

LES ACTES UNIFORMES DE L'OHADA DANS SON CHAMP D'APPLICATION

Claire Moore Dickerson*

Texte présenté à l'Université de Bâle le 29 février 2008

L'état de droit, essentiel aux affaires entre habitants de l'espace OHADA, l'est également à tout investisseur actuel ou éventuel. Le développement économique ne peut se faire qu'avec la sécurité juridique et judiciaire, comme l'a souligné le président Seydou Ba.

I. INTRODUCTION

Il s'est référé également aux institutions de l'OHADA et à la surface actuelle de cette organisation. Ma responsabilité est de décrire brièvement les huit Actes actuels et d'essayer de les mettre dans un contexte qui pourrait être utile aux investisseurs étrangers, et ceci dans le contexte du thème de cette réunion, la corruption ou plus précisément, comment l'éviter.

En passant, je note que le Traité de l'OHADA précise que dès que ces Actes adoptés par le Conseil des Ministres entrent en vigueur, ils font partie du droit interne de chacun des pays de l'OHADA. Les parlements et les gouvernements des Etats-parties n'ont aucune démarche supplémentaire à engager dans ce sens.

Je propose alors de grouper les Actes par fonction, acceptant pour le moment que le but de l'OHADA est donc de créer une sécurité juridique et judiciaire et, aussi d'après certains, de favoriser l'investissement venant de l'étranger. Acceptons que le succès des Actes sera mesuré par leur capacité d'encourager un bon fonctionnement des affaires.

II. DESCRIPTION DES HUIT ACTES UNIFORMES

Puisqu'il s'agit d'un droit des affaires nous pouvons alors grouper les Actes d'une manière très pratique. Dans une première catégorie figurent les Actes Uniformes régissant les opérations commerciales. La seconde catégorie comprend les Actes permettant l'établissement et régissant le fonctionnement des entreprises commerciales. Les Actes de la troisième catégorie règlent comment résoudre les problèmes en cas de dispute ou d'autre difficulté.

* Visiting Professor of Law & Sen. John B. Breaux Chair in Law, Tulane University Law School; Professor of Law & Arthur L. Dickson Scholar, Rutgers University School of Law; Permanent Visiting Professor, University of Buea.

A. DESCRIPTION DES ACTES UNIFORMES

Nous revenons à la première catégorie :

1. *Les Actes Régissant les Opérations Commerciales*

Ils sont trois : le droit commercial général, le droit des sûretés et le droit du transport de marchandises par route.

(a) *Droit Commercial Général.* Au premier rang, c'est donc l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général qui régit les relations commerciales ; qui précise, par exemple, qu'en cas de contrat de vente entre commerçants le risque passe avec le transfert de propriété. Cet Acte touche également, entre autres domaines : les baux commerciaux et les relations entre agents commerciaux et leurs mandants. Enfin, c'est cet Acte qui établit le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (le Registre), conçu pour augmenter et protéger la transparence, car c'est là où se font enregistrer les sûretés et immatriculer les sociétés.

Ce droit commercial reflète une forte influence du droit français. Prenons par exemple l'utilisation des principes conçus afin d'aider à monter les petites entreprises, la catégorie de « commerçants », également immatriculés au Registre, et ce principe très civiliste, le « fonds de commerce » que l'Acte prend le soin de définir (art. 103-05).

Ce Droit Commercial Général apporte sa clarté d'expression à une grande partie des activités commerciales. Néanmoins, il faut reconnaître que le droit de l'OHADA ne peut pas répondre à tous les besoins car il existe dans une réalité économique, sociale et surtout, politique. Pour cette raison, ce droit n'a pas encore su s'épanouir complètement car il ne domine pas toutes les données. Pour vous citer un exemple important : cet Acte sur le droit commercial offre la promesse de transparence par son Registre, mais celui-ci ne fonctionne pas encore comme prévu. L'intention était et l'est toujours de l'informatiser et de le centraliser, mais les efforts dans ce sens n'ont fait que démarrer. Il y a actuellement un projet pilote en cours au Gabon, par exemple, mais au Cameroun, pour vous proposer un autre exemple, le Registre est encore sous forme de tome géré par chaque tribunal de première instance. Pas d'informatique : ce tome est rempli à la main et possède un index insuffisant.

(b) *Droit des Sûretés.* Deuxièmement et toujours dans ce contexte des opérations commerciales, il y a le droit des sûretés. C'est lui qui permet aux participants dans le monde des affaires d'augmenter le capital en obtenant des prêts.

Il fait cela comment ? L'Acte autorise les sûretés personnelles, les sûretés réelles mobilières et les sûretés réelles immobilières. En fin de compte, le succès de cet Acte dépend de l'efficacité du Registre, ainsi que du régime judiciaire pour l'exécution de jugements, laquelle dépend à son tour du système judiciaire national et non pas du l'OHADA.

(c) *Contrats de Transport.* Le dernier Acte Uniforme régissant les opérations commerciales, celui-ci sur un plan très pratique, est l'Acte le plus récent : l'Acte relatif aux Contrats de Transport de marchandises par route. Il remplit une lacune en visant un domaine d'une grande importance pratique, mais que le régime international avait délaissé.

En ce qui concerne la deuxième catégorie, soit :

2. *Les Actes permettant l'établissement et le fonctionnement des entreprises*

Ils sont deux : le droit des sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique, et le droit comptable.

(a) *Droit des Sociétés et GIE.* S'il faut une organisation afin de participer à une transaction commerciale, le Droit des sociétés et des groupements d'intérêt économique entre en jeu. Cet Acte Uniforme permet la formation de différentes sociétés. Il précise également les questions de « gouvernance », c'est-à-dire, comment les entreprises doivent être gérées.

A moins que la succursale soit dispensée de le faire par le ministre du commerce de l'Etat-partie où elle se trouve, celle-ci doit se faire immatriculer comme société OHADA dans les deux ans, ce qui la soumettrait complètement au régime OHADA (art. 118-120), mais la pratique est de se faire dispenser.

Cet Acte relatif aux sociétés est considéré par certains comme étant le plus français de tous les Actes, encore plus que le Droit Commercial. L'Acte autorise des structures plus légères : la Société en nom collectif, la Société en commandite simple, la Société en participation et la Société de fait. Ces deux dernières existent sans immatriculation et la dernière répond aux réalités d'un pays en voie de développement car la Société de fait est formée même sans que les associés en soient conscients.

L'Acte autorise également la forme la plus fréquente, la Société à responsabilité limitée, ainsi que la Société anonyme. La forme classique de celle-ci est possible, mais la société anonyme est accordée la possibilité d'opérer avec très peu de formalités : tant qu'il n'y ait pas plus de trois actionnaires, la société peut

avoir un unique administrateur général possédant l'autorité d'un conseil d'administrateurs et d'un président directeur général (art. 494). La société anonyme peut n'avoir qu'un seul actionnaire (art. 385).

Cet Acte permet également le Groupement d'Intérêt Economique (le GIE) qui cherche à faciliter la coopération entre commerçants du même secteur.

En ce qui concerne la gestion, l'Acte favorise la transparence et interdit les conflits, tout en éliminant, dans certaines situations, le besoin de cette transparence car, sur le plan pratique, beaucoup d'entreprises régies par l'Acte relatif aux sociétés n'auront qu'un seul propriétaire qui sera l'unique gérant, éliminant de ce fait tout conflit interne

Dans cette même catégorie d'Actes qui régissent le *fonctionnement* des entreprises figure :

(b) *Le Droit Comptable*. Le Droit Comptable, qui lui aussi, contribue largement à la capacité des entreprises commerciales y compris de celles d'une personne naturelle, qui est commerçant. D'une manière très générale, c'est la comptabilité qui permet aux parties de traiter avec suffisamment de sécurité que le coût des transactions est réduit autant que possible et ceci, qu'il s'agisse de prêt, ou d'émission d'action, ou de vente commerciale.

Les trois derniers Actes Uniformes à voir sont :

3. *Actes cherchant à résoudre les disputes*

c'est à dire, le Droit des entreprises en difficulté, le Droit de l'arbitrage et le Droit de procédures simplifiés de recouvrement et voies d'exécution. Ceux-ci ont pour but de redresser une situation quand elle est devenue complexe.

(a) *Procédures Collectives*. Il y a alors l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'apurement du passif, dans le cas de problèmes d'ordre financier. Cet Acte envisage :

- le règlement préventif ;
- le redressement judiciaire ; et enfin, si nécessaire,
- la liquidation des biens.

Sur le plan économique, cet Acte Uniforme facilite la remise dans le marché des actifs ayant cessé d'être productifs.

Toujours concernant les arrangements en cas de difficultés :

(b) *Droit de l'Arbitrage.* Dans les Etats-parties, l'Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage est en vigueur, que l'arbitrage se fasse par le centre monté par la Cour commune de justice et d'arbitrage (la CCJA) conformément à l'article 21 du Traité, ou par un autre centre d'arbitrage dans l'espace OHADA, par exemple le Centre d'Arbitrage de la Côte d'Ivoire ou, au Cameroun, le GICAM. Jusqu'ici, les parties semblent choisir les centres privés comme les deux que j'ai mentionnés, au lieu du centre de la CCJA. Néanmoins, dans tous les cas c'est cet Acte Uniforme qui régit automatiquement tout arbitrage dans l'espace OHADA, sauf accord contraire des parties.

Même si le centre de la CCJA n'est pas très fréquenté la concurrence créée par ce centre semble avoir eu de bons résultats : afin d'être respectés, les centres privés font, de toute évidence, un effort pour établir de bonnes procédures et nommer de bons arbitres. Par conséquent, l'arbitrage est un important outil dans le cadre de tout accord commercial, mais il ne faut pas oublier que — même si cet excellent régime OHADA protège l'intégrité des arbitrages dans l'espace OHADA, l'exécution des sentences (si jamais une intervention est nécessaire) –se fait par le régime national. Ceci nous amène à l'Acte suivant :

(c) *Exécution de jugements.* L'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution. C'est sans doute l'Acte le plus essentiel, car si les jugements ne sont pas exécutés tout l'édifice de l'OHADA s'écroule.

Nous avons déjà vu, à plusieurs reprises, les points où le droit de l'OHADA se rattache aux systèmes judiciaires nationaux, par exemple, pour l'administration du Registre. Pourtant c'est dans le cadre de l'exécution des jugements et des sentences arbitrales que les liens entre le régime de l'OHADA et les systèmes nationaux sont fondamentaux. Quand les avocats discutent du droit de l'OHADA, ils expriment leur admiration pour la technicité de ce droit, mais les banquiers, eux, se plaignent, par exemple, qu'il leur faut souvent des années pour procéder à la saisie d'un immeuble et que, même s'ils obtiennent le droit de vendre cet immeuble l'environnement économique les empêche d'effectuer la vente. Mais, point important : ce ne sont pas là des problèmes que l'OHADA peut maîtriser, car les Etats-parties n'ont pas accordé à l'OHADA l'autorité nécessaire pour ce faire. C'est un problème pratique et surtout politique : dans l'espace OHADA le monde juridique et aussi celui des affaires sont parfaitement conscients de l'importance de la fiabilité de l'exécution de jugements.

B. L'EFFET DES ACTES UNIFORMES

Après cette description des Actes Uniformes de l'OHADA, revenons rapidement à la question du but de ces Actes. Vérifions alors la supposition souvent exprimée

que le succès du droit de l'OHADA doit être mesuré par sa contribution à la sécurité juridique et judiciaire, surtout en ce qui concerne l'investissement venant de l'étranger.

Dans ce contexte il est important de reconnaître une réalité importante: Le droit de l'OHADA – comme tout droit – est un droit vivant. Bien que son contexte ne permette pas à l'OHADA de protéger complètement ses propres Actes Uniformes contre les effets de la corruption des systèmes juridiques nationaux il est important de savoir que les juristes sur place prennent le droit de l'OHADA très au sérieux. Pour eux, ce droit des affaires est un outil pour le développement économique ; c'est un outil contre la corruption ; c'est le meilleur espoir pour l'avenir de leur profession.

Les investisseurs étrangers peuvent jouer un rôle important dans ce contexte. Acceptons que le droit de l'OHADA, par sa technicité et son envergure, a largement mâté le problème de l'insécurité juridique : grâce à l'OHADA, les investisseurs éventuels – qu'ils viennent de l'étranger ou non – peuvent facilement identifier le droit qui régit les affaires dans tous les Etats-parties.

La difficulté est de savoir où on en est en ce qui concerne la sécurité judiciaire ; c'est ici où les investisseurs étrangers directs peuvent jouer un rôle crucial. D'abord, n'oubliez pas qu'il y a dans l'espace de l'OHADA d'excellents juristes : d'excellents avocats, d'excellents professeurs et, oui, d'excellents magistrats et juges. Il est important de les soutenir car ils font preuve chaque jour de professionnalisme dans des contextes politiques compliqués. Alors, engagez ces avocats et professeurs non seulement pour la forme, mais pour le travail. L'OHADA a déjà créé un réseau de juristes bien formés et prêts à s'occuper de vos affaires. Consultez les clubs OHADA dans chaque pays: ils vous mettront sur la bonne piste. Ensuite, quand les tribunaux et cours rendent leurs décisions au niveau national, si vous en trouvez de particulièrement bien analysées – que vous ayez ou non gagné le procès (car il est possible de perdre à juste titre) – informez en les barreaux nationaux afin de soutenir les juges et magistrats méritant l'appui des opérateurs économiques. Informez, éventuellement, le Secrétariat Permanent de l'OHADA et la CCJA pour qu'il y ait de la publicité positive.

III. CONCLUSION

De cette manière les investisseurs étrangers pourront à court terme tirer le maximum d'avantages du régime de l'OHADA tout en travaillant avec elle pour l'aider à redresser les régimes nationaux qui souffrent dans un cadre politique difficile.