelle, gouvernance processuelle et *corporate governance*, la transparence renvoie à tout principe qui permet de donner de la visibilité aux actions, droits et / ou procédures, ce qui est un gage de leur bonne compréhension. Le passage en revue de l'OHADA sous toutes ses coutures révèle une maîtrise variable de la transparence. Ainsi, la consécration de mécanismes facilitant l'accès aux informations sur la vie des commerçants (C) contraste avec les lacunes de la communication institutionnelle (A). Entre les deux, s'interfèrent des règles processuelles qui nécessitent quelques aménagements pour acquérir le label d'excellence (B).

A. Une communication institutionnelle lacunaire

Au regard des divers financements et appuis internationaux reçus par l'Organisation⁹, il peut paraître curieux de critiquer le marketing des organes de l'OHADA, cependant pareille

⁷ Au-delà de la cérémonie d'ouverture tenue le 06 juillet dernier, l'Université d'été 2009 a été subdivisée en deux parties étalées sur deux jours chacune, des travaux en colloque et une formation délocalisée de l'ERSUMA. Le présent rapport général a été présenté le 08 juillet, le colloque ayant débuté le 07 juillet 2009.

⁸ D'après le *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17^{ème} édition, 2009, la transparence fiscale est « un néologisme désignant une manifestation particulière de l'autonomie du droit fiscal, selon laquelle celui-ci accepte d'ignorer la personnalité juridique de certaines sociétés. Celles-ci ne sont, alors, pas assujetties à l'impôt sur les bénéfices des sociétés, leurs profits étant imposés dans la personne de leurs associés au titre de l'impôt sur le revenu comme s'ils avaient été réalisés directement par eux et non par la société. La charge fiscale globale est ainsi allégée du montant de l'impôt sur les bénéfices qu'aurait eu à payer la société si elle n'avait pas été fiscalement " transparente " ».

⁹ On citera pour mémoire le programme de soutien de l'Union Européenne en faveur de l'ERSUMA. Pour détails, lire la communication de J. Cueto, « Bilan et perspectives de l'ERSUMA ». La Banque Mondiale dans le cadre

attitude est le fruit d'un raisonnement superficiel. La reconnaissance de l'Organisation à l'échelon international ne reflète pas vraiment la mise en place d'une réelle stratégie de diffusion du droit communautaire, elle traduit davantage l'espoir qu'elle a suscité auprès de tous les organismes préoccupés par le développement de l'Afrique. L'inexistence d'un vaste plan visant par exemple à investir les facultés de droit montre que l'effort de coopération engagé par les autorités communautaires est d'abord dirigé vers les institutions susceptibles de soutenir leurs actions¹⁰. Pour compréhensible que soit cette attitude, il n'en demeure pas moins que l'OHADA est avant tout un droit en destination de seize pays africains¹¹, par conséquent il importe de veiller à ce que le nouveau droit des affaires soit connu et approuvé de l'intérieur¹². A la décharge des responsables de l'Organisation, le classique argument de la précarité des moyens est à moitié recevable car toutes les actions de publicité ne nécessitent pas une importante mobilisation de capitaux¹³. Le cas des formations de l'ERSUMA est suffisamment parlant, à défaut d'avoir un site internet, celle-ci n'hésite pas à faire annoncer ses formations sur le site www.ohada.com. Il convient de préciser que cette action méritoire est largement insuffisante car il est dommage de renvoyer une personne en quête d'informations sur une structure publique vers un site privé¹⁴, surtout l'archivage quotidien des newsletters annonçant les sessions de formation de l'ERSUMA complique considérablement les recherches¹⁵. Malgré les admirables efforts d'amélioration du site institutionnel www.ohada.org, il serait judicieux que chacune des institutions dispose de son propre outil de communication car elle ne vise pas un public identique.

Au-delà de ce qui a été développé supra, le déficit de communication de l'OHADA ne peut être bien saisi que si l'analyse se porte sur les ambitions et la vision que les institutions de l'OHADA ont d'elles mêmes. Ces dernières ont-elles une suffisante pénétration des enjeux du droit communautaire et surtout des opportunités qui leur sont offertes ? Qu'il nous soit permis d'en douter, outre l'ERSUMA fortement invitée à se créer une image de marque qui la transformerait en « entreprise de formation »¹⁶, le cas du Centre d'arbitrage de la CCJA est plus préoccupant. Comment une institution opérant dans un marché concurrentiel peut-elle fonctionner en vase clos ? A-t-on compris que l'essor du Centre d'arbitrage de la CCJA est tributaire de sa notoriété auprès des opérateurs économiques d'une part et des praticiens de l'arbitrage d'autre part ? Pour quelles raisons les sociétés occidentales investissant en Afrique et leurs conseils pourraient préférer la CCJA à la CCI alors qu'elles ne disposent d'aucun élément susceptible de conforter le choix de l'arbitrage africain ? Il ne faut pas croire que les

de son Projet OHADA – IFC sur l'évaluation et l'amélioration des Actes Uniformes participe également à l'essor de l'OHADA.

¹⁰ Dans ce registre, la principale action qui doit être portée à l'actif des responsables de l'OHADA concerne les opérations de dons d'ouvrages organisés avec des partenaires tels que le Juriscope.

¹¹ Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

¹² Sur un ton cinglant, le Professeur J. Lohoues-Oble, « Le Traité OHADA, cinq après », Ohadata D-03-06, remarquait en 2003 que : « Cinq années après l'entrée en vigueur des premiers Actes uniformes, une bonne partie des acteurs, c'est-à-dire ceux-là mêmes qui sont appelés à les appliquer les ignorent ou les connaissent assez mal ».

¹³ L'action militante des Clubs OHADA se fait avec des budgets assez limités, ces structures étant pour la plupart des associations à but non lucratif. Pour plus de développement, lire la communication de M. Akouété Akué, « La communication des institutions de l'OHADA ».

¹⁴ Le site www.ohada.com est la propriété de l'UNIDA.

¹⁵ Conscient de l'importance de l'outil internet le 22 mai dernier, le Conseil des Ministres (article 2 *in fine* *Décision n° 005/2009/CM OHADA portant orientation stratégique quinquennale*) a inscrit « le développement de la communication et de l'information au sein et autour de l'OHADA notamment la mise en réseau des acteurs sur la toile » dans ses objectifs primordiaux des années 2010-2015.

¹⁶ J. Cueto, « Bilan et perspectives de l'ERSUMA », op. cit.

avantages comparatifs de la sentence CCJA notamment l'exequatur communautaire¹⁷ se suffisent en eux-mêmes, encore faudrait-il qu'ils soient connus et vantés.

Le positionnement stratégique du Centre d'arbitrage de la CCJA suppose une rupture paradigmatique quant à la conception de la transparence, la confidentialité des procédures et des sentences n'est pas synonyme d'opacité. L'exemple de la CCI en la matière devrait être suivi, cette dernière n'hésite pas à divulguer ses statistiques annuelles, mais surtout elle publie un recueil de sentences commentées qui donne une vue d'ensemble des questions épineuses, ce sans révéler l'identité des parties¹⁸. Cette méthode de travail permet de dégager une jurisprudence CCI qui rassure les justiciables tant sur la qualité des décisions au fond que sur le respect de son Règlement d'arbitrage par le Secrétariat de sa Cour internationale d'arbitrage. Le plan de communication du Centre d'arbitrage de la CCJA devra mettre en avant son impartialité vivement suspectée en doctrine¹⁹ et la valeur des décisions rendues quant au règlement de litiges. Sur ces deux points, la jurisprudence fournit de solides arguments malheureusement inexploités, qu'il s'agisse de l'exécution des sentences CCJA hors de l'espace OHADA²⁰ ou des recours en contestation de validité portés devant la Haute juridiction communautaire²¹.

¹⁷ En vertu de l'article 30.2 du Règlement d'arbitrage (RA) de la CCJA, l'exequatur des sentences CCJA est prononcé par le Président de cette juridiction et s'impose dans tous les Etats membres sans l'intervention d'une autorité locale. Il s'agit là d'une singularité dans le monde de l'arbitrage, les parties gagnent en temps et en frais de procédure, puisque l'exequatur prononcé à Abidjan est valable dans tout le territoire OHADA.

¹⁸ La dénomination des parties apparaît lorsque l'affaire a fait l'objet d'une publicité par les parties ou d'un recours devant les juridictions étatiques au point où l'identité des litigants a été révélée. Ceci dit, le Recueil des sentences de la CCI ne reprend pas l'intégralité des décisions rendues, il en donne néanmoins un bon aperçu sachant que les parties peuvent toujours s'opposer au commentaire de leur différend.

¹⁹ Ph. Fouchard, « L'arbitrage dans l'OHADA », International Law FORUM du droit international, Volume 3, n° 3, August 2001, 180, spécialement 184, craignait que la confusion des fonctions judiciaire et arbitrale conduise la CCJA : « ..., 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 ». Dans un sens voisin, D. Ndoye, « Le traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, la Constitution sénégalaise et les principes du droit processuel », EDJA n° 22, Ohadata D-06-41.

²⁰ La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 30 janvier 2008 (Recueil Penant, janvier-mars 2009, 58, note D. Motte-Suranti) a admis l'exécution d'une sentence CCJA motif pris de sa régularité au droit français, ce qui atteste que la sentence déferée au juge hexagonal présentait toutes les qualités attendues d'une décision arbitrale.

²¹ D'après l'article 29 du RA de la CCJA, le recours en contestation de validité est introduit aux fins de demander l'annulation d'une sentence dans le cadre d'une procédure arbitrale administrée par la Haute juridiction communautaire. La religion de la CCJA en matière d'annulation des sentences rendues sous son égide est particulièrement importante dans la mesure où elle permet d'infirmer ou de confirmer le grief de partialité de la Cour communautaire. Sur les trois recours en contestation de validité introduits devant la CCJA au 31 décembre 2008, deux ont fait l'objet de rejet (Arrêt n° 045/2008 du 17 juillet 2008 Affaire Société Nationale pour la Promotion Agricole dite SONAPRA c/ Sociétés des Huileries du Bénin dite SHB, Revue camerounaise de l'arbitrage, juillet-aout-septembre 2008, 2, note G. Kenfack Douajni - Arrêt n° 029/2007, Affaire Société Ivoirienne de Raffinage dite SIR SA c/ Bona Shipholding LTD et autres, Revue camerounaise de l'arbitrage juillet-aout- septembre 2007, p 15, note G. Kenfack Douajni, Recueil de Jurisprudence n° 10 - Juillet / Décembre 2007, p. 12, Ohadata J-08-241) et un seul a été jugé recevable (Arrêt n° 028/2007 du 19 juillet 2007 Affaire Société NESTLE SAHEL c/ Sté Commerciale d'Importation AZAR et SALAME dite SCIMAS, Revue camerounaise de l'arbitrage juillet-aout- septembre 2007, p 10, note G. Kenfack Douajni). Il convient de préciser que la position de la CCJA dans l'Affaire Société Ivoirienne de Raffinage dite SIR SA c/ Bona Shipholding LTD et autres (op. cit) a été suivie par les juridictions françaises (TGI Paris 15 mars 2006 ; CA Paris 30 janvier 2008, op. cit) en ce qu'elles ont admis la légalité de la sentence contestée. En conséquence, le ratio de deux contre un n'est pas révélateur de quelque arbitraire, et mérite d'être particulièrement relevé pour faire taire les rumeurs selon lesquelles les sentences CCJA font généralement l'objet d'annulation. De plus, la recevabilité du recours introduit dans l'affaire Société NESTLE SAHEL c/ Sté Commerciale d'Importation AZAR et SALAME dite SCIMAS montre que quand les circonstances le permettent, les juges communautaires n'hésitent pas à annuler une sentence portant l'estampille de la CCJA. En l'espèce, la décision arbitrale fut annulée car les arbitres s'étaient prononcés en amiable composition alors que les parties avaient expressément choisi le droit ivoirien comme *lex contractus*.

Toujours dans la perspective de la défense de l'autonomie de l'administration des arbitrages à l'égard de l'activité juridictionnelle, il faudra également insister sur l'innovation introduite par l'article 39 du Traité de Québec du 17 octobre 2008 portant révision partielle du Traité de Port Louis. Dès l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions²², le Président de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage nommera un Secrétaire général en charge d'assister la Cour pour le suivi des procédures arbitrales²³. Il en résulte que le Greffier de la CCJA ne connaîtra plus des dossiers d'arbitrage, ses missions se borneront au domaine judiciaire, évitant de la sorte toute critique sur une indépendance biaisée. La séparation des fonctions de Greffier et de Secrétaire général de la CCJA procède du louable esprit de clarification des règles de dévolution de postes au sein de l'OHADA.

Sur ce thème, la fin des « Arrangements de N'djamena »²⁴ constitue une éclaircie dans l'horizon sombre de la gouvernance des organes de l'OHADA. Elle marque la rupture avec un mode de désignation des dirigeants de l'Organisation basé sur des critères politiques, nul ne pouvait justifier son maintien tant les pays de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC)²⁵ s'estimaient lésés puisque leurs ressortissants ne pouvaient diriger aucune institution de l'OHADA²⁶. La déclaration de Québec sur la fin des « Arrangements de N'djamena » du 17 octobre 2008 ouvre le règne de la clarté totale pour le choix des responsables des institutions de l'Organisation et surtout le respect des dispositions du Pacte constitutif²⁷. Le retour aux normes du Traité de Port Louis mérite d'être particulièrement salué car il permet aux personnalités en charge de l'OHADA de gagner en légitimité étant entendu que leur nomination aura été l'aboutissement d'un processus dénué d'ambiguïté, sans rapport avec quelque pouvoir discrétionnaire. Ce faisant, le crédit accordé aux dirigeants communautaires rétroagira sur leurs institutions, les justiciables auront une plus grande confiance en celles-ci notamment en matière processuelle malgré des imperfections rectifiables.

²² Le Traité de Québec entrera en vigueur soixante jours après le dépôt du huitième acte de rectification, c'est-à-dire quand la moitié des Etats-parties auront donné leur accord pour son application.

²³ L'article 39 emporte abrogation partielle de l'article 1 du RA de la CCJA puisque celui-ci prévoyait que le greffier de la Cour communautaire assumait cumulativement les fonctions de secrétaire général du centre d'arbitrage.

²⁴ Il s'agit de l'accord informel par lequel les Chefs d'Etat des pays membres de l'OHADA à l'issue du sommet France – Afrique de 1995 au Bénin ont confié à leur homologue du Sénégal le soin de fixer la répartition des sièges des Institutions et des postes au sein desdites Institutions. Pour aller plus loin, lire la communication de G. Kenfack Douajni, « Requiem pour les Arrangements de N'djamena : nouvelle ère gouvernance au sein de l'OHADA ».

²⁵ Sont membres de la CEMAC : le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée équatoriale, la République Centrafricaine et le Tchad.

²⁶ La localisation des sièges des organes de l'OHADA a été également évoquée par G. Kenfack Douajni, « Requiem pour les Arrangements de N'djamena : nouvelle ère gouvernance au sein de l'OHADA », op. cit, pour démontrer l'ostracisme frappant l'Afrique centrale.

²⁷ Les articles 31 et suivants du traité de Port Louis fixent des règles concernant les modalités de composition de la CCJA ainsi que la durée du mandat des juges, les « Arrangements de N'djamena » n'en tenaient pas compte en maintenant en fonction le Bureau de la CCJA au-delà de 3 ans. Les conditions de nomination du Secrétaire Permanent et du Directeur général de l'ERSUMA ont été également amendées afin de permettre aux ressortissants de tous les Etats membres de l'OHADA de pouvoir faire acte de candidature. Pour détails, voir G. Kenfack Douajni, « Requiem pour les Arrangements de N'djamena : nouvelle ère gouvernance au sein de l'OHADA », op. cit.

B. Un procès perfectible

La première préoccupation d'un litigant quand il saisit la justice vise l'assurance d'un traitement correct de son action, c'est-à-dire la certitude que son contradicteur et lui sont à armes égales, que la décision sera rendue dans un délai raisonnable et sur l'unique fondement du droit. Toutes ces attentes renvoient à l'idée d'un procès équitable, celui pour lequel le respect des droits de chacune des parties est garanti²⁸. Evaluer la loyauté processuelle en OHADA postule d'analyser le fonctionnement du service public de la justice et les garanties procédurales qui y sont reconnues. Au regard de la configuration de l'organisation judiciaire communautaire²⁹, il serait fastidieux de se prononcer sur l'état de la justice dans chaque pays membre de l'Organisation. En revanche, le curseur peut être aisément porté sur la CCJA en matière contentieuse, sans oublier l'arbitrage³⁰ dont le rapport à la publicité est assez singulier.

A ce propos, comme le remarque si bien A. Dieng³¹, *prima facie*, il y a une contradiction entre la confidentialité prescrite par les normes arbitrales et l'exigence de clarté du jeu procédural³². En fait, les procédures arbitrales se caractérisent à la fois par leur hostilité aux divulgations publiques et un attachement à l'information précise des parties. Il en découle que l'arbitrage est une justice privée marquée par le sceau de l'intimité mais sans pour autant impliquer des manœuvres obscures. Qu'il s'agisse de la convention d'arbitrage, de l'instance arbitrale ou de la sentence, le droit communautaire de l'arbitrage est unanimement considéré conforme aux standards internationaux³³. La modernité de l'arbitrage OHADA garantit le respect de l'équité dans toutes les phases de la procédure³⁴, surtout la durée de celle-ci est encadrée³⁵ à la différence du procès judiciaire caractérisé par une croissance exponentielle la durée de règlement des litiges³⁶.

Formellement prévu par de nombreux textes internationaux ratifiés par les pays membres de l'OHADA³⁷, le droit à un jugement dans un délai raisonnable n'est pas assuré devant la CCJA pour diverses raisons. Synthétiquement, la faiblesse du nombre de juges et les difficultés pratiques liées à la mise en état des dossiers constituent les principales pesanteurs qui

²⁸ M. Akakpo, « Les garanties d'un procès équitable dans la législation OHADA », communication présentée lors de cette Université d'été.

²⁹ En application des articles 13 et 14 du Traité constitutif, le contentieux de l'application des actes uniformes est porté en première instance et en appel devant les juridictions nationales, tandis que celui de la cassation incombe à la CCJA.

³⁰ Il s'agit aussi bien de l'arbitrage institutionnel CCJA que de l'arbitrage régi par l'acte uniforme s'y référant.

³¹ Voir communication, « La transparence de la justice arbitrale ».

³² Le droit à une audience publique est cité par M. Akakpo, *op. cit.*, comme l'un des éléments du procès équitable, sauf circonstances particulières constatées par le juge ou à la demande des parties.

³³ Ph. Leboulanger, « Présentation générale des actes sur l'arbitrage », in Ph. Fouchard (dir), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, 2000, 63 ; P. Meyer, *Droit de l'arbitrage*, Bruylant, 2002 ; Pougoué Paul-Gérard, Tchakoua Jean-Marie et Fénéon Alain, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 2000.

³⁴ A. Dieng, *op. cit.*

³⁵ Les articles 3 et 15 du Règlement d'arbitrage de la CCJA posent des intervalles de temps tant pour la composition du tribunal que pour le déroulement de la procédure arbitrale, il en est de même pour l'Acte uniforme sur l'arbitrage dont les articles 5, 12 et 16 prévoient aussi des règles qui encadrent temporellement la composition du tribunal et l'instance arbitrale.

³⁶ F. Onana Etoundi, « L'état de la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage », *Recueil Penant*, octobre-décembre 2008, 465, pointait du doigt les lenteurs judiciaires au chapitre des dysfonctionnements de la CCJA ; S. E. Abeso. Tomo, « Le droit uniforme OHADA : un obstacle aux garanties du droit au procès équitable en matière de droit des affaires ? », contribution rédigée à l'occasion de la présente Université d'été.

³⁷ Article 7. 1. d de la Charte Africaine des droits de l'Homme, article 9 alinéa 3 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) des Nations Unies, ce dernier texte ne vise que la matière pénale.

ralentissent le règlement du contentieux judiciaire³⁸. Pour résoudre la question de la composition de la CCJA, l'article 31 du Traité de Québec prévoit que celle-ci aura dorénavant neuf juges au lieu des sept actuels, et surtout, le Conseil des Ministres pourra augmenter ce nombre en fonction des besoins et des moyens financiers. Il ne reste plus qu'à espérer que le Conseil des Ministres fasse preuve de pragmatisme et de sagesse dans la mise en œuvre de cette disposition afin que l'impartialité demeure le signe distinctif de la jurisprudence CCJA.

En effet, le concert bruyant des critiques dirigées contre la CCJA est tempéré par le traitement égalitaire des affaires par les juges communautaires³⁹, ce grâce à la règle selon laquelle un membre de la Haute juridiction communautaire ne siège pas pour un différend impliquant une personne de même nationalité que lui⁴⁰. La corruption régulièrement invoquée contre les juridictions nationales n'a pas droit de cité à la CCJA⁴¹. Cette dernière brille par la neutralité de ses arrêts abondamment motivés et fortement imprégnés de la contradiction des échanges entre les litigants. Le contraire aurait été difficilement possible tant le principe du contradictoire a une forte assise normative en OHADA⁴², ce qui explique la liturgie protectrice de la Cour communautaire⁴³.

Ceci dit, les avantages tirés de la garantie de plaider sa cause en parfaite égalité avec son contradicteur n'ont de sens que si les juridictions saisies tirent leurs compétences de la loi et non de l'arbitraire d'un régime autocratique. A ce sujet, si la légitimité de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne fait l'ombre d'aucun doute, sa cohabitation avec d'autres juridictions communautaires est source d'insécurité juridique pour le justiciable. Au regard des chevauchements d'attributions⁴⁴ entre la CCJA, la Cour de justice de la CEMAC et celle de l'Union Economique et Monétaire d'Afrique de l'Ouest (UEMOA)⁴⁵, il n'est pas excessif de

³⁸ F. Onana Etoundi, « L'état de la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage », op. cit, 487.

³⁹ D'après l'article 3.1 du Règlement de procédure de la CCJA, avant sa prise de fonction tout juge déclare en audience publique qu'il accomplira sa mission avec impartialité et indépendance.

⁴⁰ B. Cousin, « L'OHADA, un correctif au fonctionnement de la justice », Recueil Penant, octobre-décembre 2008, 511, spécialement 515.

⁴¹ T. Vogl, « La lutte contre la corruption : condition essentielle de réussite de l'OHADA », Recueil Penant, n° 867, 206, spécialement 207, affirme que « ... selon les observations de tous les praticiens, la CCJA décide [...] sans être corrompue et sur la base du droit ».

⁴² Les textes imposant le respect du principe du contradictoire sont d'une grande variété au point où la classification la plus simple consiste à discriminer l'arbitrage de la justice publique. En matière judiciaire, l'article 30 du Règlement de procédure de la CCJA permet à toute partie de contredire son adversaire, l'article 272 de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE) suit la même logique en matière de déclarations relatives à la vente d'un bien immobilier ayant fait l'objet d'une saisie. Quant à l'arbitrage, l'article 25 du Traité constitutif et l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CCJA font de la violation du principe du contradictoire un motif de refus d'exequatur. L'article 26 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage reste dans la ligne tracée par les dernières dispositions citées en considérant nulle la sentence entachée d'une carence de débats contradictoires.

⁴³ La CCJA subordonne la recevabilité d'un pourvoi à sa conformité au principe du contradictoire (arrêt 20 novembre 2008 affaire Boti Bi Zoua c/ Djosso Djoman, Cdrom Jurisprudence CCJA et textes OHADA annotés), elle exige aussi la contradiction de l'expertise à peine de nullité (Affaire Société Nationale pour la Promotion Agricole dite SONAPRA c/ Sociétés des Huileries du Bénin dite SHB op.cit). Enfin, la CCJA considère que, viole l'opposition égalitaire des échanges, l'arrêt d'une cour d'appel intégrant les conclusions d'une partie expédiées après la mise en délibéré de l'affaire (arrêt 12 novembre 2006, Affaire Agence d'Exécution de Travaux d'Intérêt Public pour l'Emploi dite AGETIPE-MALI c/ Société Smeets et Zonen, Ohadata J-07-27).

⁴⁴ Pour détails, lire la communication de M Maïdagi, « La cohabitation des hautes juridictions communautaires en Afrique francophone, cas de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, de la Cour de Justice de la CEMAC et de la Cour de Justice de l'UEMOA ».

⁴⁵ L'UEMOA est composée des Etats suivants : Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo.

s'interroger sur la prévisibilité du procès en OHADA⁴⁶. Le problème est ambivalent, il recouvre à la fois le conflit normatif - certaines matières sont simultanément régies par plusieurs organisations⁴⁷ - et le conflit juridictionnel - les hautes juridictions communautaires peuvent être appelées à trancher un litige impliquant les normes d'une autre organisation -⁴⁸. En tout état de cause, il est bon ton de croire que les rencontres interjuridictionnelles⁴⁹ initiées du 19 au 23 mai 2008 à Cotonou, et renouvelées du 09 au 13 Février 2009 permettront de démêler l'écheveau constitué par l'enchevêtrement de compétences entre les cours communautaires supérieures précédemment citées. L'espoir n'est pas vain, le lancement de ces rencontres constitue en soi la preuve d'une prise de conscience⁵⁰ dont la finalité est la prévisibilité du droit, objectif justifiant également l'accès aux informations sur la vie des entreprises.

C. Un fort attachement à la disponibilité des informations relatives aux commerçants

L'obtention de renseignements sur les opérateurs économiques revêt une importance cruciale parce qu'elle met en exergue leurs vies publique et privée. Pour les tiers⁵¹, l'enjeu est celui de la collecte aisée des éléments garantissant la fiabilité et la solvabilité de leur interlocuteur pour ne pas faire une mauvaise affaire. A l'échelon interne, le but est d'éviter que les négligences et les vices de l'être humain⁵² ne conduisent l'entreprise à la faillite, d'où l'élaboration de règles strictes en faveur de la circulation des informations à tous les niveaux.

⁴⁶ En doctrine, la cohabitation des juridictions communautaires est abordée dans un sens plus large, le débat est porté à un niveau plus global, c'est la coexistence OHADA / UEMOA qui est étudiée en des termes optimistes. Voir, A. Y. Sarr, préface A. Wade, avant-propos J. Mestre, *L'intégration juridique dans l'union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)*, PUAM, 2008.

⁴⁷ Deux questions méritent d'être particulièrement soulevées à ce niveau, il s'agit en premier de la « règle zéro heure », d'après laquelle le jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens produit ses effets à compter de sa date. Il résulte de cette règle que les actes passés antérieurement sont frappés de nullité rétroactive. Les dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) conformes à la « règle du zéro heure » sont en conflit avec les Règlements n°15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 et n°02/03/CEMAC/UMAC du 04 avril 2003. La seconde pomme de discorde entre les textes OHADA et ceux de l'UEMOA concerne la compensation impliquant un Etat ou un organisme public. Pour détails, lire la communication de M. Maïdagi, op.cit.

⁴⁸ C'est le cas pour la CCJA qui en vertu de son pouvoir d'évocation tel que prévu par l'article 14 du Traité de Port Louis, elle peut être amenée à étudier un pourvoi fondé tant sur les textes OHADA que sur ceux de la CEMAC ou de l'UEMOA. Il en découle un risque de jurisprudence discordante puisque la Cour de Justice de l'UEMOA (Avis n°001/2000, dossier n°6-99 du 02 février 2000 relatif au projet de code communautaire des investissements) ferme la porte du renvoi préjudiciel à la CCJA car elle n'est pas une juridiction nationale.

⁴⁹ Ces rencontres réunissent toutes les hautes juridictions communautaires existant dans l'espace OHADA.

⁵⁰ Les participants aux rencontres de 2008 ont rédigé une déclaration dite *Déclaration de Cotonou* afin d'inviter les Chefs d'Etat à se pencher sur la question de la cohabitation des cours communautaires, ce dans le but de trouver des solutions favorables à un bon fonctionnement du service public de la justice. Pour S. Priso Essawe, « Les espaces juridiques de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits communautaires et droit uniforme », communication présentée le 20 mars 2009 lors du colloque organisé par le Club OHADA de Marseille sur le thème : *la sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : le droit O.H.A.D.A.*, propose d'instaurer le système de renvois préjudiciels entre les cours communautaires pour éviter tout conflit.

⁵¹ La notion de tiers est strictement entendue ici, car elle vise uniquement les personnes enclines à contracter avec un commerçant ou une société commerciale. Dans un *lato sensu*, elle renverrait également à toutes les autorités publiques susceptibles de contrôler la légalité des activités de l'entreprise telles que le fisc, la douane, les services en charge de la concurrence etc.

⁵² Montesquieu disait à ce propos que « tout homme qui a le pouvoir est tenté d'en abuser, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

Particulièrement soucieuse de rendre accessibles les données relatives aux commerçants et aux sociétés commerciales, l'OHADA a créé un Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) qui réunit tous les faits relatifs aux personnes physiques (les mutations du fonds de commerce sont aussi concernées) et morales (de leur création à leur dissolution en passant par les difficultés et les transformations)⁵³. Le RCCM contient aussi toutes les indications portant sur les sûretés, le défaut d'inscription d'une garantie tel que le gage entraîne son inopposabilité aux tiers sauf liberté probatoire prévue par la loi nationale⁵⁴. L'importance du RCCM se vérifie au nombre d'actes uniformes qui s'y réfèrent, pas moins de la moitié de ceux-ci en font allusion⁵⁵. Le législateur africain n'a pas limité sa propension à publier les détails sur le monde des affaires au RCCM, l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution impose également la création d'un registre spécifique concernant respectivement l'injonction de payer⁵⁶ et la saisie des rémunérations⁵⁷. Avec de tels dispositifs, le droit OHADA montre sa fermeté quant à la protection des tiers, mais surtout sa vénération de la transparence le conduit au cœur des finances et du contrôle politique des investisseurs.

La consécration de la transparence induite par les principes de la gouvernance d'entreprise⁵⁸ se vérifie à la manière dont l'OHADA tente de maîtriser l'achoppement dirigeants / associés. Dans le cadre des rapports entre mandataires sociaux et propriétaires de l'entreprise, toute la réflexion porte sur la capacité de contrôle des seconds sur les premiers afin que les bénéficiaires soient au rendez-vous en fin d'exercice comptable. En l'espèce, le législateur communautaire a choisi de rompre avec le passé en consacrant la société anonyme (SA) avec conseil d'administration (CA) en lieu et place du système du directoire⁵⁹. Le principal apport de cette nouveauté réside dans les pouvoirs du conseil d'administration⁶⁰, ce dernier constitue véritablement un contrepoids face aux dirigeants qu'il peut surveiller aisément pour peu qu'il accomplisse ses missions avec diligence. A cet effet, le Président du conseil d'administration (PCA) a un rôle de premier plan puisqu'il a le devoir de veiller à l'effectivité de l'évaluation critique de la gestion par l'organe qu'il dirige⁶¹ et par ricochet de protéger la communauté des actionnaires. Cette attribution du PCA est d'autant plus importante qu'elle permet aux minoritaires de préserver leurs intérêts suffisamment pris en compte par l'AUSCGIE. Au regard des divers mécanismes instaurés en faveur des actionnaires les moins importants⁶², il est fondé d'affirmer que le droit uniforme africain a une bonne intelligence de la précarité en

⁵³ Article 19 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général (AUDCG).

⁵⁴ Article 49 de l'Acte uniforme sur les sûretés (AUS). L'article 69 de l'AUS abonde dans le sens de la disposition précitée en exigeant une mention particulière au RCCM lorsque le nantissement du fonds de commerce s'étend aux éléments de propriété intellectuelle.

⁵⁵ Les quatre actes uniformes évoquant le RCCM sont : l'AUDCG, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), l'AUS, et l'AUPCAP.

⁵⁶ Article 18 AUPSVRE.

⁵⁷ Articles 176 et suivants AUPSVRE.

⁵⁸ Pour aller plus loin, voir *Principes de gouvernement de l'entreprise de l'OCDE*, OCDE 2004.

⁵⁹ Le Professeur F. Anoukaha et al, *Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, 2002, 404, remarquent que la société anonyme est celle qui a été le plus profondément modifiée par la législation OHADA.

⁶⁰ Pour détails, lire la communication de X. Zeno, « Conseil d'administration en OHADA et gouvernance d'entreprise ».

⁶¹ C'est l'un des critères essentiels de discrimination avec le Président Directeur Général dont la mission consiste à assurer la gestion de la SA, ce qui explique qu'il la représente dans les actes passés avec les tiers. La CCJA, dans un arrêt du 27 mars 2006, (Affaire : Société LEV-COTE D'IVOIRE contre Monsieur PELED Nathan, Cdrom Jurisprudence CCJA et Textes OHADA annotés) a d'ailleurs rappelé cette distinction en rejetant le pourvoi introduit par un PCA.

⁶² Voir la communication de B. Martor, « Le statut de l'associé minoritaire ».

matière actionnariale⁶³. Outre les droits généraux ouverts à tout actionnaire⁶⁴, le minoritaire est préservé contre les dérives des gérants enclins à la rétention d'information, ce à travers divers recours tels que la procédure d'injonction⁶⁵, la procédure d'alerte⁶⁶ et l'expertise de gestion⁶⁷. Afin de renforcer les dispositifs de communication des renseignements sur la vie interne d'une société, le législateur OHADA donne la pleine mesure de sa lucidité en instaurant un contrôleur légal des comptes car il y a loin entre transmission de l'information et sincérité du document communiqué.

Cette mission est dévolue au Commissaire aux Comptes (CAC) qui est érigé en vigie de la régularité des comptes d'une entreprise⁶⁸, l'AUSCGIE veille à ce qu'il accomplisse ses tâches en toute quiétude⁶⁹. L'accomplissement des missions du CAC a été facilité par l'adoption du Système comptable OHADA (SYSCOHADA)⁷⁰ dont les différents états financiers s'attachent à donner une « image fidèle » de la situation économique de l'entreprise⁷¹. Le corollaire de la rigueur du droit communautaire en matière financière réside dans la responsabilité pénale des CAC⁷² d'une part et des dirigeants indéliçables coupables de délinquance financière d'autre part⁷³.

En s'arrêtant aux lignes précédentes, l'on pourrait créditer la *corporate governance* version OHADA de la mention très honorable, tant la transparence semble innover toute l'activité commerciale. Cependant, une lecture pointue d'un certain nombre de règles atténue l'optimisme de la conclusion, car sur nombre de questions touchant à l'efficacité des normes uniformes, la réalité est nuancée.

II. L'EFFICACITE : UNE VERTU CONTRASTEE

L'efficacité d'une institution ou d'une règle s'évalue à sa capacité à atteindre les objectifs ayant justifié leur création. En ce qui concerne les organes de l'OHADA, l'heure n'est pas au bilan car la signature du Traité de Québec incite plutôt à la prospective. Dans ce sens, au vu

⁶³ La doctrine considère que l'information des actionnaires permet de contrebalancer le pouvoir des dirigeants, voir dans ce sens, L-D Muka Tshibende, préface J. Mestre, *L'information des actionnaires source d'un contre-pouvoir dans les sociétés de droit français et du périmètre O.H.A.D.A.*, PUAM 2009.

⁶⁴ Les articles 344, 525 et 526 de l'AUSCGIE reconnaissent un droit général d'accès aux informations.

⁶⁵ Article 528 AUSCGIE.

⁶⁶ Articles 157, 158, 526 alinéa AUSCGIE.

⁶⁷ Articles 159 et 160 AUSCGIE.

⁶⁸ T. Granier, « L'intérêt du développement de l'institution du commissaire aux comptes pour la bonne gouvernance dans les sociétés dans la zone OHADA », communication présentée lors de cette Université d'été.

⁶⁹ L'article 900 de l'AUSCGIE condamne à des sanctions pénales les dirigeants sociaux ou toute personne qui empêchent le CC d'accomplir convenablement ses missions.

⁷⁰ Le SYSCOHADA a été introduit par l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (AUOHCE). Pour détails, lire R. Nemedeu, « Une présentation critique de l'acte uniforme OHADA du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises par rapport au plan OCAM-CEMAC », *Juris Périodique*, avril-juin 2004, 94.

⁷¹ Lire la communication de S. Konate, « Système comptable OHADA : les états financiers et l'image fidèle ». Pour I. Hamid, *Impact du système comptable OHADA sur la gouvernances des entreprises camerounaises*, Mémoire de DEA, Faculté des sciences économiques et de gestion de l'Université de Ngaoundéré (Cameroun), 2003, 12, Ohadata D-04-11, la constitution des états financiers a tendance à inciter les entreprises camerounaises vers la gestion transparente.

⁷² L'article 899 de l'AUSCGIE réprime pénalement le commissaire aux comptes qui soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes, délivre délibérément des informations mensongères ou se garde de révéler des faits illicites au ministère public.

⁷³ Les incriminations visant la délinquance financière des mandataires sociaux sont prévues par l'AUSCGIE, l'AUPCAP, l'AUOHCE, et l'AUDCG.

des dysfonctionnements antérieurs, les Etats-parties ont fait du professionnalisme la nouvelle liturgie des structures de l'Organisation (A). Quant à l'arsenal normatif, la situation est différente puisque la révision des actes uniformes est dans l'air du temps avec comme incidence notable l'analyse de la concordance des textes avec les impératifs du commerce. L'évaluation critique du droit uniforme en matière de gouvernance processuelle aboutit à l'inférence de règles d'inégale valeur (B), idem pour la gouvernance d'entreprise (C). Entre l'aspiration des institutions à une logique d'efficacité maximale et des textes au pragmatisme instable, il y a un gouffre à combler pour que le droit OHADA corresponde réellement aux attentes de ses destinataires.

A. Le professionnalisme : nouveau credo institutionnel

L'amélioration des conditions de recrutement des dirigeants de l'Organisation n'est pas qu'une question d'équité entre les ressortissants des Etats-Parties, l'incompétence des dirigeants actuels et antérieurs n'étant établie du seul fait de leur mode de désignation. Il nous semble même utile de louer les efforts accomplis par ces derniers aux fins de lancement de l'OHADA, les divers griefs formulés quant à l'administration des institutions n'ont de sens parce que ces dernières ont fonctionné. Le but ultime de la Déclaration de Québec est d'élargir le champ des postulants afin de s'assurer que l'heureux élu réunit un maximum de qualités pour le poste à pourvoir. En prenant la Décision n°002/2009/SP/OHADA portant définition des modalités et critères de recrutement des membres du personnel de l'OHADA de grade hors catégorie, le Conseil des Ministres a scrupuleusement respecté cet objectif. Ainsi, la nomination du Directeur Général de l'ERSUMA et du Secrétaire Permanent obéit à des standards conformes aux pratiques modernes. Au lieu de limiter le recrutement à un pays, l'offre s'adresse à l'ensemble des nationaux des pays membres de l'OHADA, ce qui oblige à un tri impartial des candidatures. Dans cette optique, le recours à un cabinet indépendant retenu sur appel d'offre international révèle à suffisance la volonté d'une sélection fondée sur le critère unique de la qualification professionnelle⁷⁴. En un mot, l'OHADA veut s'assurer qu'elle aura *the right man at the right place*. Le choix d'une personnalité rompue aux rouages de la direction d'une institution d'envergure internationale augure des résultats satisfaisants.

Dorénavant, les institutions communautaires seront placées entre les mains des experts talentueux choisis sans influence politique, contrairement aux « Arrangements de N'djamena » pour lesquels les candidats étaient présentés par leurs Etats d'origine. Toutefois, il convient de préciser que les représentants des exécutifs nationaux continuent de jouer un rôle puisque c'est le Conseil des Ministres qui délibère entre les deux candidats retenus par le Cabinet ayant reçu et présélectionné les dossiers des postulants. La grande innovation à signaler à ce niveau, c'est la collégialité de la décision, procédé également retenu pour le vote des juges de la CCJA. La principale nouveauté pour le choix des juges communautaires réside dans l'extension des postes aux nationaux des Etats abritant les sièges des organes de l'OHADA, les candidatures étant présentées par les Etats-parties.

En abrogeant les « Arrangements de N'djamena », la Déclaration de Québec a initié un mouvement de réforme qui ne saurait se limiter à la nomination des personnes devant diriger l'Organisation, elle appelle automatiquement une restructuration fonctionnelle. A ce titre, elle a été complétée par la Déclaration de Québec du 17 octobre 2008 sur le « mécanisme de

⁷⁴ Article 7 de la Décision du Conseil des Ministres n°002/2009/SP/OHADA portant définition des modalités et critères de recrutement des membres du personnel de l'OHADA de grade hors catégorie.

financement autonome »⁷⁵. L'adoption de cette deuxième déclaration traduit la volonté d'améliorer la gestion financière de l'OHADA de telle sorte que les difficultés actuelles soient jugulées. Il faut dire que le délitement des finances de l'OHADA ne date pas d'aujourd'hui, le Fonds de capitalisation initialement conçu n'ayant pas produit les effets escomptés⁷⁶. Le Conseil des Ministres a institué le mécanisme de financement autonome en 2003⁷⁷ afin de permettre à l'OHADA d'assurer la continuité de ses activités. Il est à espérer que conformément à la Déclaration de Québec 2, les Ministres des finances des Etats-parties trouveront des stratégies idoines pour une optimisation du « mécanisme de financement autonome ».

Au chapitre des nouvelles orientations, l'on peut se réjouir de l'approbation par le Conseil des Ministres des conclusions de l'audit mené en 2008 sur le fonctionnement et l'organisation des institutions l'OHADA. La suite logique de ce travail a été l'adoption d'un Plan d'action triennal (2009 à 2011), ce Plan fixe les modalités de réalisation des recommandations de l'audit institutionnel de 2008. Ainsi, l'Organisation s'est totalement résolue à se métamorphoser en profondeur, elle a choisi le pragmatisme comme fil conducteur de ses activités. Le placement de l'ERSUMA sous l'autorité du Secrétaire Permanent⁷⁸ participe de cette logique, c'est la meilleure manière de garantir la synergie de la première avec le second de manière à les sortir de l'esprit isolationniste antérieur⁷⁹. Grosso modo, il s'agit de l'adoption d'une culture de résultats essentiellement tournée vers le succès de l'entreprise d'harmonisation du droit des affaires. Pareille philosophie ne peut être qu'encouragée afin qu'elle irradie les textes processuels dont la valeur pratique n'est pas toujours établie.

B. La portée opératoire variable des normes processuelles

L'exigence d'un délai raisonnable pour le jugement d'une affaire est la traduction du besoin de célérité dans le fonctionnement de la justice. La rapidité est encore plus importante pour les hommes d'affaires, elle constitue un facteur déterminant pour la bonne marche du négoce. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la formule anglophone *time is money*, elle fonde d'ailleurs la promptitude que le législateur a voulu introduire dans les procédures de recouvrement de créances et des voies d'exécution. Ces deux matières intéressent le justiciable plus que la décision de justice, c'est à travers elles que le droit subjectif allégué en justice est concrétisé. Pour celui qui gagne un procès ou qui est titulaire d'une créance, la seule chose qui vaille c'est la prise de possession de son dû ou le rétablissement du droit violé⁸⁰.

⁷⁵ Il ne faut pas confondre cette déclaration avec celle qui vise les « Arrangements de N'djamena », bien qu'elles aient été adoptées le même jour, elles ont des objets distincts. Par souci de simplicité, la Déclaration de Québec sur le mécanisme de financement autonome sera baptisée Déclaration de Québec 2.

⁷⁶ Lire dans ce sens A-F Ahoyo, « La problématique du financement de l'OHADA », Recueil Penant, n° 865, 428.

⁷⁷ Règlement n° 002 / 2003/ CM du 18 octobre 2003.

⁷⁸ Article 41 du Traité de Québec.

⁷⁹ A. Ngwanza, « OHADA entre adolescence et âge adulte, une crise existentielle », Recueil Penant, n° 866, 3, Ohadata D-08-46.

⁸⁰ Pour le Professeur R. Perrot, « Les enjeux de l'exécution des décisions en matière civile. Rapport d'introduction », in *L'exécution des décisions de justice en matière civile*, Editions du Conseil de l'Europe, 1998, 9, « Dans la pensée du justiciable moderne, l'*imperium* est inséparable de la *jurisdictio*, il en est le complément naturel. Et voilà pourquoi, de nos jours, l'exécution de la décision de justice est une préoccupation judiciaire ».

Aussi longtemps que le souci de simplification et d'assouplissement de l'AUPSRVE est-il reconnu par une doctrine majoritaire⁸¹, il n'en demeure pas moins que l'application des procédures de recouvrement et voies d'exécution révèle une vérité autre. Près de onze ans après son adoption⁸², l'AUPSRVE excelle dans ses considérations théoriques et peine à démontrer sa pertinence pratique. Les statistiques de la CCJA basées sur le critère de la nature du texte litigieux montrent la prépondérance de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution. Au 31 décembre 2008, la Cour communautaire a rendu 130 arrêts qui font cas de l'AUPSRVE à titre principal ou subsidiaire, contre 23 pour l'AUDCG et 11 pour l'AUSDCGIE⁸³ qui sont ses suivants immédiats. Bien que la prédominance du contentieux des procédures de recouvrement et des voies d'exécution n'ait pas une seule cause⁸⁴, il importe de remarquer que l'AUPSRVE a des dispositions porteuses de litiges⁸⁵. Au-delà des chiffres, la réalité judiciaire induit des conclusions difficilement contestables quant à l'incapacité à recouvrer rapidement sa créance, l'opposition au paiement étant systématiquement demandée avec comme conséquence l'ouverture d'une procédure de fond. Suivant le même son de cloche, F. Onana Etoundi considère que la procédure d'injonction de payer est prompte dans sa phase gracieuse mais complexe et lente dans sa partie contentieuse⁸⁶. Quant aux voies d'exécution, l'auteur précité leur trouve des vertus abstraites qui s'éloignent des problèmes d'application et d'interprétation qu'elles posent dans les faits⁸⁷. En fin de compte, le justiciable certain d'une presta issue pour sa requête, a toutes les raisons d'être désillusionné, sentiment qui se limite heureusement au domaine de l'AUPSVRE. Si la mise en œuvre d'un droit né d'une créance ou d'une décision de justice s'apparente à un chemin de croix, il en va différemment pour la preuve de celui-ci quand il a reçu l'onction du notaire.

⁸¹ B. Brou Kouassi, « La pratique des procédures simplifiées de recouvrement issues de l'Acte Uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », Ohadata D-07- 22, communication présentée lors du séminaire de Grand Bassam du 12 mai 2007 organisé par le Club OHADA de Côte d'Ivoire sur le thème : *la pratique de l'Acte uniforme OHADA portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution* ; F. Onana Etoundi, « La pratique des voies d'exécution », Ohadata D-07- 22, communication présentée lors du séminaire de Grand Bassam du 12 mai 2007 organisé par le Club OHADA de Côte d'Ivoire sur le thème : *la pratique de l'Acte uniforme OHADA portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution*.

⁸² L'AUPSVRE a été adopté le 10 avril 1998.

⁸³ Ces statistiques ont été dressées à partir du Cdrom Juriafrica Jurisprudence CCJA et textes OHADA annotés.

⁸⁴ F. Onana Etoundi, « L'état de la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage », op.cit, 473, estime que le volumineux contentieux relatif de l'AUPSRVE s'explique par la transversalité de l'objet ce texte, il est au centre des disciplines juridiques.

⁸⁵ En matière de voies d'exécution, l'article 49 de l'AUPSRVE concentre 19 arrêts et un avis rendus par la CCJA, tandis que pour les procédures de recouvrement l'article 1^{er} du même texte a été évoqué 20 fois devant la CCJA. Pour corroborer de la complexité de l'article 49 de l'AUPSRVE, il faut regarder l'abondante littérature qui lui est dédiée, pour mémoire voici quelques morceaux choisis : M. Adjaka, « L'identification de la juridiction compétente prévue à l'article 49 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution (AUPSRVE) », Ohadata, D-08-47 - S. Minou, « La juridiction prévue à l'article 49 de l'Acte uniforme OHADA n°6 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution est-elle le juge des référés au Cameroun ? », Juridis, n° 62, 97, Ohadata, D-08-29 - H-D. Modi Koko Bebey, « L'identification de la juridiction compétente de l'article 49 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », Ohadata D-04-35 - A. Ndzenkeu, « Les nouvelles règles de compétence juridictionnelle en matière de saisies mobilières : regards sur l'article 49 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », Annales de la Faculté de droit de Dschang, 2002, p. 45, Ohadata D-04-39 - H. Tchanchou, « Le contentieux de l'exécution des saisies dans le nouveau droit OHADA (article 49 AUPSRVE) », Juris Périodique, n° 46, avril – mai – juin 2000, 98-105.

⁸⁶ Lire la communication : « La simplification du recouvrement des créances et des voies d'exécution : mythe ou réalité ? ».

⁸⁷ Ibid.

Depuis les latins, on sait qu'*idem est non esse aut non probari*⁸⁸, une revendication n'est licite que si son bien fondé peut être établi. En exigeant la forme authentique pour un certain nombre d'actes tels que le contrat de société⁸⁹ ou les augmentations du capital social⁹⁰, le législateur communautaire ne souhaitait pas simplement afficher son inclination formaliste. En fait, en toile de fond des règles prévoyant l'intervention du notaire, il y avait la volonté de sécuriser les actes passés dans le monde des affaires eu égard à la force probante des actes notariés. Il n'est donc pas hors de propos de discourir sur le rôle du notaire quand il s'agit d'évaluer l'efficacité des règles processuelles. Pour s'en convaincre, il faut rappeler que l'ossature des débats judiciaires repose sur des questions probatoires, le juge ou l'arbitre ne peut trancher dans le doute ou pencher en faveur du demandeur⁹¹. Toute activité normative relative à la procédure doit avoir le souci d'assouplir l'administration de la preuve tant par le jeu des présomptions et que la définition de moyens susceptibles de certifier facilement l'authenticité des prétentions. L'acte notarié répond en tout point de vue à ce dernier impératif, surtout sa permanence offre un avantage supplémentaire qui permet de mettre le document querellé à l'abri de toute destruction volontaire ou fortuite. Malgré le coût assez élevé du recours au notaire, il nous semble que les multiples atouts de la preuve notariée justifient son maintien, c'est aux Etats d'abaisser les droits d'enregistrement au niveau du citoyen moyen⁹². De toutes les manières, le prix des actes notariés n'est pas l'unique élément cité dans le registre des lourdeurs économiques qui déséquilibrent le procès en OHADA, l'éloignement de la CCJA en fait également partie.

Nombre d'auteurs⁹³ estiment que du fait de l'installation de la CCJA à Abidjan, les justiciables ivoiriens sont illicitement favorisés au détriment des plaideurs vivant dans les autres Etats de l'OHADA. Si le classement des recours en fonction de l'origine du demandeur⁹⁴ et l'exigence d'une postulation ivoirienne⁹⁵ prêtent le flanc à cette affirmation, il importe de nuancer le propos car le Cameroun qui vient en deuxième position n'est pas un pays limitrophe à la Côte d'Ivoire. Au-delà de la proximité géographique certes pertinente pour les ivoiriens, l'omniprésence des deux pays précités est fort opportunément justifiée par leur poids économique dans les sous régions d'Afrique Centrale et d'Afrique de l'Ouest⁹⁶. De plus, l'argument de l'éloignement spatial est également contredit par le caractère essentiellement écrit de la procédure devant la Haute juridiction communautaire, les plaidoiries orales ne sont possibles qu'à la demande des parties⁹⁷. Pour rapprocher la justice des citoyens, l'idée des audiences foraines est de plus en plus avancée, son aboutissement sera un pas supplémentaire vers un meilleur fonctionnement de la CCJA⁹⁸. Cette action réussie, les forces et faiblesses de

⁸⁸ Cette maxime latine se traduit par : « il revient au même qu'un droit n'existe pas ou qu'il ne soit pas prouvé légalement ».

⁸⁹ Article 10 AUSCGIE.

⁹⁰ Article 571 AUSCGIE.

⁹¹ La sacro-sainte présomption d'innocence se fonde justement sur l'adage *in dubio pro reo*, le doute profite à l'accusé, ce qui exclut la recevabilité au fond de l'action non prouvée.

⁹² A. Harrissou dans sa communication, « L'utilité du notaire », fait remarquer que le Burkina Faso est allé plus loin en supprimant purement et simplement les droits d'enregistrement des actes notariés.

⁹³ M. Akakpo, op. cit; S. E. Abeso. Tomo, op. cit, D. Ndoye, op.cit, 4.

⁹⁴ F. Onana Etoundi, *La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Editions Droit au service du développement, 2008, 33, remarquait qu'au 31 décembre 2007, 357 pourvois émanaient de la Côte d'Ivoire contre 77 pour son dauphin camerounais.

⁹⁵ D. Ndoye, op.cit, 6.

⁹⁶ F. Onana Etoundi, « L'état de la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage », op. cit, 470-471.

⁹⁷ Article 34 du Règlement de Procédure de la CCJA.

⁹⁸ L'instauration de 4 langues de travail (français, anglais, espagnol, portugais) par l'article 41 du Traité de Québec contribue également à faciliter la saisine de la CCJA, pour l'instant seuls les justiciables francophones se sont pourvus en cassation.

la gouvernance d'entreprise seront l'unique sujet de cogitation aux fins de parfaire l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

C. Heurs et malheurs de la *corporate governance*

Pour éprouver le réalisme du droit des sociétés en OHADA, il convient de s'intéresser à la manière dont il essaie d'endiguer les conflits entre actionnaires, il faut vérifier s'il arrive à préserver la vie de la personne morale. L'AUSCGIE a entendu régler les différends à titre préventif en accordant aux associés des droits sociaux et des droits financiers de telle sorte qu'ils puissent participer sereinement à l'essor de l'entreprise⁹⁹. Le corollaire de toutes les prérogatives reconnues aux actionnaires, c'est l'élaboration de mécanismes de règlement de litiges au cas où l'antagonisme prend de grandes proportions. A côté de l'article 147 de l'AUSCGIE qui renvoie aux juridictions nationales, l'article 148 du même texte ouvre la possibilité de recourir à l'arbitrage pour régler les litiges sociaux¹⁰⁰. La différence fondamentale entre l'arbitrage et la justice étatique réside dans le fait que cette dernière n'est pas toujours destinée à trancher le différend. La saisine du juge national peut viser simplement à prendre des mesures d'urgence telles que la désignation d'un administrateur provisoire en charge veiller aux intérêts sociaux¹⁰¹. L'hostilité de l'AUSCGIE envers les solutions rigides se confirme par la consécration de recours permettant de contester les excès de certains actionnaires, ce sans envisager la disparition de la société. Dans ce sens, l'abus de majorité¹⁰² et l'abus de minorité¹⁰³ servent à sanctionner les actionnaires qui adoptent des attitudes incompatibles avec l'*affectio societatis*. L'opposition des abus des majoritaires et des minoritaires montre que le droit OHADA s'intéresse à l'équilibre des pouvoirs entre les actionnaires, c'est ainsi que l'unanimité est exigée pour les augmentations de capital dans la société anonyme¹⁰⁴. L'article 302 de l'AUSCGIE permet aux associés de fixer des règles de majorité et de quorum au gré de leurs intérêts. Pour autant, toutes les modalités d'aménagement du diktat d'une catégorie d'actionnaires ne sont effectives que lorsque ceux-ci disposent d'informations pour étayer leurs positions.

Malgré les multiples dispositions destinées à assurer la transparence quant à la gouvernance d'entreprise, il se trouve que l'obtention des renseignements nécessaires à l'exercice des droits consacrés n'est pas simple. La quérabilité des documents¹⁰⁵ relatifs à la gestion de l'entreprise complique leur retrait lorsque l'associé se trouve à l'étranger. Il aurait été plus simple de poser le principe inverse, les nouvelles technologies de l'information et de la communication facilitent la transmission des pièces et justificatifs financiers. La portabilité de l'information érode l'asymétrie entre actionnaires, raison pour laquelle la quérabilité devrait être exceptionnelle. Elle devrait être réservée aux documents particulièrement volumineux ou à caractère stratégique eu égard à la confidentialité de leur contenu. Pour l'associé de petit confort matériel, l'obligation de se rendre au siège social constitue un frein à l'exercice de son

⁹⁹ M. I. Konate, « La gestion des crises en OHADA : anticipation conventionnelle et statutaire – gestion négociée et règlement interne », communication présentée lors de cette Université d'été.

¹⁰⁰ Bien que l'AUSCGIE ne fasse allusion qu'à l'arbitrage, les actionnaires ont la latitude de recourir à tout autre mode alternatif de règlement de conflits.

¹⁰¹ A. Constantin, « Retour sur les causes et la procédure de désignation d'un administrateur provisoire (Cour d'appel d'Amiens, 11 février 2003, numéro 02/04683, Société P contre P) », Bulletin Joly n° 4, 01/04/2003, 440.

¹⁰² Article 130 AUSCGIE.

¹⁰³ Article 131 AUSCGIE.

¹⁰⁴ Article 562 alinéa 3 AUSCGIE.

¹⁰⁵ Articles 525 et 526 AUSCGIE.

droit à l'information. Celui-ci devient illusoire à l'image des sanctions pénales devant frapper les auteurs d'infractions prévues par les actes uniformes.

L'ineffectivité du droit pénal des affaires se justifie par l'article 5 du Traité de Port Louis, cette disposition octroie la définition des incriminations au législateur communautaire tandis que les sanctions sont élaborés par ses homologues nationaux. Il est vrai que dans les faits le législateur communautaire n'a pas toujours respecté cette répartition de compétences, il lui arrive quelques fois d'indiquer *ex officio* la peine correspondant à l'incrimination qu'il a énoncée¹⁰⁶. La légalité douteuse de ce procédé¹⁰⁷ n'est pas la plus grande pesanteur pour la *corporate governance*, c'est plutôt l'inertie des autorités législatives des Etats-parties qui pose problème. Indépendamment des arguments avancés pour défendre le système posé par l'article 5 du Traité constitutif¹⁰⁸, seuls quelques pays ont pris le soin de compléter les normes pénales communautaires¹⁰⁹ avec comme principale conséquence la naissance de « paradis pénaux »¹¹⁰. Les gérants malhonnêtes bénéficient ainsi d'une totale immunité, le principe de légalité des peines couplé à l'indolence de certains législateurs locaux conduit à l'impossibilité d'engager quelque action répressive.

Quand bien même les sanctions étaient prises par tous les Etats, le risque de disparité perdurerait et les paradis pénaux pourraient toujours subsister. L'existence effective d'un ordre public communautaire commande une réflexion poussée sur la liberté octroyée aux Etats-parties, il serait bienvenu qu'une échelle de sanctions soit tout au moins suggérée par le Conseil des Ministres aux pays dont le parlement a la gâchette lente. Une telle proposition, sans avoir quelque caractère coercitif aurait le mérite de porter le problème au niveau politique, avec en prime un effet psychologique sur les Etats mis à l'index.

Quoiqu'il en soit, le poids évident des Etats quant à l'avènement de la bonne gouvernance en OHADA est certainement un argument pour les sceptiques. Il leur donne du grain à moudre, beaucoup d'imperfections du droit communautaire sont liées aux défaillances des mesures d'accompagnement à l'œuvre du législateur régional¹¹¹. Pour cela, puissent ces travaux être le dernier coup de tocsin contre la léthargie étatique afin que l'Université d'été 2009 contribue à la réalisation d'actes concrets. Le contraire viendrait réactualiser le refrain « parole, parole, et parole » de Dalida¹¹², ce serait donner raison à ceux qui du haut de leur condescendance considèrent vaine l'action des Clubs OHADA. Cependant, les revirements de l'histoire comme la maturité affichée par la signature du Traité Québec invitent à une autre attitude ; ils incitent à l'espoir. Alors, il est compréhensible que tous les expatriés, vendeurs à la criée de l'OHADA, se laissent bercer par le doux songe du retour à la patrie natale prospère grâce à

¹⁰⁶ L'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS), l'AUPSRVE, l'AUPCAP procèdent de cette manière, pour les sanctions assorties à certaines incriminations, ils font un renvoi aux peines prévues par le droit national. Pour mémoire, nous citerons les articles 97 de l'AUS, 100 de l'AUPSRVE, 241 et 244 AUPCAP.

¹⁰⁷ N. Diouf, « Actes uniformes et droit pénal des Etats signataires du Traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire dans l'espace OHADA », *Revue burkinabé de droit*, n° 39-40, n° spécial, p. 63, Ohadata D-05-41.

¹⁰⁸ R. Adamou, *Le droit pénal des sociétés commerciales. Droit pénal des affaires du Niger : une construction duale entre droit pénal uniforme et législation nationale*, Ohadata D-05-30, 80 à 88.

¹⁰⁹ J. J. Milingo. Ellong, « De la responsabilité pénale des dirigeants sociaux dans l'espace communautaire de l'OHADA », contribution rédigée à l'occasion de la présente Université d'été.

¹¹⁰ A. Ngwanza, *op.cit*, 9.

¹¹¹ Pour L-D. Muka Tshibende, « Droit OHADA, bonne gouvernance et assainissement des sphères politiques et économiques », contribution rédigée à l'occasion de la présente Université d'été, l'inapplication de certaines dispositions tient son fondement à la timidité de la démocratie dans les pays de l'OHADA.

¹¹² Refrain d'un morceau composé en 1973 par M. Chiosso - G. Del Re - G. Ferrio - Michaele, il est chanté en duo par Alain Delon et Dalida, cette dernière jouant le rôle de la dame consciente du fait que les déclarations d'amour de son compère ne sont que viles flatteries pour l'abuser.

une législation performante. Ce faisant, le torse bombé de fierté, ils pourront reprendre en cœur la formule de Francis Bebey : « oui, je reviens vers toi fleur tropicale, je retrouve ton parfum savant et enivrant d'autrefois »¹¹³.



¹¹³ Il s'agit des paroles d'une chanson intitulée « fleur tropicale ».