

Droit Civil

Le vendeur d'immeuble,
le diagnostic amiante
et le champ contractuel

Par Marine DELAHAIS et David METAYER

Affaire du Distilbène :
une avancée majeure

Par Béatrice PARANCE

Quelle est la nature juridique
des arrérages des pensions ?

Par Jean-Grégoire MAHINGA

Collection
LAMY
DROIT CIVIL

RÉFLEXIONS CROISÉES

La sécurisation des investissements
des entreprises en Afrique
francophone : LE DROIT OHADA

- > **Président Jacques Mestre**
Doyen honoraire de la Faculté de droit d'Aix-Marseille
- > **Laurent Aynès**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
- > **Bernard Beignier**
Doyen de la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales de Toulouse
- > **Philippe Brun**
Professeur à l'Université de Savoie
- > **Rémy Cabrillac**
Professeur à la Faculté de droit de Montpellier
- > **Bruno Camille**
Avocat à la Cour de Toulouse
- > **Pierre Crocq**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
- > **Françoise Dekeuwer-Défosse**
Agrégee des Facultés de droit, Professeur à la Faculté libre de droit de Lille
- > **Philippe Delebecque**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
- > **Bertrand Fages**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
- > **Michel Giray**
Notaire à Paris
- > **Jean-Pierre Gridel**
Conseiller à la Cour de cassation
- > **Hervé Lécuyer**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
- > **Denis Mazeaud**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
- > **Philippe Pierre**
Professeur à l'Université de Rennes 1

sommaire

Actualités

7 Contrat

ÉCLAIRAGE

7 > **Le vendeur d'immeuble, le diagnostic amiante et le champ contractuel**

Par Marine DELAHAIS et David METAYER

ACTUALITÉS DU DROIT DU CONTRAT

- 12 > Pas de rupture brutale du contrat nul
- 12 > Exequatur d'une anti-suit injunction américaine

15 Responsabilité

ÉCLAIRAGE

15 > **Affaire du Distilbène: une avancée majeure**

Par Béatrice PARANCE

ACTUALITÉS DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ

- 21 > 1384 versus 1386: une pierre pour les départager?
- 25 > Conducteur-victime: prends garde à toi!

27 Sûretés

ÉCLAIRAGE

27 > **Le prix de revente d'un bien affecté d'une réserve de propriété sous les feux de la rampe!**

Par Jean-Jacques ANSAULT

ACTUALITÉS DU DROIT DES SÛRETÉS

- 35 > Les règles de l'imputation des paiements revisitées par le juge en présence d'une sûreté réelle?

Perspectives

RÉFLEXIONS CROISÉES

La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone :

LE DROIT OHADA

59 > **Les «espaces juridiques» de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits communautaires et droit uniforme**

Par Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE

66 > **S'installer pour affaires dans l'espace OHADA**

Par Louis-Daniel MUKA TSHIBENDE

- 37 > La sûreté réelle pour autrui réfractaire à la disproportion!

39 Personnes et famille

ÉCLAIRAGE

39 > **Regard sur vingt ans d'application de la Convention internationale des droits de l'enfant par les juridictions françaises**

Par Yves HONHON

ACTUALITÉS DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

- 46 > Versement du capital décès d'un fonctionnaire : reconnaissance du partenaire pacsé
- 47 > Adoption par une homosexuelle : le « feu vert » du juge administratif?

50 Régimes matrimoniaux, successions et libéralités

ÉCLAIRAGE

50 > **Quelle est la nature juridique des arrrages des pensions?**

Par Jean-Grégoire MAHINGA

ACTUALITÉS DU DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX, SUCCESSIONS ET LIBÉRALITÉS

- 55 > Détermination du régime matrimonial et Convention de La Haye
- 56 > Répétition de l'indu dans une succession : les héritiers sont tenus au prorata de leur part
- 57 > Perte d'un testament : tous les motifs invoqués ne sont pas des cas fortuits

Droit Civil
REVUE LAMY

Éditée par WOLTERS KLUWER FRANCE
SAS au capital de 300 000 000 €
Siège social: 1, rue Eugène et Armand Peugeot
92856 Rueil-Malmaison cedex
RCS Nanterre 480 081 306
Associé unique :
Holding Wolters Kluwer France
Directeur de la publication, Président Directeur Général de Wolters Kluwer France : Xavier Gandillot
Directeur scientifique : Jacques Mestre
Rédacteur en chef : Gaëlle Marraud des Grottes
(01 76 73 38 79) – gmarrauddesgrottes@wolters-kluwer.fr
Numéro réalisé sous la responsabilité de : Véronique Maugeri (01 76 73 37 17) – vmaugeri@wolters-kluwer.fr
Rédacteurs en chef adjoints : Élodie Pouliquen,
Actualités du droit des personnes et de la famille
et actualités du droit des régimes matrimoniaux,
successions et libéralités (01 76 73 37 11) et Véronique
Maugeri, Actualités du droit du contrat (01 76 73 37 17)
Responsable PAO et assistante d'édition :
Florence Mamelin
Imprimerie : Delcambre, Avenue des Deux-Lacs,
BP 389, 91959 Courtabœuf cedex
N° Commission paritaire : 0209 T 84333
Dépôt légal : à parution
N° ISSN : 1768-4099
Abonnement annuel : 485 € HT (TVA 2,10 %),
495,19 € TTC
Prix au numéro : 45 € HT (TVA 2,10 %), 45,95 € TTC
Périodicité mensuelle
Information et commande : Tél. : 0 825 08 08 00
Fax : 01 76 73 48 09 - contact@wkl.fr

 Wolters Kluwer
France

Cette revue peut être référencée de la manière suivante : RLD 2010/67, n° 3665 (année/n° de la revue, n° du commentaire)

La Revue Lamy Droit Civil actualise, dans sa première partie «Actualités», les cinq ouvrages de la Collection Lamy Droit civil: le Lamy Droit du contrat, le Lamy Droit de la responsabilité, le Lamy Droit des sûretés, le Lamy Droit des personnes et de la famille et le Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités.

 La Rédaction de la Revue Lamy Droit Civil 
vous souhaite une excellente année 2010

La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : LE DROIT OHADA

L'Organisation pour l'uniformisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) œuvre incontestablement pour la sécurisation des investissements en Afrique francophone. Le colloque organisé par le Centre de droit économique de l'Université Paul-Cézanne d'Aix-en-Provence, le 20 mars dernier, revient sur le contenu du droit OHADA et envisage ses possibles évolutions, notamment en droit du contrat.

> Les «espaces juridiques» de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits communautaires et droit uniforme

par Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE p. 59

> S'installer pour affaires dans l'espace OHADA

par Louis-Daniel MUKA TSHIBENDE p. 66

> Regards contractuels sur l'OHADA

par Jacques MESTRE p. 72

> Prévenir et traiter les difficultés

par Gérard BLANC p. 75

> L'internationalisation des échanges et le droit OHADA

par Grégoire BAKANDEJA wa MPUNGU p. 82

> Plaidoyer pour un espace OHADA plus attractif pour les investissements étrangers

par Michel AKOUÉTÉ AKUÉ p. 85

RDC 3695

Par Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE

Maitre de conférences à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, Laboratoire « Biens, normes, contrats » (EA 3788)



Les «espaces juridiques» de sécurisation des investissements en Afrique : entre droits communautaires et droit uniforme*

La création de l'Organisation pour l'uniformisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et toute son activité juridique tiennent à la volonté de renforcer le droit dans les opérations économiques, et de sécuriser ces dernières, aussi bien par une modernisation et une stabilisation de la règle juridique, que par une sécurisation de l'application de ce droit. Néanmoins, l'existence, à côté de ce droit unifié des affaires, d'un autre type de construction juridique et économique dans le cadre de l'intégration économique est susceptible d'avoir pour effet paradoxal, d'une part, de fragiliser le droit ainsi modernisé et unifié, d'autre part, d'accroître l'insécurité juridique pour les opérateurs économiques.

* Cet article et les suivants sont issus du colloque « La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : le droit OHADA », qui s'est tenu le 20 mars 2009 au Centre de droit économique de la faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Paul-Cézanne d'Aix-en-Provence. La forme orale a le plus souvent été conservée.

Éviter ce piège nécessite alors, d'une part, de mieux cadrer le rôle législatif de chacun de ces acteurs et, d'autre part, de mieux coordonner les actions des différents niveaux de juridiction qui interviennent dans ce champ (nationaux, communautaires, unifié).

L'attirance réciproque entre les États et les investisseurs est un refrain connu depuis fort longtemps. Les législations nationales offrant des conditions favorables aux investisseurs étrangers sont légion dans les États en développement, et les conventions internationales, bilatérales ou multilatérales, protégeant ou garantissant – selon la terminologie retenue – les investissements internationaux dans ces mêmes États, se sont développées dans les relations entre États d'origine de l'investissement et États d'accueil. La préoccupation de la sérénité de l'investissement n'est donc pas une question nouvelle, loin s'en faut. La nouveauté, apparue au milieu des années 1990

en Afrique francophone, est le traitement collectif de cette préoccupation.

La naissance de l'OHADA est la marque d'une double prise de conscience par les États signataires : d'une part, la nécessité d'un droit moderne commun, permettant la fluidité de l'investissement entre eux et, d'autre part, le fait « qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement » ; cela passe par « l'élaboration et l'adoption des règles communes, simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies (et) par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées (...) » (Traité de Port-Louis, préambule et art. 1^{er}).

Parallèlement, dans le cadre de communautés ou unions économiques préexistantes et profondément rénovées par des traités revus dans la foulée de la dévaluation de leur monnaie commune (le franc CFA), les États d'Afrique de l'Ouest comme ceux d'Afrique centrale

ont voulu « *rationalis(er) et harmonis(er)* » « *l'environnement des affaires* » (Traités de l'UEMOA et de la CEMAC). Les objectifs sont donc proches, à défaut d'être les mêmes, puisque, *a priori*, les organisations communautaires ont un objet plus large que celui de l'OHADA. Mais le constat qui se dégage ensuite, au-delà de ces affirmations de principe, est un manque de coordination entre États et entre organisations, qui génère une cacophonie, certes relative, mais non moins préjudiciable dans cette francophonie juridique africaine qui tente de s'organiser, de s'embellir et de se rendre plus attractive pour mieux tirer son épingle du jeu de la mondialisation des échanges.

La problématique n'est pas nouvelle ; il a souvent été reproché aux États africains d'adhérer à des organisations régionales sans que cette démarche soit articulée avec des actes similaires antérieurs, entraînant ainsi des millefeuilles, voire de véritables *bols de spaghetti* (l'expression est bien connue dans les milieux du commerce international, et est décriée tant pour les États africains [v. Commission économique des Nations unies pour l'Afrique, État de l'intégration régionale en Afrique, Addis-Abeba, 2004, p. 41 à 45] que pour l'Union européenne [v. par exemple Sénat – français –, Délégation pour la planification, Libéraliser les échanges commerciaux : quels effets sur la croissance et le développement ?, Rapport d'information n° 120, 7 déc. 2005, p. 72]). Son analyse, ici, sur la base des règles produites par ces différentes organisations, permet simplement d'approcher la réalité de plus près du point de vue juridique et de mettre en évidence un fait. Si les efforts sont réels, et les réalisations visibles, il n'en reste pas moins que l'observation du développement de ces deux groupes de règles – communautaires, d'une part, harmonisées, de l'autre – dissipe peu la crainte d'un effet paradoxal, radicalement opposé à l'objectif : alors même que cette double harmonisation, cette modernisation à double échelle, vise à sécuriser les investissements, notamment étrangers, par l'amélioration de la sécurité juridique dans les ordres légaux des États concernés, elle est elle-même source d'insécurité juridique, résultant tant d'une concurrence des règles produites (I) que des croisements des actions et structures juridictionnelles assurant leur application (II). La sécurisation des affaires par la sécurité juridique se perd parfois dans les méandres des rapports entre droits communautaires et droit harmonisé.

I – CONCURRENCE DE DROITS ET INSÉCURITÉ JURIDIQUE

La coexistence, d'une part, de plusieurs communautés économiques dont sont membres les États parties au Traité de l'OHADA et, d'autre part, de ces communautés avec cette dernière organisation, génère des rapports problématiques à deux points de vue. Les deux catégories d'organisations sont établies sur des espaces parfois identiques, sur lesquels elles ont assis des normes régissant des questions soit identiques, soit connexes, et dont les rapports n'ont pas toujours été pensés dans le sens d'une coordination pourtant nécessaire.

A – Concurrence des espaces juridiques

Deux types d'organisations s'intéressant à la sécurisation des investissements coexistent dans les États africains francophones. Des organisations d'intégration économique, d'abord, qui y ont vu le jour

Il a été reproché aux États africains d'adhérer à des organisations régionales sans que cette démarche soit articulée avec des actes similaires antérieurs, entraînant ainsi des millefeuilles.

dès le début des années 1960, renouvelées au milieu des années 1990 tant en Afrique centrale qu'en Afrique de l'Ouest. Elles regroupent les États, selon la typologie de l'Union africaine, soit au niveau régional – en Afrique centrale, la Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC) ; en Afrique occidentale, la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) –, soit au niveau sous-régional (l'Union économique et monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA), d'une part, la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), d'autre part). La réorganisation de ces communautés économiques – la CEMAC a succédé à l'Union douanière et économique d'Afrique centrale, et l'UEMOA à la Communauté économique d'Afrique de l'Ouest (CEAO) – a entraîné l'éclosion de véritables ordres juridiques communautaires, dans l'acceptation européenne de cette notion. La création en 1993 de l'OHADA a rajouté à cet édifice une autre couche institutionnelle et surtout juridique, en mettant en place des normes harmonisées, ou plus exactement unifiées.

L'observation de ces deux champs montre toutefois que, d'une part, le développement des espaces communautaires a conduit à leur chevauchement et que, d'autre part, ce chevauchement se superpose avec l'espace de droit unifié de l'OHADA.

1 – Chevauchement des espaces communautaires

Les espaces CEEAC (dix États) et CEDEAO (quinze États) sont plus larges que les espaces CEMAC (six États, parallèlement membres de la CEEAC) et UEMOA (huit États, membres également de la CEDEAO). Plus exactement, les États appartenant aux zones restreintes font aussi partie des zones larges. Se retrouvant au croisement des deux organisations, ils peuvent donc être susceptibles d'appliquer des règles différentes dans l'hypothèse où les deux organisations édictent des normes contradictoires ; la concurrence entre les règles produites par les uns et par les autres porte donc surtout sur ces États au croisement. Le chevauchement génère d'autant moins de complémentarité entre ces espaces que les plus restreints ne se sont pas insérés dans les plus larges en tant qu'entité spécifique ; il y a plutôt eu de la part de chaque État partie une multi-adhésion aux deux types d'organisations, qui, de surcroît, sont souvent apparues comme des espaces de *leadership* concurrents (par exemple, francophonie vs anglophonie en Afrique de l'Ouest ; *leadership* camerounais vs *leadership* gabonais en Afrique centrale ; sur ces questions, v. Enjeux (Bulletin d'analyses géopolitiques pour l'Afrique centrale), janv.-mars 2005, n° 22, et notamment Priso-Essawe S.-J., L'intégration économique en Afrique centrale est-elle otage des querelles de *leadership*?, p. 27. ; v. aussi Awoumou C. D. G., Le couple Cameroun-Gabon au sein de la CEMAC, L'Harmattan, 2008, 464 pages).

Les risques de chevauchement des règles sont donc importants, accrus – en Afrique centrale – avec le regain d'activité que connaît la CEEAC (à la faveur certes de la négociation de l'accord susvisé, mais également du traitement de la sécurité en Afrique centrale ; un certain mélange des genres peut d'ailleurs être signalé dans ce domaine de la défense régionale, la Force multinationale en Centrafrique (FOMUC) relevant à la fois de la CEMAC et de la CEEAC, de manière non concertée d'abord, puis de manière officielle par un transfert de l'autorité de ladite Force de la CEMAC à la CEEAC (Acte additionnel de la Conférence des chefs d'État de la CEMAC n° 21/08 du 25 juin 2008). Et la naissance de l'OHADA n'a fait que rajouter, sur ce plan, à la complexité existante.

2 – Superposition des espaces communautaires et OHADA

Au problème précédent s'ajoute donc celui de la superposition du droit OHADA, à la fois en termes d'espace proprement dit que de domaine matériel ; pour l'État au carrefour des trois organisations, le dilemme s'accroît...

a – Croisement d'espaces

L'espace OHADA et les espaces communautaires ne se recoupent pas parfaitement. Tous les États membres de la CEMAC et de l'UEMOA sont également membres de l'OHADA. Mais, à l'inverse, si la participation de la République des Comores à l'OHADA ne pose pas de problème puisqu'elle n'est membre d'aucun des regroupements de type communautaire étudiés ici, il n'en va pas de même pour la République de Guinée ou encore pour la République démocratique du Congo, respectivement membre et futur membre de l'OHADA : la première est membre de la CEDEAO, mais pas de l'UEMOA ; la seconde est membre de la CEEAC, mais pas de la CEMAC. En résumé (v. tableau ci-contre) :

- en Afrique de l'Ouest, sur les 15 États membres de la CEDEAO :
 - 8 États sont membres à la fois de la CEDEAO, de l'UEMOA et de l'OHADA,
 - 1 État est membre à la fois de la CEDEAO et de l'OHADA,
 - 6 États ne sont membres que de la CEDEAO ;
- en Afrique centrale, sur les 10 États membres de la CEEAC :
 - 6 États sont membres à la fois de la CEEAC, de la CEMAC et de l'OHADA,
 - 1 État est membre à la fois de la CEEAC et (potentiellement) de l'OHADA,
 - 3 États ne sont membres que de la CEEAC.

L'on pourrait par ailleurs relever, à titre anecdotique, qu'au sein de la CEMAC, par exemple, le rapprochement des dates d'entrée en vigueur du Traité OHADA à l'égard des différents États membres avec celles des premiers Actes uniformes de l'OHADA met en lumière une situation analogue de dégroupage des appartenances au sein cette fois-ci d'une même organisation (v. tableau *infra*). Ainsi, l'entrée en vigueur des six premiers Actes uniformes n'a d'abord concerné que quatre des six États membres de la CEMAC, les deux autres n'ayant suivi le pas que près de dix-huit mois plus tard (le Traité OHADA – et donc les six premiers Actes uniformes de l'Organisation – n'est entré en vigueur à l'égard du Congo et de la Guinée équatoriale que le 17 juillet 1999 ; les quatre autres États membres de la CEMAC l'étaient

APPARTENANCES DES ÉTATS AUX DIFFÉRENTES ORGANISATIONS		
	AFRIQUE CENTRALE	AFRIQUE DE L'OUEST
3 niveaux	(6) Cameroun – Centrafrique – Congo – Gabon – Guinée équatoriale – Tchad	(8) Burkina Faso – Bénin – Côte d'Ivoire – Guinée Bissau – Mali – Niger – Sénégal – Togo
2 niveaux (dont OHADA)	(1) République démocratique du Congo	(1) République de Guinée
1 niveau	(3) Angola – Burundi – Sao Tome e Principe	(6) Cap Vert – Gambie – Ghana – Liberia – Nigeria – Sierra Leone

dès le 1^{er} janvier 1998 pour trois d'entre eux, et trois mois plus tard pour le Gabon. Ces dix-huit mois de décalage auront donc été une période de conflit potentiel entre les normes nationales congolaises et équato-guinéennes, d'une part, et les normes nationales des autres États membres de la CEMAC, d'autre part, adaptées le cas échéant au droit OHADA conformément aux dispositions de l'article 10 du Traité de Port-Louis, la conformité au droit de l'OHADA pouvant poser problème au regard du droit communautaire de la CEMAC, dans la mesure où les domaines des deux organisations se croisent).

b – Croisement de domaines

Parmi les objectifs de l'UEMOA et de la CEMAC, figure le renforcement de la compétitivité des activités économiques et financières des États membres « dans le cadre (...) d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé » ou « en harmonisant les règles qui contribuent à l'amélioration de l'environnement des affaires et qui régissent leur fonctionnement » (respectivement les articles 4, a), du Traité de l'UEMOA et 2, a), de la Convention UEAC). La problématique de l'harmonisation et de la modernisation du droit est donc présente aussi bien dans l'OHADA que dans les deux communautés économiques. Les domaines sont certes différents, mais on peut néanmoins noter des points communs.

Ces points communs sont d'abord actuels. Le droit des affaires tel que défini par le Traité de Port-Louis englobe les règles relatives, entre autres, « au droit du travail, au droit comptable, au droit (...) des transports ». Or, dans ces domaines, les droits communautaires sont aussi présents ou prévoient de l'être. Tant l'UEMOA que la CEMAC avaient mis en place une réglementation comptable avant celle de l'OHADA ; de même, dans le cadre de leurs politiques communes des transports, des textes ont également été adoptés (Convention réglementant les transports routiers (15/84-UDEAC-146, 19 déc. 1984) ; Code UDEAC de la marine marchande (Acte 6/94-UDEAC-594, 22 déc. 1994) ; Code de la navigation intérieure, 17 déc. 1999 ;

Réglementation des conditions d'exercice de la profession de transporteur routier de marchandises (Acte 5/96-UDEAC-612, 5 juill. 1996 ; etc.) qui, pour certains – on y reviendra –, posent quelques problèmes par rapport à ceux de l'OHADA.

Les croisements sont aussi potentiels, résultant de l'approche volontariste ou compréhensive (au sens mathématique du terme) du droit des affaires par le Traité de Port-Louis. Le texte énonce en effet que le domaine de l'harmonisation comprend aussi « toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure ». L'harmonisation dans le cadre de l'OHADA s'orientera ainsi, à en croire le Conseil des ministres de l'OHADA de Bangui (21-23 mars 2001), vers « (...) le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve ». Or certaines de ces questions, notamment le droit de la concurrence, sont déjà réglementées par les droits communautaires (v., à ce sujet, les règlements 1/99 et 4/99 de la CEMAC, et les règlements 2/2002, 3/2002 et 4/2002 de l'UEMOA ; v. aussi, pour une analyse globale, Kamwe M.-C., *Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence : UE, UEMOA, CEMAC*, thèse de doctorat en droit, Université Montpellier I, 2007 ; Priso-Essawe S.-J., *L'émergence d'un droit communautaire africain de la concurrence*. Double variation sur une partition européenne, RDI comp. 2004, p. 329). Dans l'hypothèse où cette nouvelle action d'harmonisation serait nécessaire, elle nécessiterait tout au moins une forte coordination entre les deux niveaux d'organisations. Cela s'avère d'autant plus nécessaire qu'il apparaît une concurrence entre les règles des différentes organisations.

B – Concurrence des règles juridiques

La concurrence entre les règles juridiques de l'OHADA et celles des organisations communautaires se manifeste dans les deux sens de ce terme. Dans certains cas, elles concourent toutes à la réalisation d'un objectif commun. Dans d'autres

hypothèses, elles font plutôt apparaître des contradictions.

1 – Des droits parfois complémentaires

La complémentarité entre les droits communautaires et le droit uniforme se manifeste de deux manières : soit par la conjugaison des deux, soit par l'alignement des premiers sur le second.

Droits communautaires et droit uniforme se conjuguent en raison par exemple du champ d'application des règles. On peut en effet considérer que le droit harmonisé étant destiné à moderniser les droits nationaux, son champ d'application serait national, tandis que l'application des droits communautaires serait conditionnée quant à elle par la dimension communautaire, en deçà de laquelle les règles nationales auraient vocation à s'appliquer. Dans cette hypothèse, droit harmonisé et droits communautaires se conjugueraient en effet pour réaliser les objectifs de modernisation affirmés de part et d'autre. Ce schéma pourrait s'appliquer par exemple à la réglementation de la concurrence (dans la zone CEMAC, la réglementation communautaire ne s'applique en effet que dès lors que les seuils définis par les articles 6 et 11 respectivement des règlements 1/99 et 4/99 et les critères de l'article 3 du règlement 1/99 sont atteints ; v. Priso-Essawe S.-J., L'émergence d'un droit communautaire africain de la concurrence, précité, p. 334). Lorsque les droits communautaires revendiquent une exclusivité, la question devient autrement plus compliquée (la Cour de justice de l'UEMOA établit ainsi une compétence exclusive de l'Union dans le domaine de la concurrence, en interprétant quasi littéralement les articles 88 et 89 du Traité de l'Union : CJ UEMOA, avis, 27 juin 2000, n° 003/2000, Rec. CJ UEMOA, p. 119), et renvoie à l'hypothèse de la confrontation des droits, que nous abordons plus loin. Concernant la complémentarité par alignement, l'évolution des textes communautaires dans le sens des Actes de l'OHADA a quelquefois été constatée ; c'est le cas notamment de la réglementation comptable. Dans la CEMAC, le plan comptable OHADA a remplacé les plans comptables qui y existaient (au sein de la CEMAC, on peut citer les plans comptables général (Acte 3/70-UDEAC-113, 27 nov. 1970) et sectoriels (banques et établissements financiers, agriculture, postes et télécommunications ; v. Nemedeu R., Présentation critique du texte de l'OHADA en matière comptable par rapport au texte CEMAC, in Actes du séminaire sous-régional de sensibilisation au droit communautaire de la CEMAC, Douala, 16 déc. 2002, Paris, GIRAF-AIF, 2003, p. 61).

L'UEMOA, quant à elle, a maintenu sa législation comptable, ce qui génère non plus une complémentarité, mais une confrontation (Yado Toé J., Quel ordre juridique dans les États d'Afrique de l'Ouest?, Séminaire sous-régional de sensibilisation sur le droit communautaire de l'UEMOA, Ouagadougou, 6 oct. 2003, § 31).

2 – Des droits parfois en « confrontation »

Quelques exemples permettent d'illustrer aussi bien la confrontation avérée que les cas potentiels.

a – La confrontation « avérée »

Dans le domaine des transports, la confrontation a lieu par exemple au sujet du contrat de transport de marchandises par route. Le droit communautaire de la CEMAC encadre le transport de marchandises par route par une convention adoptée par le Conseil des ministres ; l'OHADA, pour sa part, a adopté un Acte uniforme sur le transport des marchandises par route. Les deux textes indiquent, entre autres et dans une énonciation similaire, les mentions obligatoires de la lettre de voiture. On peut toutefois remarquer que la Convention CEMAC requiert deux mentions obligatoires sur la lettre de voiture que ne requiert pas l'Acte uniforme OHADA, même au titre de mention facultative : « (...) k) l'indication que le transport est soumis, nonobstant toute clause contraire, au régime établi par la présente Convention ; (et) l) la signature de l'expéditeur, du transporteur et du destinataire » (Convention CEMAC, art. 5, § 1). On devine facilement l'embarras du justiciable (et du juge) national quant à la détermination du contenu des obligations du transporteur sur la base de ces règles contradictoires.

Concernant le droit financier, il a pu être relevé que « sur la matière de l'appel public à l'épargne (...), le droit communautaire de l'OHADA et celui de l'UEMOA ont deux conceptions différentes (d)es notions de titres et de valeurs mobilières » (Feliho G. S., La coexistence textuelle dans l'espace UEMOA, <http://droit.francophonie.org/dfweb/displayDocument.do?id=13916>). L'UEMOA s'appuie sur la « dichotomie titre de capital/titre de créance » (Feliho G. S., La coexistence textuelle dans l'espace UEMOA, précité), tandis que l'OHADA recourt « non seulement aux actions ou parts de fonds commun de placement, mais également aux emprunts obligataires » (suivant la définition donnée par l'article 81 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les groupes d'intérêt économique, disposition relative à la définition de l'appel public à l'épargne (Feliho G. S., La coexistence

textuelle dans l'espace UEMOA, précité)). On peut aussi relever que le juge communautaire de la CEMAC adopte une bien curieuse interprétation des liens entre le droit uniforme et le projet (en l'occurrence) de règlement CEMAC sur les moyens de paiement (v. *infra* à propos du croisement des actions juridictionnelles).

b – La confrontation potentielle

Les règles de concurrence sont aujourd'hui régies par les communautés économiques CEMAC et UEMOA, précisées par la jurisprudence communautaire lorsque les juridictions ont été sollicitées (ce qui n'est le cas, à ce jour, que devant le juge communautaire ouest-africain). Mais la définition large du droit des affaires telle qu'elle ressort du Traité OHADA n'exclut pas l'adoption par cette dernière d'une réglementation sur ces questions. Cette question des compétences croisées est ainsi à même d'altérer la sécurité juridique des investissements au sein de cette zone d'Afrique, notamment si les textes présentent quelques différences, voire des divergences.

La protection du consommateur ou encore le droit de la propriété intellectuelle sont d'autres domaines de friction potentielle. La volonté affirmée de l'OHADA de se saisir de ces matières pourrait se heurter à une volonté équivalente au sein d'une communauté économique, ou encore aux règles posées par d'autres organisations connexes, telles que l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), créant ainsi, là aussi, de la confusion ou du conflit de normes.

En fin de compte, on peut distinguer deux types de situations : celles où le droit OHADA intervient en aval du droit communautaire, d'une part, celles où le droit OHADA et le droit communautaire interviennent (presque) simultanément, d'autre part.

Dans le premier cas :

- soit l'harmonisation OHADA intervient sous réserve du champ de compétence communautaire et il n'y a pas de risque de confusion, au bénéfice d'une meilleure couverture et sécurité juridiques ;
- soit le droit communautaire s'arrime – volontairement – à la nouvelle orientation juridique de l'OHADA et, là aussi, la sécurité juridique est accrue ;
- soit enfin le droit communautaire, indépendant du droit harmonisé, ne se transforme pas dans le sens du nouveau droit issu de l'OHADA et là, en revanche, la modernisation produit la disparité et l'insécurité juridique.

On pourrait inverser l'hypothèse et envisager une intervention ultérieure du droit communautaire. Il serait alors tout

aussi logique que les mêmes considérations soient valables.

Dans le cas de systèmes juridiques, il semble logique que les interventions se fassent en bonne intelligence, et que la coordination produise un droit harmonisé entre et au sein des différents espaces juridiques concernés. En ce sens, la Charte des investissements adoptée au sein de la CEMAC prévoit que les États membres se conforment au droit harmonisé dans le cadre de l'OHADA (Règl. CEMAC n° 17/99, 17 déc. 1999. On notera d'ailleurs que la date d'adoption de ce règlement est de très peu postérieure à celle de l'entrée en vigueur du Traité OHADA pour le Congo (17 juill. 1999) et la Guinée équatoriale (13 août 1999), derniers États membres de la CEMAC à ratifier ledit Traité). Cela devrait pouvoir signifier que la discussion de nouveaux textes communautaires tient compte de l'évolution du droit OHADA, ainsi que le prévoit d'ailleurs la Convention de coopération signée entre les deux organisations (Accord de coopération signé le 3 août 2001, CEMAC, Recueil de textes de droit communautaire de la CEMAC, Paris, AIF-GIRAF, 2002, p. 269). Ce n'est malheureusement pas toujours le cas, comme le montrent les exemples énumérés plus haut.

La pluralité et la superposition, voire la juxtaposition, des règles vont avoir une conséquence évidente dans leur application, notamment par les organes juridictionnels, pourtant très heureusement créés ou renforcés par les droits harmonisés et communautaires.

II – APPLICATION DU DROIT ET INSÉCURITÉ JURIDIQUE

L'apport de la création tant de l'OHADA que de l'UEMOA ou de la CEMAC a été double. D'une part, leurs traités constitutifs ont clarifié le statut des normes créées par ces deux types d'organisations vis-à-vis du droit national. D'autre part, et contrairement aux organisations d'intégration préexistantes (CEAO-UMOA en Afrique de l'Ouest, UDEAC en Afrique centrale), les Traités de Port-Louis, de N'Djamena et de Dakar créent des juridictions spécifiques à ces organisations, avec des compétences adaptées. Toutefois, si ces deux points contribuent sans doute à renforcer les voies d'application et de garantie contentieuse des normes élaborées par lesdites organisations, ils n'en éliminent pas pour autant des croisements entre les actions juridictionnelles des uns et des autres, fragilisant là aussi la sécurité recherchée pour tous, et notamment les investisseurs nationaux

et étrangers, tant du point de vue des juges internes que devant les juridictions communautaires.

A – Le juge national, le droit uniforme et les droits communautaires

Le droit uniforme et les droits communautaires constituent de nouvelles sources de légalité pour les justiciables nationaux, créant pour le juge national un véritable casse-tête du fait des confrontations de règles signalées plus haut.

La primauté des Actes uniformes OHADA est établie par le Traité de Port-Louis, qui dispose que « *les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute dispo-*

Dans le cas de compétences croisées de systèmes juridiques, il semble logique que les interventions se fassent en bonne intelligence, et que la coordination produise un droit harmonisé.

sition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure » (Traité Port-Louis, art. 10). Les Traités de la CEMAC et de l'UEMOA prévoient eux aussi l'applicabilité directe des règlements et directives communautaires et leur primauté sur les lois nationales (selon l'article 44 du Traité de la CEMAC révisé, les Actes de la Communauté « *sont appliqués dans chaque État membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure* »). Il revient alors au juge national d'assurer le respect, dans l'ordre juridique interne, de ces normes.

Dans le cadre du droit OHADA, la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) se substitue au juge de dernier ressort de l'État lorsque les Actes uniformes sont concernés, mais les Cours de cassation nationales restent compétentes dans tous les autres domaines. Elles peuvent dès lors se retrouver confrontées à des cas mêlant droit national et droit uniforme. La jurisprudence nigérienne en a fourni un exemple intéressant (Cour suprême du Niger, 16 août 2001, Snar Leyma; sur ce conflit de juridictions, v. Meyer P., Les conflits de juridictions dans les espaces OHADA, UEMOA, CEDEAO, Séminaire sous-régional de sensibilisation sur le droit communautaire de l'UEMOA, précité, p. 9). Plus encore, le conflit peut opposer droit uniforme, droits communautaires et droit national.

Le risque est certain pour le juge national de se retrouver dans un embarras de choix.

La multiplication des règles internationales, conséquence des adhésions multiples des États aux organisations internationales parfois concurrentes, est susceptible de désorienter considérablement aussi bien le justiciable que le juge. Ce risque peut cependant être relativisé si l'on se base sur la particularité de la règle uniforme par rapport au droit communautaire. Il est possible en effet que le conflit ne surgisse pas parce que la règle communautaire n'a pas atteint son seuil d'application. En dehors de cette hypothèse, le juge national devra faire la part des choses entre les questions relevant de chacun des deux droits extérieurs, ou alors choisir l'une des deux sources de droit en fonction d'éléments qui lui seraient donc propres. Le recours au juge extérieur pourrait aussi lui être d'une certaine aide, par le mécanisme du renvoi préjudiciel institué devant les juridictions communautaires. Mais ces dernières ne sont pas non plus à l'abri de croisements de leur action avec celle du juge de l'OHADA.

B – Les « croisements » des actions juridictionnelles communautaires et du droit uniforme

Les manifestations de ces croisements sont multiples et des solutions tout aussi diverses peuvent être proposées.

1 – Manifestations

Le croisement peut tout d'abord être direct, c'est-à-dire par le biais du contrôle d'un acte communautaire. La Cour de justice de la CEMAC, dans sa fonction consultative (CJ CEMAC, avis, 9 avr. 2003, Avant-projet de règlement sur les systèmes, moyens et incidents de paiement; v. Revue trimestrielle de droit africain-Penant, 2007, n° 858, p. 122), a dû se frotter au droit de l'OHADA. Une des dispositions du projet de règlement soumis à consultation prévoyait des sanctions pénales, ce que l'un des États membres, pendant la procédure, a considéré comme contraire aux dispositions du Titre V de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP), lequel définit les infractions pénales, en laissant aux États le soin d'établir les peines correspondantes. La Cour a observé que non seulement les États pouvaient décider d'exercer en commun les compétences qu'ils détenaient du Traité OHADA, mais qu'en outre rien ne s'opposait à ce que l'organe communautaire – en l'occurrence le Comité des ministres de l'Union monétaire de l'Afrique centrale (UMAC) – adopte des dispositions relevant de ses attributions. Toutefois,

et c'est là le plus important, elle a relevé que certaines des dispositions du projet de règlement étaient susceptibles de porter atteinte à l'AUPCAP, alors même que la primauté des Actes uniformes de l'OHADA visait aussi les « *normes primaires et dérivées issues du Traité de la CEMAC* » (sic). Deux remarques méritent d'être faites sur cette position :

- la référence par la Cour à l'article 10 du Traité OHADA est injustifiée, dans la mesure où cette disposition ne prévoit la primauté des Actes uniformes qu'à l'égard du droit interne des États membres. Mais en tout cas, cette position est la sienne, et est susceptible d'être prolongée dans un contentieux ou dans un arrêt préjudiciel ; sauf revirement... souhaitable ;

- malgré tout, au-delà de la vision que l'on peut avoir de l'article 10 du Traité OHADA, le juge communautaire opère une interprétation des Actes uniformes, avec le risque que cette interprétation diverge de celle donnée par la CCJA, normalement apte à y procéder.

La situation peut théoriquement être la même devant le juge de l'OHADA. Il ne peut être exclu qu'un contentieux émanant d'une juridiction nationale de la zone CEMAC arrive devant la Cour d'Abidjan, dès lors qu'un requérant arguerait de ce que des dispositions de droit interne (qui, le cas échéant, seraient prises en application du règlement concerné) sont contraires à l'AUPCAP. La CCJA ne pourrait donc résoudre le conflit sans se prononcer sur la validité de l'acte communautaire concerné. Ainsi, dans un avis du 30 avril 2001, tout en relevant que « *le droit fiscal ne fait pas partie à ce jour* » (soulignons la précision « *à ce jour* », montrant bien l'importance de la rédaction de l'article 2 du Traité de Port-Louis...) des *matières rentrant dans le domaine du droit des affaires harmonisé tel que défini par l'article 2 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* », la CCJA a néanmoins précisé que « *si les procédures fiscales postérieures à la date d'entrée en vigueur de l'Acte uniforme concerné (en l'espèce, l'Acte uniforme sur le recouvrement simplifié et les voies d'exécution) mettent en œuvre des mesures conservatoires, mesures d'exécution forcée et procédures de recouvrement déterminées par ledit Acte uniforme, ces procédures fiscales doivent se conformer aux dispositions de celui-ci* » (CCJA, avis, 30 avr. 2001, n° 001/2001/EP). Or de telles dispositions peuvent résulter aussi d'un acte communautaire dans le cadre de la politique fiscale poursuivie par la

Communauté. On peut relever par exemple que la directive de la CEMAC relative à l'harmonisation de la taxe sur la valeur ajoutée consacre quelques-unes de ses dispositions au recouvrement, au redressement et au contentieux. Elle renvoie pour cela aux procédures nationales pertinentes, mais ce renvoi résulte moins d'une incompétence communautaire à régir ces questions que d'une sorte de *self-restraint*.

Le croisement peut ensuite être indirect : un arrêt de l'une ou l'autre des juridictions extérieures peut en effet avoir un impact sur l'application d'un acte communautaire ou d'un Acte uniforme, sans pour autant que l'acte en question – ou son application par une autorité nationale –

La multiplication
des règles internationales
est susceptible
de désorienter
considérablement
aussi bien le justiciable
que le juge.

soit directement l'objet du contentieux (ou de la consultation). On peut ainsi relever que les juridictions communautaires peuvent être saisies, par voie de compromis, de « *différends entre États membres ayant un lien avec le Traité et les textes subséquents* ». Hypothèse probablement incluse ici, celle dans laquelle un différend résulterait d'un Acte uniforme « *ayant un lien avec le traité* ». Qu'advierait-il alors ? La multiplication des carrefours entre les droits communautaires et le droit harmonisé accroît donc les risques de croisements contentieux, directs ou indirects. Aussi convient-il d'explorer les solutions envisageables.

2 – Quelles solutions ?

Trois solutions peuvent être proposées.

a – La concertation

L'accord signé entre l'OHADA et la CEMAC prévoit notamment que les deux organisations « *s'accordent à coopérer dans (...) la définition des domaines d'harmonisation du droit des affaires* » (Accord précité, art. 2). Il est donc à espérer que l'application par le Conseil des ministres de l'OHADA de l'article 2 du Traité de Port-Louis tiendra compte de la production juridique de chaque communauté économique dont les États sont également parties au Traité OHADA.

La concertation se fait également entre les juridictions des deux types d'organisations. Nombre de séminaires communs permettent en effet aux membres des Cours CEMAC, UEMOA et OHADA d'évoquer des problèmes communs.

Force est cependant de constater que cette concertation n'a pas toujours fonctionné. Elle aurait pourtant évité quelques-unes des divergences que nous avons relevées plus haut. Quant aux juridictions, la jurisprudence, certes peu abondante, ne donne pas encore à observer un réel travail de compréhension mutuelle de la spécificité de chacun des systèmes, et des dangers que comportent leurs intersections.

b – La répartition

Il s'agit ici d'une solution lourde, compliquée, consistant à revoir les traités des deux types d'organisations, afin de procéder à une répartition :

- des compétences entre elles (revoir par exemple la définition du droit des affaires au regard de l'existence des droits communautaires) ;

- des compétences matérielles entre les juridictions concernées (dans l'hypothèse où les domaines de ces deux organisations resteraient inchangés).

Il est évident – et la récente révision du Traité de Port-Louis l'a montré – que cette option de refonte des traités dans une perspective concertée n'emporte pas l'adhésion des États – et probablement pas des organisations en cause.

c – La coopération

Face aux risques juridiques de superposition et de jurisprudences incidentes, il peut être utile d'instaurer des mécanismes mutuels de dialogue juridictionnel formel entre les deux types de juridictions. Ce dialogue pourrait revêtir deux formes.

Il peut tout d'abord être de type préjudiciel, lorsque l'une des juridictions est saisie d'un contentieux mettant en cause un acte relevant de l'autre organisation. Cette procédure permettrait ainsi à chacune des juridictions de respecter les compétences de l'autre, et surtout d'éviter tout risque de mauvaise interprétation des règles juridiques relevant de l'ordre juridique auquel appartient l'autre.

Le dialogue peut aussi être orienté vers des résolutions de conflit de compétence, sur le modèle d'un tribunal des conflits, lorsque l'une ou l'autre, voire les deux, s'estime (in)compétente, et qu'une des parties au différend estime l'inverse ; le juge du conflit pourrait alors être une chambre commune OHADA Communauté.

Le champ d'investigation est donc large, la prospective bienvenue et l'imagination sollicitée afin de permettre une meilleure rationalisation de l'aménagement juridique du cadre des affaires et des investissements. Nul doute que d'autres circonstances permettront, dans les mois qui viennent, d'approfondir ces questions. En attendant, il est important de relever malgré tout que les

problèmes de la sécurité des affaires et des investissements dans les régions d'Afrique centrale et occidentale ne résultent pas d'abord des cas de dysfonctionnement de l'agencement des différentes strates du droit de l'investissement et des affaires; l'application imparfaite du droit dans les États, qu'il s'agisse de mettre en œuvre des règles communautaires ou uniformes, ou tout sim-

plement d'appliquer les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, y est pour beaucoup. Il semble donc important que des efforts croisés des acteurs de l'extérieur et de l'intérieur se conjuguent pour converger vers une amélioration de l'encadrement et de la protection juridiques de l'activité économique et de l'investissement, étranger ou national. ♦

**ENTRÉE EN VIGUEUR DU TRAITÉ OHADA ET DES ACTES UNIFORMES À L'ÉGARD DES ÉTATS PARTIES
MEMBRES ÉGALEMENT DE COMMUNAUTÉS ÉCONOMIQUES**

État partie	Zone communautaire	Entrée en vigueur	AUDGG (1)	AUSCGIE (2)	AUS (3)	AUPSRVE (4)	AUPCAP (5)	AUA (6)	AUCE (7)	AUCE (7)	AURCMR (8)
Centrafrique	CEMAC-CEEAC	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Tchad	CEMAC-CEEAC	02/07/96	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Cameroun	CEMAC-CEEAC	03/12/96	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Gabon	CEMAC-CEEAC	05/04/98	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Congo	CEMAC-CEEAC	17/07/99	17/07/99	17/07/99	17/07/99	17/07/99	17/07/99	17/07/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Guinée Equatoriale	CEMAC-CEEAC	13/08/99	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Bénin	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Mali	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Sénégal	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Niger	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Burkina Faso	UEMOA-CEDEAO	18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Togo	UEMOA-CEDEAO	19/01/96	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Côte d'Ivoire	UEMOA-CEDEAO	11/02/96	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Guinée Bissau	UEMOA-CEDEAO	20/02/96	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Comores		18/09/95	01/01/98	01/01/98	01/01/98	10/07/98	01/01/99	11/06/99	01/01/01	01/01/02	01/01/04
Guinée		21/11/00	21/11/00	21/11/00	21/11/00	21/11/00	21/11/00	21/11/00	01/01/01	01/01/02	01/01/04

(1) Acte uniforme relatif au droit commercial général.

(2) Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique.

(3) Acte uniforme relatif au droit des sûretés.

(4) Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

(5) Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif.

(6) Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

(7) Acte uniforme relatif à l'organisation et l'harmonisation de la comptabilité des entreprises.

(8) Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route.

* Tableau établi à partir de données recueillies sur le site de l'UNIDA (www.OHADA.com), agencées et complétées par nos soins.

Par Dr. Louis-Daniel
MUKA TSHIBENDE

Centre de droit économique –
Université Paul-Cézanne
(Aix-Marseille III)
Département de droit
économique et social –
Université protestante
au Congo-Kinshasa



S'installer pour affaires dans l'espace OHADA*

Le thème retenu pour ce colloque constitue l'une des principales finalités de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). L'objectif avoué étant la restauration de la confiance des opérateurs économiques, les États parties au Traité de Port-Louis ont assez vite intégré le fait que cela ne peut se réaliser que par la sécurisation des investissements. Ainsi, un certain nombre de dispositifs a été mis en place afin d'attirer les investisseurs, notamment étrangers. Comment ceux-ci se traduisent-ils en pratique ? Autrement dit, quelles sont les règles qui doivent être respectées par les opérateurs économiques pour pouvoir s'installer et faire des affaires dans l'espace OHADA dans une totale sécurité juridique ?

La réponse à ces questions dépasse le cadre du droit des affaires. En effet, l'installation dans l'espace OHADA passe par l'accomplissement d'un certain nombre de formalités administratives qui sont loin d'être négligeables. Il s'agit par exemple de celles prévues par les législations des États membres sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers. Ces règles n'étant pas prévues par le droit de l'OHADA, l'investisseur étranger devra donc se renseigner sur la législation de l'État dans lequel il projette de s'installer. C'est après ces étapes préalables qu'il faut envisager les questions ayant trait à l'activité commerciale, à savoir les conditions de l'accès à la profession commerciale et de l'exercice du commerce, de même que les différentes obligations qui pèsent sur le commerçant pendant l'exercice de son activité.

Seront ainsi abordés, d'une part, quelques aspects juridiques généraux d'une installation pour affaires (I) et, d'autre part, les principaux aspects comptables et fiscaux (II).

I – ASPECTS JURIDIQUES GÉNÉRAUX

Le commerçant personne physique (A) doit, s'agissant de cette première catégorie d'aspects, être distingué du commerçant personne morale (B).

A – Le commerçant personne physique

Le législateur OHADA a édicté des règles relatives à l'acquisition du statut de commerçant (1) et aux obligations inhérentes à ce statut (2).

1 – Devenir commerçant en OHADA

Dans l'espace OHADA, l'exercice du commerce est libre. Mais comme toute liberté, celle du commerce n'est pas absolue : son exercice est très encadré. Pour accéder à la profession commerciale, il faut avoir la capacité d'exercer le commerce et s'inscrire sur le registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM). N'est donc pas commerçant qui le veut, puisque le commerçant est défini (a), et cela, au regard de la notion d'*actes de commerce* (b).

a – Définition du commerçant

Aux termes de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, le commerçant est celui qui accomplit des actes de commerce et en fait sa profession habituelle (Acte uniforme portant droit commercial général, 17 avr. 1997, art. 2 (ci-après A.u.-Com.), JO OHADA, n° 1, 1^{er} oct. 1997, p. 1). Dans le contexte romano-germanique, cette définition paraît être des plus classiques. Concernant la capacité commerciale, il ressort des termes de l'Acte uniforme susvisé que « nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession habituelle s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce » (A.u.-Com., art. 6). En tant que question relative au statut personnel, le régime de la capacité est réglé par chaque droit national (Santos A. P. et Yado Toé J., OHADA, Droit commercial général, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit uniforme, 2002, p. 95). Mais en règle générale, l'incapacité frappe les mineurs, les majeurs incapables et les personnes ayant fait l'objet d'une interdiction d'exercer le commerce.

Les conditions de l'exercice du commerce par les étrangers au sein du périmètre OHADA revêtent donc une certaine importance, d'autant qu'elles appellent une application des règles relatives à l'entrée et au séjour dans cet espace, questions relevant des législations des États membres concernant la condition des étrangers (c'est ainsi, par exemple, que, pour le Gabon, il faut solliciter un visa d'affaires et, une fois sur place, demander un titre de séjour ; tandis que, pour la Côte d'Ivoire et le Cameroun, il n'y a pas de visa type, mais pour pouvoir obtenir un titre de séjour il faut y résider au minimum trois mois ; et c'est ainsi que, au Sénégal, les ressortissants de l'Union européenne sont dispensés de visa (la présentation d'un passeport valide et d'un carnet de vaccination à jour suffisant), mais au-delà d'un séjour de trois mois, une carte de résident est indispensable). Il sied de relever qu'en ce qui concerne la qualité de commerçant, le législateur OHADA ne fait aucune distinction entre les ressortissants des États membres et les étrangers. Il en résulte que l'étranger qui s'installe dans l'espace OHADA sera soumis à l'Acte uniforme.

b – Aperçu des actes de commerce

Pris en compte dans la définition du commerçant, les actes de commerce sont également régis par les dispositions de l'Acte uniforme portant droit commercial général. Une distinction y est opérée entre les actes de commerce par objet ou par nature (ces actes de commerce font l'objet d'une énumération longue et non exhaustive ; v. A.u.-Com., art. 3 : l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ; les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance, et de transit ; les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ; l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ; les opérations de location de meubles ; les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ; les opérations des intermédiaires de commerce, telles que commission, courtage, agences, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription,

* La présente étude est le fruit du travail collectif des membres du Club OHADA Aix-Marseille (COAM). Ont activement participé à son élaboration, outre l'orateur : Melles Olivia Betoe Bi Evie, Viany Onanga Opissina, Christelle Yabi ; ainsi que MM. Ngagne Fave, Armand Joseph Mendy et Djibril N'Diaye.

la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière; les actes effectués par les sociétés commerciales) et ceux par la forme (A.u.-Com., art. 4 : lettre de change, billet à ordre et warrant).

Comme son homologue français dont il s'est beaucoup inspiré, le législateur OHADA a retenu la spécificité des actes de commerce en vertu de laquelle ils peuvent se prouver par tous moyens à l'égard des commerçants (v. A.u.-Com., art. 5).

2 – Les obligations du commerçant

Une distinction est généralement faite entre les obligations juridiques générales concernant le RCCM (a) et les obligations comptables (b).

a – Les obligations juridiques

Pour obtenir la qualité de commerçant à titre professionnel, il faut obligatoirement s'inscrire au RCCM, le législateur ayant posé le principe de l'immatriculation au RCCM des personnes physiques et morales commerçantes (A.u.-Com., art. 19, 1^o, a et b), des succursales et des établissements secondaires (A.u.-Com., art. 140 a), et de l'inscription des intermédiaires de commerce (A.u.-Com., art. 25 et 27). La demande d'immatriculation doit être effectuée, pour les personnes physiques, dans le premier mois d'exploitation; et pour les personnes morales, dans le mois de leur constitution (A.u.-Com., art. 25 et 27). Elle doit contenir des informations relatives à la personne du commerçant et à son activité.

La demande d'immatriculation concernant une personne physique doit indiquer les nom, prénom, domicile, date et lieu de naissance et nationalité de l'assujetti; et concernant les informations relatives à l'activité exercée, le commerçant doit mentionner le nom sous lequel il exerce le commerce et, s'il y a lieu, l'enseigne utilisée, et préciser le ou les activités qu'il entend exercer et la forme de l'exploitation (sur ces indications, v. A.u.-Com., art. 25).

Lorsque la demande d'immatriculation concerne une personne morale, elle doit mentionner l'identité de la personne morale, le sigle ou l'enseigne, le ou les activités exercées, la forme juridique, le montant du capital social avec l'indication des apports en numéraire et l'évaluation des apports en nature, l'adresse du siège social et la durée de la personne morale; elle doit également contenir des informations relatives à l'identité des associés et aux organes sociaux (A.u.-Com., art. 27).

La demande d'immatriculation doit être effectuée auprès du greffe du tribunal de la juridiction compétente qui tient le

registre local. Cette juridiction est, dans la plupart des États membres de l'OHADA, le tribunal de première instance statuant en matière commerciale (Santos A. P. et Yado Toé J., OHADA, Droit commercial général, *op. cit.*, p. 115). Après vérification de la conformité de la demande par rapport aux pièces justificatives produites, le greffe procède à l'inscription proprement dite et au classement du dossier auquel il attribue un numéro. Il transmet par la suite un exemplaire du dossier au fichier national et au fichier régional tenu auprès de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Ces deux fichiers constituent pour les opérateurs économiques une importante mine d'informations.

Le législateur OHADA
a retenu la spécificité
des actes de commerce
en vertu de laquelle
ils peuvent se prouver
par tous moyens
à l'égard
des commerçants

b – Les obligations comptables

Le commerçant est assujéti à une série d'obligations relatives à l'établissement et à la tenue de la comptabilité, à sa production ou à sa communication à des ayants droit désignés par le législateur, ainsi qu'aux formalités de publicité qui doivent être observées en la matière. Ces règles contribuent à la sécurisation des activités non seulement du commerçant lui-même à qui elles offrent des instruments de pilotage ou de support de décisions adéquats, mais également des partenaires d'affaires éventuels de ce dernier.

Si elles font l'objet de développements ultérieurs, l'on peut néanmoins d'ores et déjà relever qu'elles permettent, d'une part, aux commerçants personnes physiques et aux dirigeants des sociétés commerciales de suivre de près l'évolution des affaires et d'adapter leur action en conséquence et, d'autre part, aux autres destinataires de l'information comptable et financière d'être au fait de la situation de l'entreprise.

B – Le commerçant personne morale

L'installation pour affaires dans l'espace OHADA peut également se faire par la création d'une personne morale (1), être juridique qu'il faudra ensuite faire vivre (2).

1 – Créer une société en OHADA

La création des sociétés obéit à un régime juridique commun à toutes les sociétés

commerciales (a), ainsi qu'à des règles particulières à certaines sociétés (b).

a – Le régime commun

De manière tout à fait classique, les règles à observer en vue de la création d'une société commerciale dans l'espace OHADA – et ce quelle que soit sa forme – sont relatives à l'actionnariat, aux apports, aux statuts et à l'immatriculation.

S'agissant de l'actionnariat, le législateur n'établit aucune discrimination entre les sociétés commerciales en raison de la composition de l'actionnariat (à propos de la qualité d'associé, v. notamment Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, 17 avr. 1997, art. 7 à 9 – ci-après A.u.-Soc. – JO OHADA, n^o 2, 1^{er} oct. 1997, p. 1). Les sociétés dont le capital est majoritairement détenu par des étrangers trouvent dans ce principe un facteur de sécurité et de prospérité pour leurs investissements dans la mesure où elles pourront concourir à armes égales avec les opérateurs économiques locaux. Pour ce qui est des apports, le droit OHADA consacre le triptyque traditionnel numéraire-nature-industrie (A.u.-Soc., art. 37 et s.). En ce qui concerne les statuts, il est à noter qu'ils donnent généralement lieu à un passage devant notaire, puisque, en effet, lorsqu'ils ne sont pas portés par un acte authentique (notarié), ils ne peuvent qu'avoir la forme d'un acte sous seing privé à déposer au rang des minutes d'un notaire (A.u.-Soc., art. 10 et s.). Le recours à ce professionnel est également un facteur de sécurité pour les créateurs d'entreprise. En matière d'immatriculation, enfin, comme les commerçants personnes physiques, les sociétés sont tenues d'y procéder, sous réserve des cas de la société en participation (A.u.-Soc., art. 854 et s.) et de la société de fait (A.u.-Soc., art. 115, 864 et s.).

b – Les dispositions spécifiques

Ces dispositions sont essentiellement relatives au montant minimal du capital social qui est exigé pour certaines formes sociétaires. Pour les sociétés à responsabilité limitée (SARL), il est de 1 000 000 francs CFA (A.u.-Soc., art. 311). Dans le cas des sociétés anonymes, le capital social minimal est de 10 000 000 francs CFA (A.u.-Soc., art. 387), montant multiplié par dix – soit 100 000 000 francs CFA – en cas d'appel public à l'épargne (A.u.-Soc., art. 824).

2 – Faire vivre la société créée

La législation OHADA donne aux sociétés, après leur création, la possibilité de pouvoir évoluer en toute sécurité de manière isolée (a) mais également

dans le cadre d'un groupement de sociétés (b).

a – La société prise isolément

De la société comme être juridique, le législateur OHADA a prévu les règles de la gouvernance et du financement.

Fonctionnement et gouvernance

Mû par le souci d'équilibrer les pouvoirs au sein des sociétés, le droit OHADA définit les règles relatives à la direction et au contrôle tant censorial qu'actionnarial des sociétés commerciales (pour un aperçu global, v. Muka Tshibende L.-D., L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA, préf. Mestre J., PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2009). La législation OHADA est en effet venue préciser, pour chaque type de société, les pouvoirs au sens large et les devoirs des dirigeants sociaux (v. A.u.-Soc., art. 276 et s., pour la société en nom collectif; art. 298 et s., pour la société en commandite simple; art. 323 et s., pour la SARL; art. 414 et s., pour la société anonyme), ainsi que les conditions de l'engagement de leur responsabilité (A.u.-Soc., art. 161 et s. et 330 à 332). La sécurité réside ici dans la possibilité donnée aux dirigeants d'entreprise de prévenir la mise en jeu de la responsabilité en ayant une conduite adaptée. L'on relèvera avec intérêt, dans le régime des sociétés anonymes, d'une part, la dissociation possible de la direction générale et de la présidence du conseil d'administration (A.u.-Soc., art. 415), consacrée bien avant la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, dite «*nouvelles régulations économiques*» et, d'autre part, la possibilité, lorsque le nombre d'actionnaires est d'au plus trois, d'opter pour la forme de société anonyme sans conseil d'administration mais avec un administrateur général (A.u.-Soc., art. 414).

Le droit OHADA est également venu renforcer le contrôle censorial dans les États membres. Il a ainsi rendu la désignation du contrôleur légal des comptes obligatoire dans les sociétés anonymes (A.u.-Soc., art. 694 et 702) et optionnelle dans les SARL (A.u.-Soc., art. 376); il a par ailleurs défini avec précision les droits, pouvoirs et devoirs des commissaires aux comptes, ainsi que les règles gouvernant leur désignation, leur éviction, ainsi que la mise en jeu de leur responsabilité. S'agissant du contrôle actionnarial – exercé par les associés –, celui-ci se trouve également renforcé par des règles définissant leurs prérogatives en matière aussi bien d'information passive et

active que d'intervention interne et externe (v. Muka Tshibende L.-D., L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA, *op. cit.*).

Financement

Des possibilités de financement variées sont effectivement offertes aux entreprises. Toutes ne sont cependant pas régies par le droit OHADA. Ainsi notamment de l'emprunt bancaire, car si le recours au système bancaire pour la levée des fonds constitue le mode traditionnel de financement des entreprises, les règles régissant les prêts bancaires sont cependant élaborées par les États membres dans le cadre de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) et de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC).

En revanche, le législateur OHADA a élaboré un corps détaillé des règles relatives aux emprunts obligataires auxquels les sociétés peuvent recourir. Sont ainsi édictées des règles concernant l'émission des obligations et les droits et prérogatives des obligataires (v. A.u.-Soc., art. 779 et s.). Le droit OHADA donne également aux opérateurs économiques la faculté de se (re)financer en faisant appel public à l'épargne (A.u.-Soc., art. 81 et s.). Est ainsi prévu un dispositif relatif à la transparence des opérations, dispositif au cœur duquel se trouvent l'obligation de publier des documents destinés à assurer l'information du public sollicité, le contrôle desdits documents par les autorités de régulation des marchés financiers locaux, ainsi qu'une palette de sanctions punissant la violation du régime ainsi établi (A.u.-Soc., art. 886 et s.; dispositions complétées par les régimes juridiques spécifiques des marchés financiers de l'UEMOA, de la CEMAC et du Cameroun. Pour un aperçu détaillé, v. Muka Tshibende L.-D., L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA, *op. cit.*).

b – Les groupements de sociétés

Il découle des dispositions du droit OHADA la possibilité pour toute société commerciale d'être perçue et d'évoluer de manière non isolée, soit en faisant partie d'un groupe de sociétés, soit en participant à la création d'un groupement d'intérêt économique.

Les groupes de sociétés

Le législateur OHADA définit le groupe de sociétés comme étant l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une

d'elles – la société mère – de contrôler les autres (A.u.-Soc., art. 173). Quant au contrôle, il s'entend de la détention du pouvoir de décision au sein de la société (A.u.-Soc., art. 174). La société mère est définie comme étant celle qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société, celle-ci étant sa filiale (A.u.-Soc., art. 179).

L'existence du groupe induit principalement l'obligation pour la société mère d'établir des comptes de groupe. Elle peut également donner lieu à l'application des dispositions relatives aux participations réciproques, dispositions par lesquelles le seuil de participation réciproque admis pour les SARL et les sociétés anonymes est fixé à 10 % (A.u.-Soc., art. 176 à 178).

Le groupement d'intérêt économique

Le législateur OHADA offre également aux opérateurs économiques la possibilité de constituer un groupement d'intérêt économique (GIE), structure de collaboration entre entreprises préexistantes. Doté de la personnalité morale et obligatoirement immatriculé au RCCM. (A.u.-Soc., art. 872), le GIE a pour but exclusif de mettre en œuvre pour une durée déterminée tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres (A.u.-Soc., art. 869).

II – ASPECTS COMPTABLES ET FISCAUX

Les opérateurs économiques qui souhaitent faire des affaires dans l'espace OHADA trouveront dans les règles comptables (A) et fiscales (B) en vigueur une grande prévisibilité, facteur de sécurité.

A – Aspects comptables

Le législateur OHADA met à la charge des commerçants un certain nombre d'obligations comptables, l'observation par les opérateurs économiques de ces obligations (1) ainsi que des principes (2) qui gouvernent leur mise en œuvre constituant un impératif.

1 – Les obligations comptables

Doivent dans ce domaine être évoqués : les livres comptables dont la tenue est obligatoire (a), les différents systèmes de présentation des comptes prévus (b), ainsi que les régimes particuliers des établissements bancaires et des entreprises d'assurance (c).

a – Les livres comptables obligatoires

Les commerçants personnes physiques comme personnes morales sont dans l'obligation d'établir des livres comptables. Il s'agit du livre-journal, du livre

d'inventaire et du grand livre auquel est liée une balance générale récapitulative (v. A.u.-Com., art. 13 et 17 ; v. Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, 24 mars 2000, art. 19, (ci-après A.u.-Compt.), JO OHADA, n° 10, p. 1).

Les commerçants personnes morales sont par ailleurs tenus d'établir des états financiers de synthèse ou comptes annuels (A.u.-Com., art. 17). Il s'agit du bilan, du compte de résultat, de l'annexe, ainsi que du tableau financier des ressources et des emplois et de l'état statistique (A.u.-Compt., art. 8 et 12). Le contenu de ces documents est précisé. Lorsque le commerçant personne morale est une société qui se trouve à la tête d'un groupe de sociétés, il doit, en sus de ses états financiers de synthèse annuels, établir et publier, selon le cas, des comptes consolidés (A.u.-Compt., art. 74) ou des comptes combinés (A.u.-Compt., art. 103), le législateur s'étant en outre employé à fixer un corps de règles relatives à la détermination du périmètre de consolidation et de combinaison ainsi que des méthodes de consolidation et de combinaison des comptes.

b – Les différents systèmes de présentation

Le droit OHADA ouvre aux sociétés commerciales la possibilité, en fonction de leur taille, d'opter pour une présentation simplifiée de leurs comptes annuels. Il est ainsi prévu que chaque entreprise est, sauf exception liée à sa taille, soumise au système normal de présentation des états financiers et de tenue des comptes (A.u.-Compt., art. 11, al. 2).

En revanche, lorsque le chiffre d'affaires de l'entreprise est inférieur à 100 000 000 francs CFA, la société a la faculté d'utiliser le système allégé (A.u.-Compt., art. 11, al. 3).

Enfin, pour ce qui est des très petites entreprises dont les recettes annuelles ne dépassent pas certains seuils fixés, elles sont, sauf utilisation volontaire du système normal ou du système allégé, assujetties au système minimal de trésorerie (A.u.-Compt., art. 13, al. 2).

c – Les cas particuliers : banques, établissements financiers et assureurs

En tenant compte de l'existence d'autres organisations sous-régionales (de type sous-régional) dans le cadre desquelles sont harmonisées ou uniformisées certaines branches du droit des affaires, le législateur OHADA pose par réalisme que les banques, les établissements financiers et les entreprises d'assurances sont assujettis à des plans comptables spéci-

ifiques (A.u.-Compt., art. 5). Ces régimes particuliers sont élaborés dans le cadre de l'UEMOA, de la CEMAC et de la Conférence interafricaine des marchés d'assurance (CIMA).

2 – Les principes comptables

Le droit OHADA consacre les principaux standards de la comptabilité moderne (a). Une importance singulière est accordée à deux exigences fondamentales (b). Et le contrôle interne est également appréhendé (c).

a – Les principes conventionnels

Le législateur OHADA a consacré une série de principes conventionnels dans le but notamment de faciliter la compréhension des informations fournies par les états financiers des entreprises. C'est ainsi que l'Acte uniforme portant

L'application du système comptable OHADA implique que la règle de prudence soit en tout cas observée, à partir d'une appréciation raisonnable des opérations à enregistrer au titre de l'exercice.

droit comptable dispose que l'application du système comptable OHADA implique que la règle de prudence soit en tout cas observée, à partir d'une appréciation raisonnable des événements et des opérations à enregistrer au titre de l'exercice (A.u.-Compt., art. 6).

Pour permettre la comparaison des comptes sociaux, le principe de la permanence des méthodes impose une présentation identique des états financiers annuels de l'entreprise d'un exercice à l'autre (A.u.-Compt., art. 34), les changements dans la présentation devant être portés à la connaissance des actionnaires (A.u.-Compt., art. 41).

Quant au principe des coûts historiques (*nominalisme*), il postule qu'à la date de leur entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition, ceux acquis à titre gratuit le sont à leur valeur vénale, et ceux produits à leur coût de production (A.u.-Compt., art. 35). Son application est tempérée par le recours à la notion de *juste valeur* (A.u.-Compt., art. 42 et 63).

Le principe de l'indépendance des exercices implique que les informations comptables couvrent des périodes de douze mois appelées exercices. Le législateur énonce à ce propos que le résul-

tat de chaque exercice doit être indépendant de celui qui le précède et de celui qui le suit (A.u.-Compt., art. 59).

Un autre principe, celui de la continuité de l'exploitation, postule que, pour l'établissement de ses états financiers annuels, le commerçant, personne physique ou morale, est présumé poursuivre ses activités dans un avenir raisonnablement prévisible (A.u.-Compt., art. 39).

b – Les exigences fondamentales

Deux exigences fondamentales contribuant à la qualité des comptes ont également été établies en droit OHADA.

En vertu de l'exigence de régularité et de sincérité des comptes, il est posé que les états financiers de synthèse annuels ou consolidés doivent décrire de façon régulière et sincère les événements, opérations et situations de l'exercice (A.u.-Compt., art. 8, 22 et 100).

Pour ce qui est de l'exigence de l'image fidèle, elle est importante puisque les états financiers devront toujours donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise (A.u.-Compt., art. 8).

c – Le contrôle interne

Le législateur supranational de l'OHADA impose enfin aux sociétés de mettre en place un système de contrôle interne. Obligation est en effet faite aux responsables des comptes de mettre en place et en œuvre des procédures de contrôle interne indispensables à la connaissance qu'ils doivent normalement avoir de la réalité et de l'importance des événements, opérations et situations liés à l'activité de l'entreprise (A.u.-Compt., art. 6).

B – Aspects fiscaux

Il convient, en ce qui concerne les considérations fiscales, de distinguer la fiscalité générale (1) des fiscalités particulières (2).

1 – La fiscalité générale

Retiennent particulièrement l'attention des investisseurs : la taxation des opérations de création de la société (a), ainsi que l'imposition des revenus d'activité (b).

a – La taxation de la création de la société

Plutôt que de parler d'imposition, il conviendrait d'user du vocable générique de *taxation*. En effet, à ce stade de la constitution de la société, un certain nombre de droits divers doivent être acquittés qui sont pour l'essentiel fiscaux, mais aussi administratifs et parfois des honoraires de notaire. À titre

illustratif, l'on peut considérer le cas du Sénégal et celui du Bénin.

Le cas du Sénégal

En droit sénégalais, le coût de constitution de la société varie selon le montant du capital social. Ainsi, le montant des coûts de constitution respectifs de la SARL et de la société anonyme, formes de société les plus utilisées, peut atteindre l'équivalent de 20 % du capital social pour la première forme et 5 % pour la seconde. Pour une SARL dont le capital est de 1 000 000 francs CFA, le coût de la constitution sera de 215 420 francs CFA, soit 47 420 francs CFA de frais fiscaux, 75 900 francs CFA de frais administratifs et 92 100 francs CFA de frais de notaire. Et pour une société anonyme dont le capital est de 10 000 000 francs CFA, le coût sera de 567 340 francs CFA, soit 195 240 francs CFA de frais fiscaux, 85 900 francs CFA de frais administratifs et 286 200 francs CFA de frais de notaire (Agence de développement et d'encadrement des PME (ADEPME), www.senegal-entreprises.net).

Le cas du Bénin

Tout opérateur économique – national ou étranger – qui procède à la création d'une société devra s'acquitter d'une série de frais relatifs aux formalités d'enregistrement. À ces frais qui connaissent des fortes variations selon qu'ils s'appliquent à un national ou à un étranger, il faut ajouter, comme dans la plupart des pays de l'OHADA, un ou plusieurs timbres fiscaux. Respectivement pour les nationaux et les étrangers, ces frais se décomposent comme suit : immatriculation (5 000/7 000 francs CFA), publication au *Journal officiel* (5 000/5 000 francs CFA), inscription au fichier de la Chambre de commerce et d'industrie du Bénin (CCIB) (25 000/100 000 francs CFA), première cotisation annuelle CCIB (10 000/50 000 francs CFA), déclaration d'établissement (2 000/2 000 francs CFA), carte professionnelle de commerçant (5 000/5 000 francs CFA), prestation du centre de formalités des entreprises (CFE) (20 000/20 000 francs CFA), soit un coût total de 72 000 francs CFA pour les nationaux et 189 000 francs CFA pour les étrangers (www.westafrica.smetoolkit.or).

b – L'imposition des revenus d'activité

Dans la plupart des pays de l'OHADA où les revenus d'activité s'entendent des bénéfices, dividendes distribués, salaires et autres revenus tels les jetons de présence, la fiscalité est généralement régie par un Code général des impôts. Ces pays ont des régimes fiscaux relativement si-

milaires prévoyant l'impôt sur les sociétés, l'impôt sur les revenus des personnes physiques et des contributions accessoires.

L'impôt sur les sociétés

S'appliquant généralement de plein droit et quel que soit leur objet aux sociétés commerciales et à toute personne morale se livrant à une exploitation ou à des opérations à caractère lucratif, cet impôt frappe donc l'ensemble des bénéfices ou revenus réalisés par les sociétés et autres personnes morales, dans des entreprises exploitées ou pour des opérations réalisées dans le pays concerné.

Les taux d'imposition varient, selon les pays, de 25 à 40 % du bénéfice imposable. À titre d'exemple, il est de 25 % au Sénégal, 35 % au Gabon, 38,5 % au Cameroun, avec une spécificité en Côte d'Ivoire où sont distingués deux taux : 35 % pour les bénéfices industriels et commerciaux et 25 % pour les entreprises individuelles. Dans tous les cas, son montant ne peut être inférieur à un certain pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise, à l'exception des deux premières années de fonctionnement.

Des règles spécifiques sont prévues pour les plus-values et les exercices déficitaires. Les plus-values sont différenciées selon qu'elles sont à court ou à long terme. Pour ce qui est des exercices déficitaires, ils supportent en règle générale un impôt minimal forfaitaire selon le chiffre d'affaires réalisé (par exemple, en Côte d'Ivoire, le minimum de perception est de 2 000 000 francs CFA et le maximum de 30 000 000 francs CFA ; au Sénégal, le minimum est de 500 000 francs CFA et le maximum de 1 000 000 francs CFA [v. Agence pour la création d'entreprises, www.apce.com.]), impôt dont les nouvelles sociétés sont exonérées durant leurs deux premiers exercices (il en va de même pour les sociétés ayant pour objet exclusif l'édition, l'impression et/ou la vente de feuilles périodiques [par exemple, Sénégal]).

Conscients des inconvénients relatifs à une forte pression fiscale, les gouvernements des différents pays de l'OHADA fournissent des efforts en vue d'une réduction de celle-ci. À ce propos, on peut citer le cas du Sénégal qui a baissé son taux d'impôt sur les sociétés de 35 à 25 % en 2006. Et il est à noter qu'un projet d'harmonisation des taux d'imposition au sein des pays de l'UEMOA est en discussion depuis 2008 et devrait prochainement aboutir. Ledit projet vise à faire varier les taux d'impôt entre 28 et 33 % (v. *Le Quotidien*, 26 juin 2008, www.lequotidien.sn). Il est intéressant de noter que dans les pays de l'OHADA

la fiscalité est plus incitative quant à l'implantation des entreprises, par rapport à certains États non membres où la fiscalité est moins attrayante (à titre d'exemple, nous pouvons citer le cas du Congo-Kinshasa où il y a une obligation pour les fondateurs des SARL de payer 6 % du capital social à la constitution de la société et à l'augmentation du capital).

L'imposition des revenus des personnes physiques

Cet impôt est assis sur les traitements et salaires, les dividendes et les revenus des valeurs mobilières.

Les rémunérations versées aux salariés font à ce titre l'objet de retenues mensuelles à la source, l'impôt étant calculé sur la base d'un barème progressif, fonction des charges de famille du contribuable. Actualité du débat sur le bouclier fiscal oblige, il est intéressant de souligner que le montant de cet impôt est, dans la majorité des pays de droit OHADA, généralement plafonné (par exemple, au Sénégal, son montant ne peut dépasser 50 % du revenu imposable). Par ailleurs, l'assujettissement du personnel étranger est souvent conditionné par l'exigence d'un certain nombre de jours de présence sur le territoire du pays hôte. C'est ainsi qu'au Gabon le personnel étranger est passible de l'impôt après cent quatre-vingt-trois jours de présence dans l'année sur le territoire gabonais.

Quant aux dividendes perçus par les actionnaires, ils sont inclus dans la base imposable et assujettis à l'impôt sur le revenu à un taux de 15 %. Le versement de ces dividendes au titre des bénéfices réalisés dans l'espace OHADA donne droit à un crédit d'impôt lorsque ces dividendes sont imposés en France ; de même, les résidents d'un État de l'espace OHADA peuvent bénéficier de l'avoir fiscal correspondant à des dividendes versés en France.

Enfin, les revenus des valeurs mobilières, qui sont, entre autres, les intérêts d'obligations et d'emprunts négociables, sont imposables par retenue à la source dans le pays de domiciliation de l'entreprise qui les verse. Lorsqu'ils sont imposés, le taux varie entre 10 et 15 % (v. www.apce.com).

Les contributions accessoires

Sont à ce titre brièvement évoquées : la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), la taxe douanière et les patentes.

Le taux de la TVA ne semble varier que très faiblement d'un État à un autre. Il est en effet compris entre 15 et 20 %, soit 19,25 % au Cameroun, 16,70 % en Côte d'Ivoire, 18 % au Gabon et autant au Sénégal.

En matière de taxe douanière, l'UEMOA et la CEMAC doivent être envisagées séparément. Dans le cadre de la CEMAC, le système douanier repose sur le tarif extérieur commun (TEC) qui classe les marchandises en quatre catégories, avec des taux variant de 5 à 30 % (produits de première nécessité : 5 % ; matières premières et biens d'équipement : 10 % ; biens intermédiaires et divers : 20 % ; biens de consommation courante : 30 %). À côté du TEC il existe un tarif préférentiel généralisé (TPG) qui s'applique aux produits fabriqués et commercialisés en zone CEMAC et dont le taux équivaut à 20 % du TEC du produit concerné. Dans la zone UEMOA également s'applique un TEC.

S'agissant enfin de la contribution des patentes, il s'agit d'un impôt auquel est assujettie toute personne physique ou morale exerçant un commerce, une industrie ou une profession non salariée. Il se compose d'un droit fixe (les tarifs sont récapitulés dans des tableaux figurant généralement dans le Code général des impôts de chaque pays concerné) et d'un droit proportionnel (celui-ci est établi sur la valeur locative des bureaux, magasins, boutiques, usines, ateliers, hangars et autres locaux servant à l'exercice des professions imposables). Il existe notamment au Sénégal (par exemple, pour une activité de restauration industrielle dont le chiffre d'affaires est supérieur à 500 000 000 francs CFA, le droit fixe est de 800 000 francs CFA et le droit proportionnel est de 19 %).

2 – Les fiscalités particulières

Dans le domaine des fiscalités particulières, l'investisseur aura toujours intérêt à s'assurer qu'il peut bénéficier des dispositions des conventions fiscales internationales (a) ou de celles des Codes des investissements (b) applicables dans les États membres.

a – Incidences des conventions fiscales internationales

Dans l'espace OHADA comme ailleurs, les conventions fiscales internationales sont, pour l'écrasante majorité d'entre elles, des conventions bilatérales conclues entre deux États souverains afin d'éviter la double imposition ou l'absence d'imposition qui pourrait résulter pour les personnes physiques ou morales dont le domicile fiscal est situé dans l'un des États contractants de la perception simultanée ou excessive dans cet État contractant et dans l'autre État des impôts sur les revenus *lato sensu* (v. Grosclaude J. et Marchessou P., Droit fiscal général, Dalloz, 3^e éd., 2001, p. 21 et s.).

Généralement, pour éviter ce risque, le droit d'imposition est partagé entre l'État de résidence du bénéficiaire des revenus et l'État de la source du revenu (v. en ce sens, Beltrame P., La fiscalité en France, Hachette, 12^e éd., 2006-2007, p. 107). Toutefois, certaines conventions passées avec les pays dits en voie de développement comportent des dispositions particulières dérogeant au principe d'une réciprocité absolue, et ce dans l'esprit d'un dialogue Nord-Sud (v. Grosclaude J. et Marchessou P., Droit fiscal général, *op. cit.*, p. 22 et 23 ; Beltrame P., La fiscalité en France, *op. cit.*, p. 108). C'est le cas des conventions fiscales passées entre la France et les pays de droit OHADA, dans lesquelles la notion d'*établissement stable* – qui apparaît comme le critère attributif de la recette fiscale à son État d'implantation (les conventions fiscales internationales

Certaines conventions comportent des dispositions particulières dérogeant au principe d'une réciprocité absolue, et ce dans l'esprit d'un dialogue Nord-Sud.

repreuant généralement la définition du modèle OCDE selon laquelle l'établissement stable est « une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité ») – est conçue de manière très large afin d'étendre la compétence fiscale des pays en développement (v. par exemple l'article 3 des conventions fiscales liant respectivement la France avec le Gabon, le Sénégal, le Cameroun et la Côte d'Ivoire).

b – Opportunités offertes par les Codes des investissements

L'évocation des généralités sur les Codes des investissements permet de mieux en appréhender les particularités.

Des généralités

Dans les pays de l'OHADA, les législateurs nationaux ont mis en place, dans le cadre des Codes des investissements, des mécanismes à la fois de protection des investisseurs et d'incitation à l'investissement – notamment étranger – subordonnés à la satisfaction d'un certain nombre de critères spécifiques.

Les mécanismes de protection, d'une part, consistent en des garanties générales comportant la liberté d'entreprendre,

la liberté de transfert de capitaux, la garantie des droits acquis de toute nature et en particulier le droit de propriété. De plus, outre la procédure d'arbitrage prévue dans le cadre de l'OHADA, la sécurité des investissements est assurée par l'adhésion des pays de l'OHADA à l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) et au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

Au titre des mesures incitatives, d'autre part, l'on voit fleurir dans les différents pays des programmes d'investissements agréés pour lesquels des avantages, pour l'essentiel d'ordre fiscal et douanier, sont prévus. Ces avantages sont accordés aux entreprises qui satisfont un certain nombre de conditions parmi lesquelles le nombre d'emplois créés, le montant de l'investissement, la zone d'implantation et surtout le secteur d'activité choisi. Il est à souligner, par ailleurs, que si dans la zone UEMOA les avantages et autres protections consentis sont directement issus des Codes des investissements des différents États (un projet de Code commun des investissements est en phase d'élaboration), au niveau de la CEMAC, une Charte des investissements (cette Charte, issue du règlement n° 17/99/CEMAC-20-CM 03 du 17 décembre 99, constitue le cadre général commun du droit des investissements dans les États membres de la CEMAC, les États conservant toutefois la possibilité de préciser et/ou de compléter par des réglementations nationales les dispositions de la Charte sans toutefois pouvoir contredire les dispositions essentielles) est venue harmoniser les différentes mesures de protection et d'incitation à l'investissement.

Des particularités

Peuvent être mentionnés les cas du Cameroun, de la Côte d'Ivoire et du Sénégal.

Le Code des investissements applicable à l'activité économique au Cameroun a été institué par l'ordonnance n° 90/007 du 8 novembre 1990, modifiée par l'ordonnance n° 94/003 du 24 janvier 1994. Ce Code comporte quatre régimes différents pour lesquels est prévue une batterie de conditions spécifiques d'accès et une panoplie d'avantages particuliers. Il s'agit du régime de base, duré régime des PME, du régime des entreprises stratégiques et, pour les entreprises existantes en fonctionnement, du régime de réinvestissement. Une ordonnance n° 90/001 du 29 janvier 1990, ratifiée par la loi n° 90/023 du 10 août 1990, régit le régime de la zone franche industrielle.

L'arrêté n° 51/MINDIC/IGI du 28 décembre 1990 en détermine les modalités d'application (les dispositions du Code des investissements comme celles du régime de la zone franche industrielle ont été améliorées par les dispositions de la loi n° 2002/004 du 19 avril 2002 relative à la Charte des investissements). En Côte d'Ivoire, le Code des investissements porté par la loi n° 95-620 du 3 août 1995 comprend des dispositions qui s'appliquent de manière uniforme à tout investisseur sous forme de société, de nationalité ivoirienne ou étrangère, résident ou non-résident, éligible aux différents régimes mis en place dès lors qu'il remplit les conditions. Il existe un régime de déclaration et un régime d'agrément. Au Sénégal, le Code des investissements applicable à l'activité économique est

régi par la loi n° 2004-627 du 7 mai 2004. Les projets éligibles peuvent concerner des activités variées énumérées par la loi. Pour ce qui est de la procédure d'agrément, tout dossier de demande d'agrément au Code des investissements est déposé à l'Agence nationale chargée de la promotion de l'investissement et des grands travaux (APIX) qui délivre un récépissé de recevabilité ou de rejet. Au terme de la procédure, l'Agence donne acte à l'intéressé. Toutes les formalités administratives de création et d'extension sont prises en charge par le guichet unique de l'Agence. De nombreux avantages sont attachés à l'obtention de l'agrément. Il faut cependant relever que pour tout investissement d'un montant supérieur à 250 000 000 000 francs CFA, le gouvernement peut accorder à l'investisseur des conditions fiscales et dou-

nières dérogatoires au Code des investissements ; le ministre compétent négociera alors avec l'investisseur les avantages et les soumettra à l'avis de non-objection du Premier ministre (v. L. n° 2007-25, 22 mai 2007).

Propos conclusifs

Sont ainsi édictées les règles permettant aux investisseurs de s'installer pour affaires dans l'espace OHADA. Les investissements y bénéficient ainsi d'une sécurité juridique due notamment à la clarté, à la simplicité et à la modernité des normes en vigueur concernant tant la création que l'exploitation d'une activité économique au sein de cet espace d'intégration juridique qui poursuit également comme objectif d'assurer la croissance des économies des États membres. ♦

RDC 3697

Par Jacques MESTRE

Professeur à l'Université
Paul-Cézanne d'Aix-Marseille,
Directeur du Centre
de droit économique



Regards contractuels sur l'OHADA

Un colloque portant sur la sécurisation juridique des investissements dans l'Afrique de l'Ouest pouvait difficilement faire l'impasse sur la matière contractuelle ! Car, s'il est une matière où l'objectif de sécurité est prédominant, c'est bien celle du contrat. Prévisions des parties, loi arrêtée par elles pour gouverner l'avenir, respect ensuite de cette loi, tels sont en effet les axes majeurs d'une matière qui est, par ailleurs, au cœur de la vie économique et des opérations quotidiennement bâties par ses acteurs.

Le regard porté sur le contrat via l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) n'est pas de prime abord très enrichissant. Car, parmi les Actes uniformes de l'OHADA, on attend toujours celui qui porterait précisément sur le droit des contrats. Ce qui ne veut cependant pas dire, d'abord, que certains des Actes uniformes existants n'appréhendent pas ponctuellement la matière contractuelle (I), et ensuite qu'une réflexion ne soit pas d'ores et déjà en cours sur ce que pourrait être un droit unifié des contrats dans l'OHADA (II).

I – UNE HARMONISATION PONCTUELLE DÉJÀ RÉALISÉE

Cette harmonisation partielle est le fruit, pour l'essentiel, de l'Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général qui est l'un des trois Actes uniformes entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1998 sur le territoire des États parties à l'OHADA et, accessoirement, de l'Acte uniforme OHADA du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route. Pour présenter l'essentiel des dispositions contractuelles harmonisées qui résultent de ces Actes uniformes, on distinguera les contrats structurels (A), les contrats d'intermédiaires (B) et les opérations contractuelles ponctuelles (C).

A – Les contrats structurels

Ces contrats sont naturellement ceux qui gravitent autour du fonds de commerce.

1 – La vente du fonds de commerce (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 115 à 136)

À noter que :

- la vente est réalisée par acte sous seing privé ou par acte authentique ;
- l'article 118 de l'Acte uniforme de droit commercial général prévoit un forma-

lisme informatif protecteur du consentement du cessionnaire ;

- l'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général organise une garantie légale contre l'éviction du fait personnel et du fait d'un tiers ;
- l'acquéreur a l'obligation de payer le prix au jour et au lieu fixés dans l'acte de vente, entre les mains du notaire ou de l'établissement bancaire désigné d'un commun accord entre les parties à l'acte. Ce paiement à un intermédiaire a été rendu obligatoire afin de protéger les créanciers en permettant des oppositions et en prescrivant des mesures de publicité. Les créanciers sont également protégés contre une éventuelle contre-lettre puisque la nullité de cette dernière n'est plus ici uniquement une disposition d'ordre fiscal, mais relève bien du droit commercial général. En effet, l'article 126 de l'Acte uniforme de droit commercial général dispose qu'«est nulle et de nul effet toute contre-lettre ou convention ayant pour objet de dissimuler partie du prix d'une cession de fonds de commerce».

2 – La location-gérance du fonds (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 106 à 114)

Les dispositions sont ici assez inspirées de la loi française du 20 mars 1956,

notamment sur le terrain des délais requis pour pouvoir mettre le fonds en location-gérance et pour les publicités. Cependant, on regrettera que la réglementation reste un peu sommaire, et ne précise pas en particulier les obligations des parties, ou la durée de la relation contractuelle.

3 – Le bail commercial (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 69 à 101)

Les dispositions impératives de l'Acte uniforme composent un véritable statut, mais uniquement dans les villes de plus de cinq mille habitants (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 69). Un statut qui est applicable aux personnes morales de droit public à caractère industriel ou commercial, et aux sociétés à capitaux publics, qu'elles agissent comme bailleur ou comme preneur.

À noter encore :

- une présomption de bail commercial dès lors qu'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou même simplement professionnelle est exploitée dans les lieux loués avec l'accord du propriétaire, et ce même si la convention n'est pas écrite (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 71);
- les parties fixent librement la durée des baux (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 72). Le bail commercial peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée; à défaut d'être écrit ou de terme fixé, le bail est réputé conclu pour une durée indéterminée;
- la continuation du bail en cas de cession des locaux (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 78);
- la libre fixation du loyer par les parties (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 84);
- le droit au renouvellement (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 91) qui bénéficie aussi au sous-locataire autorisé (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 98), avec des précisions intéressantes sur le calcul de l'éventuelle indemnité d'éviction (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 94 : « à défaut d'accord des parties sur le montant de cette indemnité, celle-ci est fixée par la juridiction compétente en tenant compte notamment du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur, et de la situation géographique du local »);
- et enfin une jurisprudence déjà très fournie sur la résiliation anticipée qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence française.

B – Les contrats d'intermédiaires

Alors que ceux-ci étaient largement soumis aux règles françaises de 1807 sur les

courtiers et commissionnaires, avec cependant quelques réglementations nationales particulières, par exemple au Cameroun et au Sénégal, l'Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 a substantiellement changé la donne.

À présent, s'appliquent ici des règles générales harmonisées pour les intermédiaires précités mais aussi pour les agents commerciaux, et existe également un premier chapitre consacré aux intermédiaires en général.

Ces dispositions OHADA s'inspirent des Conventions de Genève du 11 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, de la directive européenne du 18 décembre 1986 sur les agents commerciaux, et aussi des dispositions du Code des obligations civiles et commerciales sénégalais.

La détermination du prix reste une condition de formation du contrat, mais l'Acte uniforme admet la référence au prix habituellement pratiqué sur le marché.

Pour s'en tenir ici au chapitre 1^{er} consacré à l'intermédiaire de commerce en général, on relèvera :

- une définition de l'intermédiaire, donnée par l'article 137 de l'Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 : « celui qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, le représenté, pour conclure avec un tiers un contrat de vente à caractère commercial »;
- l'intermédiaire est un commerçant (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 138);
- de façon générale, l'Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 prévoit l'application des règles du mandat. Ce qui peut ne pas paraître toujours approprié à la situation de certains professionnels. Mais, en fait, l'Acte est quand même finalement très précis sur toute une série de dispositions, de sorte que l'enjeu de la qualification retenue n'est pas considérable;
- l'absence d'exigence de forme dans l'acte de représentation, avec l'admission d'une preuve par tous moyens (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 144);
- la normativité des usages professionnels, et même, de manière très originale et presque avant-gardiste, « des pratiques » établies entre intermédiaire, représenté et tiers (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 145);

- « l'intermédiaire qui a reçu des instructions précises ne peut s'en écarter, sauf à établir que les circonstances ne lui ont pas permis de rechercher l'autorisation du représenté, lorsqu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été informé de la situation » (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 147);
- « l'intermédiaire est responsable envers le représenté de la bonne et fidèle exécution du mandat » (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 150);
- le jeu éventuel de la théorie du mandat apparent;
- et des dispositions très précises, dans les articles 156 et 157 de l'Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997, sur la cessation du mandat de l'intermédiaire.

C – Des opérations contractuelles ponctuelles : vente et transport de marchandises par route

1 – La vente commerciale

C'est le Livre V de l'Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 sur le droit commercial général qui lui est consacré.

Sa structure, classique, est ordonnée en quatre titres consacrés au champ d'application et aux dispositions générales, à la formation du contrat de vente, aux obligations des parties et aux effets du contrat de vente.

Ce Livre V a choisi de moderniser la législation existant en la matière en introduisant dans le droit positif des États membres la plupart des principales dispositions de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. Mais pas toutes cependant, de sorte que la cohérence interne des dispositions n'est pas toujours parfaite.

Au titre des dispositions inspirées par la Convention de Vienne, on relèvera notamment :

- le champ d'application même du Livre V, dont les dispositions ne s'appliquent qu'aux contrats de vente (à l'exclusion du contrat d'entreprise, Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 204) conclus entre commerçants et portant essentiellement sur des meubles corporels (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 202 et 203);
- l'importance accordée aux usages, avec par exemple la codification de certains desdits usages comme le remplacement des marchandises (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 250), et aussi la place qui leur est accordée dans la recherche de l'intention des parties;
- la détermination du prix reste une condition de formation du contrat, mais l'Acte uniforme admet la référence au prix habituellement pratiqué sur le marché (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 235);

>

- le souci de sauvegarder le contrat qui explique que la résolution apparaisse comme une solution subsidiaire et que chaque partie puisse donc impartir à l'autre un délai supplémentaire pour parfaire l'exécution du contrat (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 251 et 257) ;

- la solution du moment du transfert de la propriété qui s'inspire de l'article 5 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal puisqu'elle retient que c'est la prise de livraison qui attribue la propriété du bien à l'acheteur.

Cela étant, des insuffisances ont pu être relevées (v. Akuété Pedro Santos, OHADA commenté, Juriscope, 2008, p. 284). Ainsi, certaines questions ont échappé à l'attention du législateur, telles que la définition même de la vente, ou ses conditions de validité. De même, la notion de *livraison* manque de clarté puisque, pour le vendeur, c'est la mise à disposition qui la constitue (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 280 et 288), tandis que, pour l'acheteur, la prise de livraison est, de manière générale, le fait d'accomplir l'acte tout en permettant au vendeur d'effectuer la livraison. Enfin, en matière de résolution, il y a lieu de constater que plusieurs articles (Acte uniforme OHADA, 17 avr. 1997, art. 245, 247, 250) prévoient le caractère judiciaire de la résolution alors que, par ailleurs, si le principe de la résolution unilatérale n'est pas formellement affirmé, plusieurs dispositions organisent sa mise en œuvre.

Il reste que l'Acte uniforme de 1997 constitue un premier pas important dans la voie de l'harmonisation, et qu'il doit être salué, au même titre que l'Acte uniforme de 2003 sur le transport de marchandises par route.

2 – Le contrat de transport de marchandises par route

Il est gouverné par un Acte uniforme adopté à Yaoundé le 22 mars 2003.

Là encore, l'évolution est très importante, au regard tant de l'importance pratique de ce contrat pour les pays de l'Afrique francophone que des divergences juridiques qui préexistaient dans les divers États membres.

L'Acte uniforme OHADA du 22 mars 2003 est fondamentalement inspiré de la Convention applicable au transport international des marchandises par route (CMR), établie et ouverte à la signature à Genève le 19 mai 1956, et qui a été ratifiée par la plupart des États européens ainsi que par ceux du Maghreb et de l'Asie qui sont voisins du continent européen.

On relèvera que le contrat de transport ici visé est entendu comme tout contrat par lequel une personne physique ou morale, appelée transporteur, s'engage à titre princi-

pal à déplacer par route, d'un lieu à un autre, une marchandise que lui remet une autre personne, appelée expéditeur, par le moyen d'un véhicule et en contrepartie d'une rémunération (Acte uniforme OHADA, 22 mars 2003, art. 2, b). Les parties au contrat sont l'expéditeur ou le donneur d'ordre et le transporteur. Cependant, l'acceptation expresse ou tacite du contrat de transport par le destinataire fait de celui-ci une partie au contrat de transport. Par ailleurs, l'Acte uniforme du 22 mars 2003 envisage le transport successif avec plusieurs transporteurs qui se partagent les itinéraires, et le transport superposé où une partie seulement de l'itinéraire est routier.

On n'entrera pas ici dans le détail des réglementations applicables. Simplement, pour bien mesurer l'ampleur de l'harmonisation réalisée, on rappellera le contenu de l'article 1^{er} de l'Acte uniforme du 22 mars 2003, qui en délimite le champ d'application en ces termes : « *Le présent Acte uniforme s'applique à tout contrat de trans-*

Les États de l'Afrique francophone aspirent, pour leur développement économique, à une plus grande harmonisation de leurs dispositions contractuelles.

port de marchandises par route lorsque le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés soit sur le territoire d'un État membre de l'OHADA, soit sur le territoire de deux États différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA. L'Acte uniforme s'applique quels que soient le domicile et la nationalité des parties au contrat de transport.

Ainsi l'ambition normative des rédacteurs de l'Acte uniforme de 2003 est-elle forte. Ce qui montre bien que les États de l'Afrique francophone aspirent, pour leur développement économique, à une plus grande harmonisation de leurs dispositions contractuelles. D'où l'incontournable question d'un éventuel droit commun harmonisé des contrats.

II – UN AVANT-PROJET D'ACTE UNIFORME SUR LE DROIT DES CONTRATS

À l'heure où l'Europe réfléchit, mais désormais assez timidement, à un éventuel droit harmonisé des contrats, et où la France s'efforce, mais aujourd'hui assez difficilement, de bâtir un nouveau droit modernisé

des contrats, l'Afrique francophone souhaite manifestement, pour sa part, profiter de la dynamique créée par l'OHADA, pour se doter elle-même d'un nouvel Acte uniforme en matière contractuelle. Mais, ici encore, la tâche apparaît délicate, tant la matière contractuelle paraît vouée au débat et surtout à la controverse.

Pourtant, un avant-projet existe depuis quelques années, dû à la plume du professeur de Louvain Marcel Fontaine, qui s'est exprimé dans le cadre d'une expertise confiée, en 2002, par le Secrétariat permanent de l'OHADA à l'Institut international pour l'unification du droit privé, dit Unidroit.

Après avoir beaucoup consulté, et notamment rencontré de nombreux acteurs juridiques et économiques de l'Afrique francophone, Marcel Fontaine a remis un texte qui s'inspire assez largement des célèbres Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, mais entend également tenir compte des spécificités africaines (d'où, par exemple, l'absence de tout formalisme dans la formation du contrat).

Naturellement, nous n'allons pas reprendre toutes les dispositions de cet avant-projet. Simplement nous paraît-il intéressant de mettre concrètement l'accent sur les principales originalités qu'il renferme. Nous retiendrons ici les suivantes :

- **l'affirmation de principes directeurs**, tels que la bonne foi (Avant-projet, art. 1-6 : « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* »), la cohérence (Avant-projet, art. 1-7 : « *Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* »), ou encore ce qu'on pourrait appeler la mesure (Avant-projet, art. 7-6 : « *Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire* », et art. 7-26 : « *Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables. Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice* ») ;

- **une réglementation substantielle de cette période cruciale** qu'est aujourd'hui devenue **la négociation précontractuelle** (Avant-projet, art. 2-15 : « *Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être*

tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord. Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie», et art. 2-16 : « Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie » ;

• **un traitement novateur de l'avantage excessif** (Avant-projet, art. 3-10 : « 1) La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération : a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale, de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence, des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'incapacité à la négociation de la première ; b) de la nature du contrat ; 2) Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi ; 3) Le tribunal peut également adapter le contrat ou la clause à la demande de la partie ayant reçu une notification d'annulation pourvu que l'expéditeur de la notification en soit informé sans tarder et qu'il n'ait pas agi raisonnablement en conséquence » ;

• **une directive originale pour l'interprétation des contrats**, dans la mesure où l'article 4-3 de l'avant-projet conduit à prendre notamment en compte les négociations préliminaires entre les parties, les pratiques établies entre elles, le comportement des parties postérieur à la conclusion du contrat, la nature et le but du contrat, le sens généralement attribué aux clauses et aux expressions dans le secteur concerné et enfin les usages ;

• **le choix de la souplesse et du pragmatisme sur le terrain de la fixation du prix** (Avant-projet, art. 5-7 : « 1) Lorsque le contrat ne fixe pas de prix ou ne prévoit pas le moyen de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indication contraire, s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans le secteur considéré, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable ; 2) Lorsque le prix qui doit être fixé par une partie s'avère manifestement déraisonnable, il lui est substitué un prix raisonnable, nonobstant toute stipulation contraire ; 3) Lorsqu'un tiers chargé de la fixation du prix ne peut ou ne veut le faire, il est fixé un prix raisonnable ; 4) Lorsque le prix doit être fixé par référence à un facteur qui n'existe pas, a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par le facteur qui s'en rapproche le plus » ;

• **la prise en compte équilibrée d'un bouleversement imprévu des circonstances initiales** (Avant-projet, art. 6-24 : « 1) En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée ;

2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations ; 3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal ; 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable : a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations » ;

• **l'affirmation d'une faculté de résiliation unilatérale** (Avant-projet, art. 7-13 : « Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie »), qui peut même être exercée de manière anticipée, avant une inexécution avérée (Avant-projet, art. 7-15 : « Une partie est fondée à résoudre le contrat si, avant l'échéance, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie »).

Ainsi, on le voit, cet avant-projet est par bien des côtés innovant, à la pointe de certaines évolutions contemporaines du droit des contrats. D'où, sans doute, les réserves qu'il suscite chez certains et, corrélativement, l'enthousiasme qu'il provoque chez d'autres ! Qu'en sortira-t-il ? Nul ne le sait à l'heure présente. Simplement est-il permis d'espérer que la forte volonté qui a fait naître l'OHADA et lui permet très régulièrement de se développer ne s'endorme pas ici car, une fois encore, comme nous le disions en introduction, la matière contractuelle reste au cœur des échanges économiques, et ne peut donc raisonnablement demeurer en marge du mouvement d'harmonisation en cours. ♦

RUDC 3698

Par Gérard BLANC

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Paul-Cézanne, membre du Centre de droit économique (CDE)



Prévenir et traiter les difficultés

Prévenir et traiter les difficultés des entreprises, tel est l'objet de l'Acte uniforme de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. À quelques semaines près, on fête cette année le onzième anniversaire de son application. Pour parfaire sa diffusion auprès des opérateurs économiques, l'occasion de ce colloque est donc particulièrement bienvenue.

Jusqu'à la législation applicable en la matière était très éparpillée.

Certains États africains avaient conservé la législation française comme source normative de référence, elle-même figée dans des textes anciens : Code de commerce de 1807, loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire et décrets-lois des 8 août et 30 octobre 1935. Or cet ensemble de textes français a été remplacé en France par une législation en fréquente évolution (1967, 1985, 1994, 2005, 2008).

D'autres États africains, en revanche, avaient déjà réformé leur droit des pro-

cédures collectives ou prévoyaient à l'époque de le faire.

L'état de l'évolution du droit à l'époque oscillait entre un relatif immobilisme du droit et une frénésie à légiférer dont le droit français est une bonne illustration. La succession rapide de textes s'explique sans doute par une croyance excessive dans l'efficacité de l'action du droit sur l'économie. Or le bilan de ces lois à répétition devrait, au contraire, inciter le juriste à davantage de modestie au regard de l'impact limité de ces textes dans un régime d'économie libérale (Sawadogo F. M.,

>

L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone à partir de l'exemple du Burkina Faso, *Rev. burkinabé de droit*, n° 26, juill. 1994, p. 195).

À partir de cette évolution, on peut faire plusieurs constats :

- constat de la primauté de plus en plus prononcée du droit pour des solutions de redressement prévalant sur le seul objectif d'apurement du passif et de sanction du débiteur fautif. Or ces solutions qui sacrifient quelque peu les intérêts des créanciers ne permettent pas toujours d'atteindre les objectifs de sauvegarde des entreprises ;

- constat de l'élargissement du champ d'application des procédures collectives, la dernière évolution en date en droit français étant l'extension de ces procédures aux personnes physiques exerçant une profession libérale (L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, JO 27 juill. 2005) ;

- constat de la volonté du législateur de permettre une intervention du juge beaucoup plus précoce : à un stade, par exemple, où l'entreprise n'est pas encore en cessation des paiements.

On est passé ainsi d'un droit des procédures collectives à un droit dit des entreprises en difficulté.

Malgré ces évolutions, certains traits caractéristiques des procédures collectives demeurent dans les législations contemporaines :

- l'aspect collectif de ces procédures subsiste. Il s'agit d'éviter qu'un créancier puisse profiter du prix de la course, d'où la nécessaire organisation des créanciers de telle manière que soient disciplinés leurs comportements ;

- demeure également pris en compte le conflit d'intérêts qui existe entre le débiteur et ses créanciers et, parmi les créanciers, entre les créanciers titulaires de sûretés et les créanciers chirographaires ;
- le rôle du juge, même s'il évolue, demeure primordial. En effet, malgré l'introduction d'une procédure de règlement amiable, l'existence d'un procès de nature judiciaire demeure essentielle.

Au total, l'évolution des législations contemporaines consacre la poursuite simultanée de trois objectifs dont la hiérarchie peut varier d'un droit à l'autre.

Il s'agit certes d'obtenir le paiement des créanciers et éventuellement de punir le débiteur fautif, mais il s'agit également de faciliter chaque fois que possible la sauvegarde de l'entreprise, dont on sait l'impact négatif que peut avoir sa disparition sur l'économie d'une zone géographique. À l'examen des textes récents, un autre objectif plus spécifiquement économique a été souligné. Les procédures collectives

ont une fonction concurrentielle dans une économie de marché. Il s'agirait ainsi de permettre des restructurations d'entreprises en organisant l'élimination des entreprises inadaptées au marché et en facilitant pour les autres leur rachat ou leur prise de contrôle (Jeantin M., *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 2^e éd., 1990, n° 551 ; dans le même sens, Boy L., Guillaumond R., Jammeaud A., Jeantin M., Pagès J. et Pirovano A., *Droit des faillites et restructuration du capital*, PU Grenoble, 1982).

C'est dans ce contexte qu'est intervenu, au sein de l'OHADA, il y a un peu plus de dix ans, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (JO OHADA, n° 7, 1^{er} juill. 1998, p. 1 ; v. également OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2002, p. 867 et s., avec le commentaire de Sawadogo F. M.).

En quelques lignes, on ne peut évidemment présenter de manière exhaustive les huit titres et les deux cent cinquante-huit articles que comporte l'Acte uniforme, qui n'est pourtant pas le plus volumineux de tous les Actes uniformes. On se limitera donc à une présentation des principales caractéristiques de ce texte (I), avant de décrire schématiquement quelles solutions normatives ont été retenues pour le traitement technique des difficultés des entreprises (II).

I – LES CARACTÉRISTIQUES DU DROIT UNIFORME

La source d'inspiration de ces textes est évidente. Il s'agit de la loi française du 13 juillet 1967 et des législations africaines qui s'en sont inspirées, voire des réformes ultérieures intervenues en France. L'Acte uniforme traite en outre des procédures collectives internationales et de la compétence internationale des juridictions. Le législateur a opté pour un pluralisme des procédures qui marie à la fois des principes d'un grand classicisme (A), tout en introduisant ce qui en 1998 constituait des innovations (B).

A – Des principes d'un grand classicisme

Ce classicisme a l'avantage pour l'investisseur étranger de lui permettre d'être en pays de connaissance. Il n'est pas sûr, en revanche, que certaines petites et moyennes entreprises africaines s'y retrouvent, tant les techniques procédurales mises en œuvre paraissent éloignées de certaines pratiques coutumières propres aux relations entre créancier et débiteur.

1. A été adoptée une structure très classique des procédures, avec une procédure amiable dite de *règlement préventif* et deux procédures judiciaires comportant un redressement judiciaire pour les entreprises qui peuvent être sauvegardées et une liquidation des biens pour les autres. Seules les entreprises en mesure de faire une proposition de concordat sérieuse pourront bénéficier d'une procédure de redressement judiciaire ; les autres déjà en cessation des paiements seront vouées à la liquidation des biens.

2. Quelle que soit la procédure mise en œuvre, la finalité affichée est identique. Il s'agit d'aboutir à l'apurement collectif du passif. C'est donc l'intérêt des créanciers qui prévaut par rapport au redressement de l'entreprise, même si celui-ci n'est pas négligé.

3. Le champ d'application *rationae personae* des procédures collectives demeure également d'un grand classicisme. La formule retenue est en effet celle de la loi française de 1985. Sont justiciables de ces procédures toutes les personnes physiques ayant la qualité de commerçant et les personnes morales de droit privé sans distinction de leur qualité. On y a ajouté les entreprises publiques ayant la forme d'une personne morale de droit privé. Celles-ci sont de plus en plus nombreuses, ne serait-ce qu'en raison de l'obligation qui leur est faite d'adopter cette forme par les politiques d'ajustement structurel du Fonds monétaire international. Demeurent en dehors de ce domaine les artisans, les agriculteurs, les professions libérales et de manière générale l'ensemble du secteur économique informel très développé en Afrique sub-saharienne. Cette exclusion est sans doute opportune tant le régime des procédures collectives mises en œuvre dans l'Acte uniforme ne paraît pas en adéquation avec le fonctionnement de cette économie informelle. Le secteur informel vit souvent en effet en marge de la légalité et des modes de gestion des entreprises tels qu'on peut les connaître en Europe (Ould Bouboutt A. S., *Rapport de synthèse, in Les pratiques judiciaires économiques et sociales informelles, Actes du colloque international de Nouakchott* (réunis par Lespès J.-L.), 8-11 déc. 1988, PU Orléans, p. 550), par exemple. N'a-t-on pas évoqué à ce sujet la pratique dite de *la clé sous le paillason* ? Rien ne sert, en effet, de recourir au droit des procédures collectives lorsque le fonds de commerce n'existe plus et donc *a fortiori* lorsque

plus aucun actif n'est à partager. Au sein de ce secteur informel, culturellement, on est en outre peu porté à la saisine de la justice lorsqu'un débiteur n'honore pas ses dettes (Sawadogo F. M., L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone à partir de l'exemple du Burkina Faso, précité, n° 138).

Pour beaucoup de très petites et moyennes entreprises en Afrique, enfin, la seule rémunération du syndic suffirait à compromettre le redressement de l'entreprise. Dès lors, les procédures collectives telles qu'elles sont conçues ne présentent d'intérêts pratiques que pour les entreprises d'une certaine taille. On observera, en outre, que les procédures collectives ne sont que rarement ouvertes contre des commerçants personnes physiques, peut-être en raison des relations personnelles unissant le débiteur à ses créanciers.

4. Pour apprécier la situation d'une entreprise en difficulté, a été également consacré le critère de la cessation des paiements. Ce critère permet de distinguer traditionnellement les entreprises qui relèvent d'une procédure amiable de celles qui relèvent d'une procédure judiciaire. On peut regretter que le législateur africain ne se soit pas montré en la matière un peu plus audacieux. Aujourd'hui, on s'accorde en effet à reconnaître que la condition de cessation des paiements constitue un critère trop tardif interdisant au juge d'intervenir utilement en vue du redressement de l'entreprise.

La définition de la cessation des paiements consacrée par l'Acte uniforme du 10 avril 1998 est elle-même d'un grand classicisme, situation dans laquelle le débiteur est « dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible » (Acte uniforme, art. 25). Logiquement, l'Acte uniforme autorise d'ailleurs la clôture pour extinction du passif à condition que l'actif soit supérieur au passif (Acte uniforme, art. 178).

5. A été par ailleurs conservée la notion de masse des créanciers, qui avait été pourtant supprimée dans la loi française de 1985. Cette masse aura notamment à se prononcer sur la proposition de concordat par un vote majoritaire des créanciers. On pourrait déplorer la consécration d'un mécanisme qui, en droit français, paraît relever d'un autre âge. Mais est-ce vraiment le cas? La notion de *comité des créanciers*, certes réservée aux grandes entreprises, dans la loi française de 2005 récemment réformée par

l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 (JO 19 déc. 2008), ne ressuscite-t-elle pas implicitement ce mécanisme?

6. Ces procédures classiques prennent fin de manière tout aussi classique, soit par un vote et une homologation du concordat, soit par des décisions de clôture de l'union, de clôture pour extinction du passif ou encore de clôture pour insuffisance d'actif.

B – Des dispositions plus innovantes

Il est à noter que le caractère innovant de ces dispositions doit être apprécié au regard du droit des États parties à l'OHADA et non pas au regard du droit français, par exemple. Pour l'essentiel, en effet, la loi française sur les entreprises en difficulté avait déjà fait l'objet de ces dispositions innovantes, en

L'Acte uniforme consacre un effort significatif pour clarifier la situation des créanciers et assurer au mieux la satisfaction de leurs intérêts.

particulier dans la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 (JO 26 janv. 2005). Leur consécration dans l'Acte uniforme confirme donc une certaine forme d'alignement sur les systèmes normatifs existants, ce qui ne peut que rassurer sur la sécurité juridique des investissements étrangers en Afrique.

La première innovation remarquable a pour objet la mise en œuvre d'une procédure préventive de traitement des difficultés des entreprises. Y est adjoind un mécanisme de concordat préventif soumis à l'homologation de la juridiction compétente.

La seconde innovation notable est la volonté d'accélérer les procédures aussi bien pour la procédure de règlement préventif que pour la procédure de redressement judiciaire. Il s'agit là d'un souci constant des législateurs contemporains, car c'est une condition essentielle du succès des procédures collectives.

L'Acte uniforme consacre également un effort significatif pour clarifier la situation des créanciers et assurer au mieux la satisfaction de leurs intérêts. Par exemple, l'inaction du syndic confère aux créanciers titulaires de sûretés spéciales la possibilité de réaliser eux-mêmes leur

gage. Cet effort confirme l'objectif premier des procédures collectives dans l'Acte uniforme, à savoir l'apurement du passif. Cette faveur dont bénéficient les créanciers constitue en revanche une différence par rapport au droit français qui, depuis la loi de 1985, n'affiche plus ce souci comme prioritaire.

On mentionnera enfin une très large panoplie de sanctions applicables aux débiteurs ou aux dirigeants fautifs : qu'il s'agisse de sanctions patrimoniales (action en comblement du passif, extension de la procédure), de sanctions pénales (banqueroute simple ou frauduleuse) ou de l'indisponibilité des titres sociaux appartenant aux dirigeants dès le jugement d'ouverture. Ces dernières innovations au regard du droit antérieur des États membres vont à contre-courant aujourd'hui d'une tendance générale à l'allègement des sanctions de toute nature. L'ordonnance du 18 décembre 2008 en France a indiscutablement confirmé cette tendance. Ce texte récent a ainsi supprimé l'obligation aux dettes sociales qui représentait déjà en France dans la loi de 2005 un allègement des sanctions civiles comparé à l'extension de la procédure collective aux dirigeants qui figurait dans la loi de 1985.

Au total, les caractéristiques de cet Acte uniforme ne doivent pas être source de perplexité pour l'opérateur économique. L'analyse même succincte des normes techniques de traitement des difficultés des entreprises mises en œuvre confirme cette première impression.

II – LE TRAITEMENT TECHNIQUE DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES DANS L'ACTE UNIFORME

Dans bon nombre d'écrits, on a coutume d'opposer la prévention des difficultés des entreprises au traitement des difficultés. On veut par là signifier la nécessaire distinction qui doit être opérée entre les techniques mises en œuvre selon que l'entreprise est ou non en situation de cessation des paiements. Pourtant, il s'agit dans les deux cas de traiter les difficultés des entreprises, mais avec des techniques différentes, selon le moment auquel est administré ce traitement. L'Acte uniforme n'échappe pas à cette distinction, selon que l'entreprise est (A) ou non (B) en cessation des paiements.

A – Le traitement des difficultés d'une entreprise en l'absence de cessation des paiements

On parle aussi parfois de traitement préventif des difficultés pour signifier par

là que la situation de l'entreprise ne justifie pas encore l'ouverture d'une procédure collective.

Il n'entre pas dans ce propos d'analyser les causes des difficultés des entreprises qui sont identiques en Afrique à celles que l'on connaît dans d'autres pays. On sait la diversité des clignotants qui doivent alerter sur la situation d'une entreprise : recours massif au crédit, non-fonctionnement des organes sociaux, succession d'exercices déficitaires, etc. L'Acte uniforme sur les sociétés commerciales du 17 avril 1997 a d'ailleurs intégré certains de ces clignotants. Il en est ainsi du refus du commissaire aux comptes de certifier les comptes de l'entreprise, possibilité prévue par l'article 710 de ce texte ; de même l'article 664 de cet Acte uniforme prévoit la situation d'une entreprise dans laquelle les capitaux propres deviennent inférieurs de moitié au capital social en raison des pertes subies. Ce sont autant de circonstances qui sont susceptibles de révéler les difficultés d'une entreprise.

Parmi l'ensemble des procédures envisagées par les textes de l'OHADA pour traiter ces difficultés, on peut distinguer entre celles purement amiables intervenant dans le cadre du fonctionnement normal de l'entreprise (1) et celles nécessitant une intervention judiciaire (2).

1 – Le traitement amiable des difficultés des entreprises

On connaît les solutions internes ou externes à l'entreprise qui lui permettent d'obtenir des financements nécessaires pour faire face à ses difficultés : avance en compte courant, emprunts obligataires, augmentation de capital, crédits bancaires, etc. Ces solutions font appel à des techniques financières extérieures à ce propos, mais que le droit de l'OHADA n'exclut pas. Il en est de même des interventions étatiques toujours possibles. Mais il semble qu'en Afrique ces interventions soient aujourd'hui moins nombreuses que par le passé, tant il est vrai que le désengagement de l'État est un phénomène qui ne touche pas que la France.

Plus spécifique est le cas de la procédure d'alerte mise en œuvre par le commissaire aux comptes et consacrée par les articles 150 à 158 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSG). Ce mécanisme était inconnu jusque-là dans les États parties à l'OHADA.

Est également prévue, comme en droit français, une procédure d'alerte au bénéfice des associés : droit d'alerte qui

permet à tout associé de poser deux fois par an des questions aux dirigeants de la société (AUDSG, art. 157 et 158) ; citons encore l'expertise de gestion (AUDSG, art. 159 et 160) qui autorise un ou plusieurs associés représentant le cinquième du capital social à demander au président de la juridiction compétente de désigner un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

Ce traitement amiable comporte naturellement la possibilité de remplacer les dirigeants à l'origine des difficultés et surtout la possibilité de demander des délais de paiement.

Il s'agit pour le débiteur d'obtenir de ses créanciers des reports d'échéance dans le cadre d'un concordat amiable. Le débiteur peut également obtenir des reports d'échéance en vertu de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution (v. Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, JO OHADA, n° 6, 1^{er} juin 1998, p. 1, art. 39 ; v. également OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, *op. cit.*, avec le commentaire de Diouf N.). Comme en droit français (C. civ., art. 1244-1 et s.), la juridiction compétente peut ainsi reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'un an en fonction de la situation du débiteur et du créancier. À ce stade, le juge entre donc en scène.

2 – Le traitement judiciaire en l'absence de cessation des paiements

Selon l'article 2 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives, le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements, voire la cessation d'activité de l'entreprise. Il s'agit de parvenir à un concordat préventif en vue de permettre l'apurement du passif. Le règlement préventif s'inspire de solutions ayant existé en France : qu'il s'agisse de la suspension provisoire des poursuites instituée par l'ordonnance du 23 septembre 1967 ou du règlement amiable issu de la loi du 1^{er} mars 1984, remplacé depuis, en France, par la procédure de conciliation initiée par la loi du 26 juillet 2005.

Ce règlement préventif s'applique aux mêmes entreprises que celles visées dans l'Acte uniforme par le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Mais, sur le plan économique, peuvent être affectées par cette procédure les entreprises qui connaissent une situation difficile, mais non irrémédiablement compromise, c'est-à-dire celles qui ne sont pas encore en cessation des paiements.

Le débiteur adresse une requête à la juridiction compétente ; il lui expose sa situation et indique les créances pour lesquelles il sollicite une suspension des poursuites individuelles. Le risque d'abus d'une telle procédure est limité par l'impossibilité de renouveler une telle requête dans un délai de cinq ans à compter d'une précédente décision ayant abouti à un règlement préventif.

En même temps, dans les trente jours, le débiteur doit déposer au tribunal une offre de concordat préventif. Cette offre doit préciser les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise (Acte uniforme, art. 7). Elle est transmise au président du tribunal qui peut décider sans délai d'une suspension des poursuites individuelles des créances visées par le débiteur. Mais certaines créances y échappent, telles les créances de salaires ou les créances cambiales. Cette suspension des poursuites comporte des contreparties qui limitent les pouvoirs du débiteur, notamment des interdictions de paiement, sauf autorisation du président du tribunal. Le non-respect de ces dispositions est sanctionné par l'inopposabilité des actes, voire par des sanctions pénales.

Le président du tribunal, tout en décidant la suspension individuelle des poursuites, doit nommer un expert dont la mission centrale est de faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers.

Si un concordat est conclu avec les créanciers, la juridiction compétente peut l'homologuer sous certaines conditions ; en particulier le concordat doit permettre le redressement de l'entreprise et ne pas prévoir des délais de paiement excédant trois ans.

Si, en revanche, le concordat n'est pas homologué, toutes les solutions sont ouvertes : renégociation aux conditions fixées par le tribunal, redressement judiciaire ou liquidation des biens, si l'entreprise est en cessation des paiements, ou encore rejet du concordat, si la situation économique de l'entreprise ne le nécessite pas.

Les effets du concordat homologué concernent essentiellement les créanciers antérieurs, privilégiés ou non ; ils sont tenus par les conditions relatives aux délais ou aux remises consenties dont ne peuvent pas cependant se prévaloir les cautions et coobligés du débiteur.

Au total, le règlement préventif apparaît certes comme très influencé par le droit français. Mais il représente en Afrique, malgré quelques défauts relevés par la doctrine (Sawadogo F. M., L'application

judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone à partir de l'exemple du Burkina Faso, précité, n° 86), une véritable innovation. Il n'existait pas jusque-là, en effet, dans les États parties de véritable procédure d'assainissement antérieure à la cessation des paiements.

B – Le traitement des difficultés d'une entreprise en cessation des paiements

C'est la partie la plus importante de cet Acte uniforme, allant de l'article 25 à l'article 225, à l'exception des textes consacrés au règlement préventif, aux dispositions en matière pénale et à celles relatives aux procédures collectives internationales (pour un texte qui, au total, comporte deux cent cinquante-huit articles). On se limitera évidemment dans notre propos à une présentation synthétique de ces principaux dispositifs. À l'exception de quelques particularités remarquables, l'investisseur étranger, s'il est notamment familier du droit français, ne sera pas désemparé.

Est donc organisé à travers ces textes le traitement curatif de l'entreprise qui, paradoxalement, pour la doctrine dominante, n'est considérée comme malade qu'à partir du moment où elle est en cessation des paiements. Les textes prévoient deux procédures : la procédure de redressement judiciaire et la procédure de liquidation des biens. On en examinera successivement les conditions d'ouverture (1) et les effets (2).

1 – Les conditions d'ouverture

On ne reviendra pas sur les conditions d'ouverture des procédures aussi bien *rationae personae* que *rationae materiae* déjà examinées (v. *supra*, I).

Au plan procédural, l'Acte uniforme ne fait pas exception par rapport à la plupart des systèmes juridiques actuels : l'ouverture d'une procédure collective nécessite un jugement. Est donc posée la question du tribunal compétent qui est dans l'Acte uniforme celui du principal établissement ou du siège social du débiteur (Acte uniforme, art. 4, 25 et 26). Mais le texte admet la possibilité d'ouvrir une procédure contre une entreprise qui n'a pas son siège social dans l'État du tribunal saisi ou encore la possibilité d'ouvrir une procédure principale et des procédures secondaires (Acte uniforme, art. 247 à 256).

La hiérarchisation des procédures joue évidemment en faveur de la procédure principale, ce qui permet de remédier au désordre qu'engendre la pluralité des procédures.

Les modes de saisine sont ceux habituellement pratiqués : saisine par le débiteur, par les créanciers, saisine d'office. Le ministère public ne dispose pas, en revanche, du pouvoir de saisine ; rien ne l'empêche néanmoins de communiquer les informations dont il dispose au tribunal qui pourra se saisir d'office. Constatant la cessation des paiements, la juridiction saisie doit prononcer l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. La question du choix de la procédure se pose donc dès l'ouverture de celle-ci ; mais elle peut être également tranchée dans un délai très bref à compter du jugement d'ouverture. Il n'y a donc pas, comme en droit français, de période d'observation, d'où l'importance de la proposition d'un concordat sérieux au

L'Acte uniforme ne fait pas exception par rapport à la plupart des systèmes juridiques actuels : l'ouverture d'une procédure collective nécessite un jugement.

moment de la saisine du tribunal.

La nécessité d'un jugement pose le problème de la licéité d'une faillite de fait. Cette question est tranchée par l'article 32 de l'Acte uniforme. En l'absence de jugement ouvrant la procédure, le débiteur ne saurait profiter du régime avantageux du droit des procédures collectives au détriment des créanciers. L'Acte uniforme reconnaît en revanche la validité de la faillite de fait en matière pénale. Peut être ainsi condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse le débiteur ou le dirigeant, alors même que la cessation des paiements n'aurait pas été constatée (Acte uniforme, art. 236). Cette disposition est contraire à une tendance lourde du droit français qui privilégie actuellement la dépenalisation en matière de droit des affaires.

2 – Les effets du redressement judiciaire et de la liquidation des biens

Les effets produits par le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens sont analogues à ceux que fait produire le droit français. Ces effets sont opposables aux tiers dès le jour du jugement avant même qu'il n'ait été procédé à la publicité légale.

a – À l'égard des organes de la procédure

Le premier de ces effets concerne les organes judiciaires et non judiciaires qui vont gérer la procédure tout au long de son déroulement.

Parmi les organes judiciaires, le tribunal joue un rôle essentiel dans l'administration proprement dite de la procédure, mais assume aussi une fonction de centralisation des contestations.

L'Acte uniforme a également prévu la nomination d'un juge-commissaire parmi les membres du tribunal. Il dispose de moyens d'information et d'attributions nombreuses relatives au contrôle des opérations accomplies en particulier par le syndic. Il statue par ordonnance et exerce au total sa compétence pour trancher toute difficulté non attribuée à la compétence d'un autre organe.

Quant au ministère public, il dispose également de pouvoirs d'information, d'investigation et de poursuite, notamment sur le plan pénal en cas de banqueroute.

Ce rôle des organes judiciaires est essentiel dans la conduite de la procédure. Selon les commentateurs, il ne semble pourtant pas que les juges aient en Afrique pleinement conscience des attributions qui leur ont été confiées par l'Acte uniforme. On déplore ainsi que de nombreuses procédures se terminent sans jugement de clôture, ni paiement substantiel des créanciers.

Parmi les organes non judiciaires, le syndic joue un rôle fondamental tant en matière de redressement judiciaire que de liquidation des biens. Son statut doit normalement lui assurer l'indépendance dans l'exercice de ses fonctions. Le syndic exerce des fonctions multiples : en tant que mandataire de justice, il agit pour le compte de la juridiction compétente. Mais en cas de liquidation des biens, il agit aussi en lieu et place du débiteur ou bien il l'assiste en cas de redressement judiciaire. Enfin, il est en même temps un représentant de la masse des créanciers. Il en résulte le risque d'un conflit de fonctions que le droit français a résolu en séparant les fonctions entre plusieurs organes.

L'Acte uniforme a maintenu une assemblée des créanciers chargée de voter le concordat ; en cela le texte se rattache davantage à la loi française du 13 juillet 1967. Mais cette assemblée n'est pas obligatoire, puisqu'un concordat simplifié a été prévu lorsque la proposition ne comporte ni demande de remise de dettes, ni délai de paiement supérieur à deux ans.

L'Acte uniforme prévoit enfin la possibilité pour le juge-commissaire de nommer des contrôleurs choisis parmi les créanciers. Ils ont une mission de contrôle et de surveillance peu précise, par exemple, assister à la vérification des créances.

b – À l'égard du patrimoine du débiteur

Les effets de l'ouverture de la procédure vont également affecter le patrimoine du débiteur.

En revanche, ces mesures ne concernent pas la personne du débiteur. En effet, avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme, l'idée même d'incarcération du débiteur avait déjà été abandonnée par les législations contemporaines.

Les mesures patrimoniales ont d'abord un caractère conservatoire et doivent permettre simultanément de connaître l'actif du débiteur : autant de mesures très classiques en la matière.

En second lieu, diverses mesures tendent au dessaisissement plus ou moins complet du débiteur. Entre le redressement judiciaire et la liquidation des biens, il y a seulement une différence de degré à l'intérieur d'une même situation qui est le dessaisissement. En cas de redressement judiciaire, le débiteur doit se faire assister par le syndic, c'est-à-dire obtenir son accord et sa participation à l'acte envisagé. Dans une liquidation des biens, le débiteur est purement et simplement représenté par le syndic. Mais quelle que soit la procédure mise en œuvre, le syndic dispose seul du pouvoir d'opter pour la continuation des contrats en cours, selon un dispositif très classique.

Quelques limites à ce dessaisissement concernent classiquement certains biens déclarés insaisissables, notamment de nature alimentaire. De même certains actes conservatoires utiles aux créanciers peuvent être accomplis par le débiteur seul. Comme le droit français, l'Acte uniforme déclare également licite le mécanisme de la compensation lorsque le débiteur est en même temps créancier de son créancier.

Le non-respect du dessaisissement expose à une inopposabilité de l'acte à la masse des créanciers ; celui qui a payé le débiteur s'expose donc schématiquement à payer deux fois ou à restituer le bien acquis.

c – À l'égard des créanciers

On retrouve à ce sujet une distinction essentielle entre deux catégories de créanciers, distinction qui prend en compte la préservation de la notion de masse des créanciers, abandonnée en droit français.

Il y a, d'une part, les créanciers de la masse ou contre la masse dont les droits sont nés après le jugement d'ouverture en conformité avec le dessaisissement ; ces créanciers correspondent à la catégorie des créanciers dits postérieurs en droit français. Soit ces créanciers sont payés au comptant (Acte uniforme, art. 108), soit ils bénéficient d'un droit d'être payés par priorité car leurs prestations sont présumées avoir profité à la masse. Un ordre de paiement avantageux est fixé par les articles 166 et 167 de l'Acte uniforme. Mais encore faut-il que les biens composant l'actif ne soient pas grevés de sûretés spéciales. Le jeu de ces sûretés risquerait en effet de priver ces créanciers de la masse du bénéfice tiré de cet ordre de paiement avantageux.

On rappellera l'existence de créanciers hors masse dont les droits nés également après le jugement d'ouverture l'ont été au mépris du dessaisissement. Leurs droits sont inopposables à la masse.

À cette première catégorie s'opposent les créanciers de la masse dont les droits sont nés avant le jugement d'ouverture : autrement dit les créanciers dits *antérieurs*, catégorie bien connue du droit français. Cette catégorie de créanciers regroupe aussi bien les créanciers titulaires de sûretés spéciales réelles ou de privilèges généraux que les créanciers chirographaires.

L'article 72 de l'Acte uniforme constitue cette seconde catégorie de créanciers en une masse. Celle-ci est représentée par le syndic qui seul agit en son nom, dans son intérêt collectif, et peut l'engager. Contrairement au droit français, l'Acte uniforme a donc conservé la notion de *masse* et y fait appel à de nombreuses reprises dans les textes ; ainsi parle-t-on de l'« *inopposabilité à la masse* » (Acte uniforme, art. 67 à 71), de l'« *hypothèque légale de la masse* » (Acte uniforme, art. 74 et 135), des « *créances de la masse* » ou « *contre la masse* » (Acte uniforme, art. 108, 117, 142, 166 et 167), de la « *représentation de la masse* » (Acte uniforme, art. 72 et 75), etc. Autant de textes qui lui confèrent donc un certain nombre de prérogatives.

Même si l'Acte uniforme ne le précise pas expressément, la masse est semblée dotée de la personnalité morale. Elle peut dès lors faire valoir un intérêt distinct de celui des créanciers qui la composent. Toute personne, créancière ou non, ayant par exemple contribué à la diminution de l'actif ou à l'accroissement du passif du débiteur peut être condamnée à réparer le préjudice subi par la masse. L'action est exercée par le syndic

au nom de l'intérêt collectif des créanciers (Acte uniforme, art. 118).

Logiquement, la masse dotée de la personnalité morale devrait disposer d'un patrimoine propre. Mais l'Acte uniforme ne définit pas un régime juridique de ce patrimoine distinct de celui du patrimoine du débiteur. Il y a donc la nécessité de faire en sorte que toutes les opérations de paiement se déroulent dans le cadre d'un seul patrimoine, celui du débiteur.

Pour être admis dans la masse, ces créanciers sont soumis à un mécanisme de production de leurs créances. Cette production se traduit par une déclaration des créances adressée au syndic dans un délai strict (trente jours) à compter de la publicité de l'ouverture de la procédure. Le créancier doit préciser dans cette déclaration le montant de sa ou ses créances, les sûretés qui y sont attachées, les sommes à échoir ainsi que les dates d'échéance. Le défaut de déclaration est sanctionné par la forclusion ; c'est une sanction grave qui rend la créance inopposable à la masse et ne pourra plus être honorée qu'une fois la procédure clôturée, autant dire jamais. Mais la forclusion est une sanction réversible décidée par le juge-commissaire chaque fois que le créancier démontre que la non-déclaration de sa ou ses créances n'est pas de son fait.

L'exigibilité des créances à terme, classique contrepartie de la suspension des poursuites individuelles, n'est consacrée que partiellement en matière de liquidation des biens. Elle ne joue pas, en revanche, en matière de redressement judiciaire, ce qui du point de vue du créancier l'encourage à se détourner de cette procédure (Acte uniforme, art. 76).

Le jugement d'ouverture arrête, sauf exception, le cours des intérêts de toute nature à l'égard des créanciers de la masse (Acte uniforme, art. 77). On notera que les intérêts continuent néanmoins à courir à l'égard des cautions et coobligés.

De même, est arrêté le cours des inscriptions de sûretés (Acte uniforme, art. 73). La solution a un domaine étendu à toutes les sources de sûretés conventionnelles, judiciaires ou légales.

Sont également suspendues les poursuites individuelles et les voies d'exécution exercées par les créanciers dans la masse. Il s'agit des poursuites tendant à faire reconnaître des droits et des créances ou des voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement (Acte uniforme, art. 75). Dans les procédures collectives, on le sait, le prix de la course est rangé au magasin des accessoires. Le principe

d'égalité des créanciers s'accommode mal, en effet, de l'exercice anarchique de poursuites individuelles.

Un certain nombre de limites et d'aménagements atténuent la brutalité de la règle. On notera, par exemple, la suspension des délais impartis aux créanciers pour agir. Mais les actions tendant à l'annulation ou à la résolution d'un contrat ne sont pas suspendues, même lorsque ces actions se traduisent par le paiement d'une somme d'argent. Cette dernière solution se différencie de la loi française du 25 janvier 1985 dont ces restrictions de droits s'inspirent pourtant dans l'Acte uniforme.

Concernant la révision des droits des créanciers du fait de l'ouverture de la procédure, l'Acte uniforme reprend, en outre, le régime de l'inopposabilité des actes accomplis pendant la période suspecte (Acte uniforme, art. 67 à 71). Sanctionnant une rupture du principe d'égalité entre créanciers, ce dispositif comporte, d'une part, des inopposabilités de plein droit dont la liste est équivalente à celle connue en droit français, excepté des inopposabilités ajoutées récemment dans la loi de 2005 et l'ordonnance de 2008. Figurent, d'autre part, des inopposabilités facultatives dont la condition essentielle est la connaissance de la cessation des paiements du débiteur qu'avait le créancier au moment de la conclusion de l'acte.

L'acte ayant été déclaré inopposable à la masse, il ne restera plus au créancier qu'à produire sa créance à titre chirographaire dans la procédure avec les autres créanciers dans la masse. Si l'acte, en revanche, a eu pour objet une libéralité, non seulement le bénéficiaire devra restituer le bien, mais il ne sera pas autorisé à participer dans la masse aux distributions de dividendes.

Enfin, d'une part, l'Acte uniforme a organisé le régime des actions en revendication de biens ou de droits exercées par certains créanciers (Acte uniforme, art. 102, 103). Le principe de l'admission de l'action en revendication est posé. Pour les biens immeubles, il n'y a pas de difficultés en raison des règles de la publicité foncière. Ce principe joue aussi pour les biens meubles malgré l'apparente propriété du débiteur résultant de la détention du bien. Mais l'action en revendication est enfermée dans un délai très strict et nécessaire que le revendiquant ait produit sa créance en bonne et due forme.

D'autre part, l'Acte uniforme régit les droits du vendeur de meubles, selon qu'il n'est pas encore dessaisi, que la chose est en cours de transport ou qu'il

invoque une clause résolutoire (Acte uniforme, art. 104 à 106).

Le caractère aléatoire des droits du vendeur de meubles en fonction de leur localisation géographique milite justement en faveur de la stipulation d'une clause de réserve de propriété. La licéité de celle-ci est également consacrée, sous réserve cependant que cette clause ait été publiée au registre du commerce et du crédit mobilier du greffe du tribunal où est immatriculé le titulaire de la clause.

d – Les solutions du redressement judiciaire et de la liquidation des biens

Dans le conflit d'intérêts qui oppose les créanciers au débiteur, les solutions permettant de mettre un terme à la procédure collective sont évidemment essentielles.

Contrairement au droit français, l'Acte uniforme a opté pour davantage de réalisme. Chaque fois qu'il apparaît que l'entreprise ne pourra pas être redressée, sa liquidation doit s'imposer.

Mais un observateur averti souligne que fréquemment la procédure collective se termine en «*queue de poisson*», selon une expression très significative (Sawadogo F. M., L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone à partir de l'exemple du Burkina Faso, précité, nos 131 et s.). Le dossier est ainsi refermé sans redressement de l'entreprise, sans paiement substantiel des créanciers et sans même un jugement de clôture.

L'Acte uniforme, pour sa part, envisage quatre types de solutions au terme du déroulement de la procédure collective :

- soit la procédure est clôturée pour extinction du passif ; c'est une solution exceptionnelle autrement appelée parfois *clôture pour défaut d'intérêt de la masse* ;
- soit, après l'ouverture d'un redressement judiciaire, un concordat est conclu entre les créanciers et le débiteur ;
- soit, après l'ouverture d'une liquidation des biens, est offerte une alternative entre deux solutions : l'union ou la clôture pour insuffisance de l'actif.

En définitive, soit l'entreprise est redressée, soit elle est liquidée.

Le concordat, solution de redressement.

— Alors que la législation française a évolué, par le biais de la loi de 1985, vers

une solution de redressement qui ne dépend plus forcément de la bonne volonté des créanciers, l'Acte uniforme a conservé le concordat. Il s'agit d'une convention conclue entre le débiteur et ses créanciers. Cette convention doit être homologuée par le tribunal qui en garantit le sérieux et la fiabilité (Guyon Y., Droit commercial (règlement judiciaire, liquidation de biens, suspension provisoire des poursuites, faillite personnelle), Licence en droit, Les Cours de droit, 1978-1979, 2 fascicules, p. 279).

Avant même le prononcé du jugement d'ouverture, le débiteur présente un plan de règlement du passif et de redressement de l'entreprise qu'il s'engage à exécuter une fois remis à la tête de ses affaires. Ce concordat doit être distingué du concordat préventif intervenant au cours d'un règlement préventif. Ce concordat peut en outre comporter une cession partielle d'actif.

La recherche de la sauvegarde de l'entreprise paraît acquérir de plus en plus d'importance dans la pratique judiciaire en Afrique. Mais elle demeure largement dépendante de la volonté des créanciers. Cela suppose un vote de leur part auquel ne prennent part que les créanciers dans la masse. L'homologation par le tribunal n'est prononcée ensuite qu'à condition que le concordat respecte les conditions de validité prévues par le texte et offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise.

Le concordat met fin à la procédure. Le débiteur peut reprendre la libre administration de ses affaires. Le concordat est opposable à tous les créanciers antérieurs dans la mesure de leurs engagements. Mais son bénéfice est relatif, en ce sens qu'il ne profite qu'au débiteur et à lui seul et non pas aux cautions et coobligés. Ces derniers, après s'être acquittés de leurs engagements, seront donc dans la position de créanciers dans la masse qui subissent les stipulations concordataires.

Concernant l'exécution du concordat, soit il est correctement exécuté, et il prend alors fin au paiement de la dernière échéance concordataire, soit différents incidents jalonnent son exécution, il peut être, dès lors, selon le cas, annulé ou résolu, la procédure étant alors convertie en liquidation des biens si la cessation des paiements perdure.

La liquidation de l'entreprise. — Contrairement peut-être au droit français, l'Acte uniforme a opté pour davantage de réalisme. Chaque fois qu'il apparaît que l'entreprise ne pourra pas être redressée, sa liquidation doit s'imposer. Deux dispositifs permettent d'aboutir à cette

disparition : l'union et la clôture pour insuffisance d'actif.

L'union est la procédure qui suit le constat fait dans le jugement d'ouverture ou de conversion en liquidation des biens, selon lequel l'entreprise ne pourra pas être redressée, ne serait-ce qu'en l'absence d'une proposition de concordat sérieuse ou de rejet de celui-ci.

Les créanciers sont unis pour liquider l'actif de leur débiteur et se payer sur le produit qui en résultera. L'union est ainsi la conséquence d'un constat d'échec, quelles qu'en soient les causes (Thaller E., *Traité élémentaire de droit commercial*, 6^e éd., revue et mise à jour par Percerou J., Paris, Librairie A. Rousseau, 1922, p. 990). Il en résulte un régime juridique qui gouverne la réalisation de l'actif, tant en ce qui concerne les meubles que les immeubles. En cas de contestation, le syndic est autorisé à compromettre ou à transiger chaque fois que les intérêts de la masse sont en cause. Mais le compromis ou la transaction sont soumis à l'homologation du tribunal lorsque le montant en jeu est supérieur au montant en dernier ressort du tribunal compétent. Quant aux créanciers munis de sûretés réelles, ils font l'objet d'une protection particulière : par exemple, le créancier gagiste peut conserver le bien tant que sa créance n'a pas été remboursée.

Toute une série de dispositions gouvernent la réalisation des immeubles ; ces dispositions mettent en œuvre des mécanismes de vente sur saisie immobilière, par voie d'adjudication amiable ou de vente de gré à gré.

Sont possibles également des cessions partielles ou globales d'actif (Acte uniforme, art. 160). La cession globale sera d'autant plus opportune qu'elle comporte des unités d'exploitation autonomes, ce qui nécessite des offres formulées par des repreneurs dans certaines conditions. Le traitement de ces offres incombe au syndic et au juge-commissaire.

Le syndic et le juge-commissaire procèdent ensuite à l'apurement du passif qui est l'objectif essentiel dans une liquidation des biens. Cela ne présume pas du paiement intégral de toutes les créances admises. Tout dépendra de l'actif réalisé. Un mécanisme de collocation est mis en œuvre selon lequel les créanciers sont payés dans un ordre privilégiant les créanciers titulaires de sûretés.

Au terme de ces opérations, doit être normalement prononcé un jugement de clôture de l'union. Les créanciers recourent l'exercice individuel de leurs actions pour le reliquat impayé ou lorsqu'ils ont été exclus de la distribution des dividendes.

Seconde solution de la liquidation des biens, la clôture pour insuffisance d'actif est pour les créanciers la pire des solutions (Acte uniforme, art. 173 à 177).

Il s'agit pour le tribunal de constater l'absence de fonds nécessaires pour poursuivre les opérations de liquidation. La clôture peut être prononcée à toute époque de la procédure. Mais l'Acte uniforme impose de manière paradoxale la vérification des créances et revendications, quelle que soit l'importance de l'actif et du passif, ce qui ne peut que retarder la décision de clôture.

À l'instar de l'union, la clôture met fin à la procédure de liquidation des biens et permet aux créanciers de retrouver leur droit de poursuite individuelle. On notera la différence avec le droit français qui pose désormais le principe de la libération du débiteur à l'égard des créanciers, sauf exceptions.

Au terme de cette brève analyse, on peut avoir un sentiment partagé sur ces textes.

D'un côté, on ne peut que se féliciter de la teneur de cet appareil normatif qui est à même de répondre, au moins en théorie, aux attentes des investisseurs étrangers. L'Acte uniforme sur les procédures collectives s'intègre ainsi parfaitement dans un ensemble de normes qui font de l'OHADA un acteur et un partenaire à part entière de la mondialisation du droit. C'était le vœu des initiateurs de cette organisation : il semble comblé. Cela permettra-t-il à l'Afrique sub-saharienne de mieux s'insérer dans le concert économique mondial ? La question est posée ; mais la réponse n'est pas évidente tant cette insertion ne dépend pas que du seul facteur juridique.

De l'autre, on ne manquera pas de s'interroger sur l'adaptation de cet appareil normatif à une certaine réalité de l'économie africaine. Le secteur informel de cette économie trouvera-t-il des réponses adéquates dans l'Acte uniforme sur les procédures collectives ? On peut avoir quelques doutes. À cela on répondra que l'OHADA est encore une organisation jeune dont la construction normative est en devenir. L'optimisme l'emportera donc délibérément ! ♦

RUDC 3699

Par Grégoire
BAKANDEJA
wa MPUNGU

Doyen, Docteur d'État
en droit économique,
Professeur aux Universités
de Kinshasa et Paris I Sorbonne
Vice-président de l'INEADEC



L'internationalisation des échanges et le droit OHADA

L'entreprise est une unité de décisions économiques qui utilise le capital et le travail pour produire des biens et services dans un but de profitabilité. Lorsqu'elle entend développer ses activités à l'étranger, elle a besoin du droit pour la protection de ses investissements. Elle a besoin d'un cadre juridique et judiciaire sécurisé. En Afrique, le droit de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) a été

imaginé pour répondre à ce besoin de sécurité. Personne ne doute aujourd'hui de la réalité du droit OHADA. Dans l'esprit de ses fondateurs, c'est un droit à vocation régionale et donc internationale.

Droit actuel et rénové, droit qui participe du mouvement de la mondialisation, le droit OHADA présente des atouts majeurs pour le développement sécurisé des affaires dans un continent confronté à de nombreux problèmes de

gouvernance. C'est par le droit que cette sécurité peut être garantie à l'entreprise lorsqu'elle entend développer ses activités au plan international.

En effet, l'entreprise engagée dans le commerce international attend du droit que lui soient garanties, à l'étranger, la sécurité et la liberté de son personnel ainsi que la disposition de ses actifs. Elle compte, à cet égard, notamment sur les traités et les règles coutumières. Elle attend, en second lieu, le maximum possible d'organisation du cadre économique

où elle devra évoluer, notamment par l'existence des accords monétaires, tarifaires, etc. Elle attend enfin que ses relations privées avec les entreprises étrangères obéissent à des règles commodes et précises, acceptées par toutes les parties en cause. Le droit de l'OHADA, nous semble-t-il, apporte des réponses à ces préoccupations (v. Schapira J. et Leben C., *Le droit international des affaires*, PUF, 3^e éd., 1996. p. 3).

Cependant, quatorze ans après la mise en vigueur du Traité de Port-Louis relatif à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), il est normal de se poser la question de savoir si l'intégration juridique visée dans l'espace OHADA, appelé à s'élargir avec des adhésions annoncées de nombreux États issus de systèmes juridiques autres que romano-germaniques, répond aux attentes des acteurs économiques qui se méfiaient des disparités des réglementations et des solutions de règlement des différends applicables au droit des affaires au lendemain des indépendances dans la plupart des ex-colonies françaises.

Il peut paraître paradoxal de traiter de la sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone au moment où l'actualité financière internationale est dominée par les effets collatéraux de la crise de la mondialisation, appelée autrement *crise financière*. Cette crise financière actuelle qui s'accompagne de la crise économique avec ses conséquences ressenties dans les principaux pays industrialisés et émergents conduit au ralentissement des investissements.

Curieusement, c'est une crise qui n'a pas frappé durement les États du périmètre OHADA. La raison est toute simple, le droit OHADA a protégé l'Afrique.

Le présent colloque initié par le Centre de droit économique de la faculté de droit d'Aix-en-Provence est une preuve qu'il est plus qu'urgent de mener une réflexion sur la question de la sécurisation des investissements des entreprises en Afrique pour baliser le chemin et construire l'avenir. C'est donc à juste titre que les organisateurs de ce colloque ont estimé nécessaire de tenir ces assises en ces temps difficiles pour les entreprises, le continent africain en étant épargné dans sa grande majorité pour le moment, mais pour combien de temps encore?

Pour revenir à la crise financière qui frappe le monde industrialisé, on peut rappeler que l'harmonisation des règles en matière d'affaires, et principalement dans les domaines du droit des sociétés et des groupements d'intérêt économique, du droit comptable, a permis, par le contrôle prudentiel exercé sur les marchés

financiers africains, principalement en Afrique de l'Ouest, d'éviter l'effondrement de ces marchés et l'accentuation de la crise économique.

Le droit OHADA présente ainsi l'atout majeur d'être un droit de recherche d'équilibre en vue de la promotion des investissements; l'objet primordial étant de les sécuriser et donc de protéger les acteurs économiques qui sont les créateurs de richesses.

Si le droit OHADA, qui participe à l'internationalisation des affaires, constitue à n'en point douter un cadre approprié de sécurisation des investissements, on ne devrait pas pour autant ignorer les obstacles auxquels ce droit est confronté dans sa mise en œuvre pour des raisons diverses.

L'harmonisation est le maître mot du droit OHADA. Cela implique à terme l'uniformisation des règles pour les rendre applicables et opposables aux acteurs.

C'est de ce constat d'internationalité et la revue des problèmes et solutions nées de la pratique des affaires en Afrique que s'articulera cette note d'observation.

I – LE DROIT OHADA, UN DROIT QUI S'INSCRIT DANS LE PROCESSUS DE MONDIALISATION

Il est évident que le mouvement de mondialisation de l'économie et du droit a atteint, au cours de la dernière décennie du XX^e siècle, des proportions telles qu'aucune partie de la planète ne peut y échapper (v. Bakandja wa Mpungu G., *Le droit du commerce international*, Les peurs justifiées de l'Afrique face à la mondialisation des marchés, Bruxelles-Paris-Kinshasa, De Boeck et Larquier, Afrique éditions, 2001). Dans un tel contexte, les États qui se sentaient menacés par ce phénomène irréversible se sont engagés dans une dynamique de solidarité par la régionalisation des normes. L'OHADA a été créée pour répondre à cette préoccupation.

A – Rôle et objectifs de l'OHADA

Il est indéniable que le développement économique en Afrique ne peut se faire sans un cadre juridique sécurisé et attractif pour les investissements. Au regard de la disparité des législations

dans les pays francophones au moment de leur accession à l'indépendance, l'unification de leur droit des affaires devait constituer une priorité.

Le rôle premier de l'OHADA est donc celui de servir de moyen de renforcement de la sécurité juridique et judiciaire dans son espace d'application en vue d'un progrès commun par des investissements sécurisés et d'une intégration économique consolidée par un droit des affaires unifié que les États se sont offert en partage.

Conformément aux dispositions de l'article 1^{er} du Traité de Port-Louis, les objectifs de l'OHADA consistent à harmoniser le droit des affaires des États parties «*par l'élaboration et l'adoption des règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies*» et à promouvoir l'arbitrage comme un mode de règlement des différends contractuels, à améliorer le climat d'investissement, à soutenir l'intégration économique africaine et à favoriser l'institution d'une communauté économique africaine, «*en vue d'accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine*».

En ce sens, la mission principale de l'OHADA est de créer un droit des affaires uniforme applicable de la même façon dans tous les États, ce qui confirme son caractère international.

B – Le droit OHADA participe de la mondialisation de l'économie et du droit

Le droit OHADA est désormais une réalité en Afrique. Il est une opportunité sans précédent pour le développement des affaires. Ses mérites ont été démontrés à travers les communications des intervenants lors de ce colloque.

En effet, comme l'écrivent Issa-Sayegh et Lohoues-Oble (Issa-Sayegh J. et Lohoues-Oble J., *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002), la mondialisation du droit se traduit par :

- un affaiblissement de la souveraineté de l'État par suite du renforcement des facilités d'établissement, de circulation des personnes, des biens, des services et des facteurs de production;
- une concordance plus ou moins grande et nette des régimes juridiques applicables aux activités économiques, quel que soit le lieu de leur accomplissement;
- un ensemble de droits et d'obligations communs à tous les acteurs économiques où qu'ils exercent leurs activités (code de conduite des entreprises);
- une tendance très nette et constante à la dénationalisation du règlement des

conflits de nature économique (arbitrages et procédures non juridictionnelles).

Droit d'expansion, devenu international par l'élargissement de son périmètre, le droit OHADA est d'application dans seize États (quatorze pays francophones et deux pays d'expressions hispanique – Guinée équatoriale – et portugaise – Saô Tomé et Príncipe), qui ont ratifié le Traité de Port-Louis. Il le sera davantage avec l'adhésion de la République démocratique du Congo qui a déjà franchi la plus importante étape de signature du Traité. On n'attend plus que la ratification des instruments par le Parlement. À noter que certains pays anglophones sont à la porte de l'OHADA.

L'on pense ici au Ghana, à la Gambie et à la Sierra Leone.

Le droit dérivé du Traité OHADA est aujourd'hui bien connu dans plus de la moitié des États de l'Union africaine. Il est appliqué autant par les acteurs africains et internationaux (Banque mondiale, Fonds monétaire international), ces derniers conseillant même à certains États d'intégrer cet espace. Avec ses huit Actes uniformes pour la sécurisation des affaires dans les États parties, on peut considérer que c'est un droit dont l'efficacité ne fait l'ombre d'aucun doute. Ceci confirme qu'il s'agit d'un véritable droit international. On admet cependant aujourd'hui que ce droit est l'objet de menaces diverses.

II – LE DROIT OHADA, UN DROIT MENACÉ DANS SES FONDEMENTS PAR SES PRINCIPAUX ACTEURS

Certes, le concept *OHADA* présente des atouts considérables et on l'a vu. C'est un droit moderne et rénovateur. Cependant, la question que l'on peut se poser est celle de savoir si cette rénovation ou modernité a attiré les investissements. C'est à ce niveau que l'on rencontre un certain nombre d'obstacles que l'on rappellera ici brièvement.

Dans un premier temps, on peut partir du constat que le droit OHADA semble être en contradiction avec certaines réalités locales et surtout avec le développement de l'économie populaire ou informelle. Le deuxième obstacle est relatif à l'éclatement du périmètre d'action du droit OHADA entre des États disposant des textes et ceux qui n'en disposent pas et qui ne trouvent pas d'intérêt à en disposer. Enfin, il existerait certains freins intellectuels et idéologiques entre les défenseurs de l'OHADA (pays ayant joué un rôle majeur dans l'élaboration des Actes uniformes – Sénégal, Cameroun, Côte d'Ivoire – et ceux qui

se considèrent comme étant des suiveurs de l'OHADA pour n'avoir pas été associés à la rédaction des textes fondateurs et de certains Actes uniformes).

Le droit OHADA est menacé dans sa mise en œuvre par le développement cumulé de pratiques informelles (A), le développement des droits communautaires (B) et la disparité des techniques de publicité des actes de société (C).

A – Incidence de l'économie informelle et coexistence des normes OHADA et des normes internationales

Dans la plupart des pays africains, l'économie a une dimension informelle très importante, voire excessive, tandis que des législations des plus complexes ont été introduites pour répondre notamment à l'inflation juridique engendrée par la plupart des grands acteurs économiques à l'échelle mondiale face à la mondialisation.

Si les processus de privatisation et de libéralisation de certains secteurs de l'économie se sont globalement développés à l'échelle planétaire, les règles des échanges sont de plus en plus complexes, ce qui engendre une croissance de la formation et de la recherche en droit économique. Il est donc nécessaire d'organiser une meilleure information des citoyens sur leurs droits, de même qu'il faut veiller aux structures administratives qui doivent être effectivement capables d'accomplir leur mission.

On constate cependant, et particulièrement en Afrique sub-saharienne, que les États n'ont jamais bénéficié d'un encadrement juridique pour pouvoir se (re)construire. Ils se contentent d'imposer un droit qui ne tient pas compte des réalités africaines et des conditions objectives pour arriver à une économie normalisée. Cette situation a été reconnue notamment par la Banque mondiale. Ce sont des freins à l'expansion économique de ces pays qui en ont besoin bien plus que d'autres afin de permettre à leur population d'améliorer leurs conditions de vie précaires.

Face à ces phénomènes, il apparaît nécessaire pour tous les acteurs de prendre conscience de ces contraintes d'informalité et de duplication des normes et de développer une approche méthodologique efficiente en vue d'appréhender un pan de l'économie informelle qui présente plusieurs facettes (criminelle, non fiscalisée, etc.) en la définissant pour essayer de la saisir par le droit.

Par ailleurs, pour attirer les investisseurs, a-t-on tenu compte du concept de l'informel, chaque pays ayant ses spécificités locales. Ce qui justifie l'intérêt d'identifier les problématiques fondamentales

de l'économie informelle, les acteurs utilisant des artifices juridiques pour échapper aux normes.

En effet, la question de l'économie informelle doit être comprise dans une forme circulaire, car cette économie produit ses propres normes connues des acteurs. Une autre question est de savoir comment rendre ces circuits capables de participer au développement. Autrement dit, l'économie informelle ou populaire est confrontée à l'éthique de l'économie et des acteurs, ce qui pose le problème de la transparence et de la lutte à mener contre la corruption. Ce qui différencie l'économie populaire de l'économie formelle, c'est la normalisation.

Dans le cas qui nous occupe, puisque l'informalité est utilisée par tous les acteurs (entreprises, particuliers, administrations), on peut suggérer de conserver les règles de droit pour les investissements de grande taille qui seraient ainsi uniformisées et d'encadrer l'informalité pour les petites activités. On ferait coexister ainsi les deux systèmes juridiques, le Code des investissements constituant un régime dérogatoire.

B – La préférence des droits communautaires au droit OHADA dans certaines zones du périmètre OHADA

L'harmonisation est le maître mot du droit OHADA. Cela implique à terme l'uniformisation des règles pour les rendre applicables et opposables aux acteurs. On admet cependant l'existence, dans la zone OHADA, d'autres ordres juridiques communautaires, avec pour conséquence la coexistence des juridictions communautaires pouvant avoir des compétences concurrentes.

À titre indicatif, l'Union économique et monétaire de l'Ouest africain (UEMOA) a développé des règles analogues à celles de l'OHADA. L'OHADA n'ayant pas les moyens de ses ambitions, il y a un contournement de l'OHADA par des dispositions concurrentes alors que les Actes uniformes sont censés annuler toutes les dispositions antérieures ou postérieures.

C – L'application distributive des règles de publicité des actes de société

On peut signaler ici que la difficulté liée au fait que les investissements sont régis par le droit notarial de chaque pays. La disparité de prix des actes notariés constitue un handicap pour le développement des investissements dans l'espace OHADA.

Que conclure, sinon de dire que la dynamique développée par l'introduction du droit OHADA est irréversible pour la promotion des investissements des entreprises dans l'espace francophone? Cependant, s'il est aisé d'admettre ce principe, il faut également reconnaître que sa mise en œuvre apparaît problématique tant en ce qui concerne l'élaboration de normes que dans l'application de ce droit. Pour

éviter cet écueil, on peut penser que seules la synergie des efforts et la collaboration franche et loyale sont la clé de la réussite dans une institution interétatique comme l'OHADA, où les souverainetés étatiques s'entrechoquent. Comment sauver le droit OHADA des menaces qui le guettent? Autant la crise financière menace les économies des États les plus développés de la planète, autant est-il urgent de sauver les inves-

tissements des entreprises en Afrique par la formalisation de certaines pratiques informelles de gestion des affaires observées dans la plupart des pays du droit de l'OHADA en vue d'une sécurisation efficiente des investissements sur le continent africain. Le droit OHADA offre ce cadre pour atteindre cette fin et ainsi contribuer à la réduction de la pauvreté qui s'est aggravée en Afrique au cours des trente dernières années. ♦

RDC 3700

Par Michel
AKOUÉTÉ AKUÉ

Juriste d'entreprise,
Consultant
Associé Gérant CH
Consulting, Togo
Président de Cercle
Horizon, Club OHADA
Orléans



Plaidoyer pour un espace OHADA plus attractif pour les investissements étrangers

OHADA, Outil de fiabilisation et de sécurisation des investissements en Afrique. Tel est le thème débattu lors de l'Université d'été OHADA que la ville d'Orléans a accueillie du 1^{er} au 3 juillet 2008*.

«Légiférer est un acte de volonté, mais aussi un acte de communication» (Portalis). En retenant la même thématique pour votre colloque, gardons-nous de voir un acte de répétition stérile. Nous faisons œuvre de pédagogie, la répétition étant une vertu du pédagogue. Bien plus, la démarche à Orléans et la nôtre ont le mérite de ramener l'OHADA à ses fondamentaux tels que résumés par feu Kéba M'Baye, maître d'œuvre de l'OHADA, dans une formule prémonitoire : «L'OHADA est un outil imaginé par l'Afrique pour servir le développement et la croissance».

I – L'AVANT OHADA

Il y a eu un avant OHADA, un *no man's land* juridique dans le domaine économique (une image d'Épinal qui a fait son temps) et qui exposait l'opérateur économique, d'une part, aux aléas d'une

législation obsolète, illisible et inadaptée et, d'autre part, aux affres d'une justice imprévisible. Le conseiller Martin Kirsch exposait la situation de façon péremptoire : « Le constat unanime de la situation (peut) se résumer par la formule suivante : *insécurité juridique et judiciaire* » (Kirsch M., Historique de l'OHADA, Recueil Penant, mai-août 1998, n° 827, spécial OHADA, p. 129).

Insécurité juridique, car nombre de textes applicables au droit des affaires sont vétustes ; pour la plupart, ils datent de la période coloniale, et souvent les opérateurs économiques, comme les praticiens du droit, ont des difficultés pour connaître la règle de droit applicable. Il en résulte une insécurité juridique définie par Philippe Tiger comme étant « la situation d'incertitude dans laquelle peut se trouver un opérateur économique sur l'issue d'une éventuelle procédure à laquelle il pourrait être partie, et son impuissance à infléchir le cours de la justice dans le sens de l'équité si besoin était » (Tiger Ph., Le droit des affaires en Afrique – OHADA, PUF, coll. « Que sais-je? », 1999, p. 2). Cette situation crée une insécurité juridique handicapante pour les investissements.

L'insécurité judiciaire, quant à elle, est la conséquence de l'insuffisance de la formation des magistrats et des auxiliaires de justice, notamment en matière économique et financière, d'une part, et, d'autre part, de la modicité des moyens humains et matériels dont sont généralement dotées les juridictions. Comme

l'écrit Philippe Tiger, elle « se manifeste de façons très diverses : décisions contestables, décisions en délibéré depuis plusieurs années, exécutions impossibles, négligences diverses, méconnaissance des règles de déontologie, accueil des moyens dilatoires les plus évidents et renvois à répétition qui finissent par décourager les demandeurs de bonne foi (...) » (Tiger Ph., Le droit des affaires en Afrique – OHADA, *op. cit.*, p. 24). Cette situation entraîne deux conséquences immédiates inévitables : une jurisprudence instable et aléatoire et des difficultés dans l'exécution des décisions des juridictions. Elle entraîne aussi comme conséquence une perte de confiance dans le système judiciaire des États africains et, subséquemment, la réticence des investisseurs.

Prenant la mesure de l'enjeu, les politiques sont entrés en action pour mettre en chantier l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, connue sous l'acronyme OHADA.

Ainsi, les principales étapes ayant abouti au lancement de la réforme OHADA peuvent être résumées comme suit :

1. Ouagadougou (Burkina Faso), avril 1991 : réunion des ministres des Finances et conception du *Projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique*.
2. De mars à septembre 1992 : une mission d'experts effectue des visites dans les différents États de la zone franc : information et sensibilisation des autorités ; état des législations appliquées.

* Université d'été OHADA, 1^{re} édition placée sous le haut parrainage de S.E. Monsieur Abdou Diouf, secrétaire général de l'Organisation internationale de la francophonie, et présidée par Maître Madické Niang, ministre d'État, garde des Sceaux du Sénégal et président du Conseil des ministres de l'OHADA (les actes du colloque sont reproduits in Recueil Penant, nov. 2008, n° spécial).

3. Le 17 septembre 1992 : réunion des ministres des Finances de la zone franc. Feu le juge Kéba M'Baye présente son rapport de mission. Le projet est adopté.
 4. Libreville (Gabon), les 5 et 6 octobre 1992 : conférence des chefs d'État de France et d'Afrique, adoption du projet par les chefs d'État africains de la zone franc et formation d'un directoire de trois membres présidé par le juge Kéba M'Baye et composé de Martin Kirsch et Michel Gentot pour la rédaction du traité.
 5. Libreville (Gabon), les 7 et 8 juillet 1993 : réunion des ministres de la Justice. Examen du projet de traité.
 6. Abidjan (Côte d'Ivoire), les 21 et 22 septembre 1993 : réunion des ministres de la Justice suivie de celle des ministres des Finances. Le projet de traité est finalisé.
 7. Port-Louis (Île Maurice), le 17 octobre 1993 : réunion de la Conférence des pays ayant en commun l'usage du français. Signature du traité portant création de l'OHADA.

Pour la chronologie complète, v. Mouloul A., *Comprendre l'OHADA*, Annexe I, Editions NIN, avr. 2000.

II – L'APRÈS OHADA

Il y a l'après OHADA, avec un droit primitif, le Traité de Port-Louis d'octobre 1993, récemment révisé et renforcé au Québec le 17 octobre 2008 (pour plus d'informations, v. <http://www.ohada.com/newsletter.php?news=29102008-502>).

L'OHADA, c'est aussi le droit dérivé, c'est-à-dire les huit Actes uniformes dont l'ensemble constitue le droit positif des affaires en vigueur dans l'espace OHADA, un marché regroupant seize pays et qui abrite une population de 105 millions d'habitants.

Tout au long de cette journée, nous avons entendu les témoignages assez édifiants de praticiens et de chefs d'entreprise qui ont une pratique régulière du droit OHADA. Nicolas Chevrin, qui veille sur les intérêts de ses clients au sein du cabinet Ernst & Young à Libreville, nous a expliqué comment l'OHADA aidait ses clients à structurer leurs investissements. Olivier Roclore (ORTEC), avec le langage réaliste qui caractérise les chefs d'entreprise, nous a révélé toute l'utilité que son groupe tire d'un droit des affaires harmonisé pour consolider ses filiales en Afrique.

En ce qui me concerne, j'insisterai sur la gouvernance judiciaire en mettant en exergue, d'une part, le rôle et l'utilité de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et, d'autre part, la promotion de la justice alternative, à savoir l'arbitrage pour le règlement des litiges commerciaux.

A – Rôle dissuasif de la Cour commune de justice et d'arbitrage

La CCJA de l'OHADA, basée à Abidjan, en Côte d'Ivoire, est l'instance judiciaire suprême de l'OHADA. Avec sa triple attribution consultative, judiciaire et arbitrale, elle constitue la clé de voute du système.

Pour les observateurs avertis, la CCJA constitue un sérieux rempart contre l'arbitraire et l'instabilité judiciaire tant déplorés.

Au plan judiciaire, elle joue le rôle de Cour de cassation et juge en dernier ressort les contentieux commerciaux relatifs à l'application des Actes uniformes. Véritable épée de Damoclès sur la tête du juge national, la CCJA évoque sur le fond les litiges dont elle est saisie et censure en toute souveraineté et indépendance les décisions rendues en appel et contraires à l'esprit et à la lettre de l'OHADA.

Pour les observateurs avertis, la CCJA constitue un sérieux rempart contre l'arbitraire et l'instabilité judiciaire tant déplorés. D'autres y voient un correctif à l'insécurité judiciaire en Afrique.

En tout cas, les praticiens habitués aux prétoires africains n'ont pas manqué de relever le rôle dissuasif et la pression qu'exerce l'OHADA sur le juge national appelé à trancher les litiges faisant intervenir le droit uniforme. Conscient de sa vulnérabilité et sachant que sa décision peut tomber sous la censure de la CCJA, on peut aisément soupçonner chez le juge national une certaine vigilance dans la motivation de ses décisions. Sans trop tomber dans un triomphalisme béat, force est de reconnaître qu'il s'agit

là d'une avancée considérable vers la sécurisation judiciaire des investissements en Afrique.

C'est également ce souci de sécurisation judiciaire qui justifie le recours à la justice alternative dans l'espace OHADA.

B – Montée en puissance de l'arbitrage et des modes alternatifs de règlement des conflits

Le recours à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges commerciaux mentionné dans le Traité OHADA est un signal fort à l'endroit des opérateurs économiques. La mise en place au sein de la CCJA d'un Centre d'arbitrage témoigne de la volonté de l'OHADA d'aller dans le sens de l'histoire en accompagnant les professionnels dans leur souci de recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) pour la résolution de leurs contentieux**. Avec les vingt-sept affaires reçues et traitées depuis son lancement en 1997, le Centre d'arbitrage de la CCJA a toute la compétence pour répondre aux besoins des professionnels au même titre que la Chambre de commerce internationale (CCI) et le Centre de médiation et d'arbitrage de la CCI de Paris.

Pour clore ces propos conclusifs, je voudrais partager avec vous un vœu, un espoir déjà gravé dans le préambule du Traité OHADA : l'OHADA, un puissant vecteur de l'union et de l'intégration africaine.

À ceux qui doutent de cette capacité fédératrice de l'OHADA, compte tenu de son ancrage francophone originel, je rappelle que, dans les contrées africaines, « *le coq chante pour tout le village même s'il n'appartient qu'à un seul propriétaire* ». ♦

** Selon les propos introductifs du secrétaire général de Cercle Horizon, Achille Ngwanza, lors du Workshop de formation sur les MARC qui s'est tenu les 17 et 18 mars 2009 à Paris, « il convient de s'interroger sur la correspondance des normes OHADA avec les standards internationaux et surtout évaluer la pratique arbitrale eu égard à sa nouveauté pour plusieurs États. De plus, la percée des modes alternatifs de règlement des conflits révèle une grande variété morphologique peu intégrée par le législateur africain, qu'en est-il des techniques amiables qui rappellent la conception négro-africaine du procès. La justice en Afrique subsaharienne repose sur la quête de rétablir un équilibre collectif brisé et non de répartir les responsabilités aux fins d'application des sanctions. La colonisation ayant relégué au second plan cette approche pacifique du règlement des différends, peut-on voir dans le développement massif de la justice amiable un retour aux sources ».