

UNIVERSITE D'AUVERGNE, Faculté de Droit
Maîtrise de Droit des Affaires
Année Académique 1999-2000

L'UNIFORMISATION DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE PAR LE TRAITE OHADA

Mémoire présenté par Olivier MINKO M'OBAME
Sous la direction de Monsieur RIFFARD

SOMMAIRE

Introduction

Partie I-. La nécessité de la réforme du droit des affaires

A) Une réforme rendue nécessaire par l'état du droit des affaires en Afrique

- a) La législation lors de l'indépendance
- b) La législation depuis l'indépendance

B) Le cadre de la réforme

- a) Le contenu de la réforme
- b) Le rôle des structures
 - 1) La création de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
 - 2) L'unité du droit des affaires uniformisé par la mise en place de la CCJA

Partie II-. Les inconvénient de la mise en place d'un droit des affaires uniformisé répondant aux impératifs de l'ordre économiques mondial

A) Une spécificité africaine du droit des affaires insuffisamment prise en compte

- a) La création de formes sociétaires originales réponse possible à un environnement économique particulier
 - 1) La création des sociétés unipersonnelles
 - 2) Le fonctionnement des sociétés unipersonnelles
- b) La nécessaire approche par le droit économique

B) A titre général les effets de l'uniformisation du droit des affaires

- a) A l'efficacité du droit des affaires uniformisé, est sacrifiée la souveraineté des Etats membres
- b) La problématique du champ de compétence de l'OHADA posée par la multiplication des organismes d'intégration

Conclusion

Bibliographie

INTRODUCTION

Présentation générale du traité OHADA

L'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires initiée par des pays de la zone franc a été créée par le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique signé le 17 octobre 1993 à Port-louis (ILE MAURICE). Pour le moment seize états sont membres de l'organisation il s'agit de la République du BENIN, le BURKINA FASO, la République du CAMEROUN, la République du CENTRAFRICAINE, la République fédérale islamique des COMORES, la République du CONGO BRAZZAVILLE, la République de COTE D'IVOIRE, la République GABONAISE, la République de GUINEE EQUATORIALE, la République du MALI, la République du NIGER, la République du SENEGAL, la République du TCHAD, la République TOGOLAISE.

Le Traité signé en 1993 confie la production du droit des affaires à un organisme dénommé Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), son entrée en vigueur est effective depuis juillet 1995.

L'OHADA est donc une organisation internationale dotée de la personnalité juridique internationale.

En préambule, les parties contractantes affirment leurs volontés d'accomplir des progrès sur la voie de l'unité Africaine et établir un courant de confiance en faveur des économie de leur pays et créer ainsi un nouveau pôle de développement en Afrique. Les parties sont convaincus que l'appartenance à la zone franc constitue un facteur de stabilité économique et monétaire permettant la réalisation progressive de leur intégration économique. Pour eux, la réalisation de ces objectifs n'est possible que par la mise en place préalable dans leurs Etats d'un droit des affaires uniformisé, simple, moderne, adapté, facilitant l'activité des opérateurs économiques.

Volonté de pallier l'insécurité juridique par des textes modernes et uniformes dans tous les pays membres.

Déjà en 1963, les ministres de la justice des pays francophones souhaitaient l'harmonisation de leur droit¹. En effet cette insécurité juridique avait été pressentie dès le lendemain des indépendances, et l'idée du professeur René David, d'harmoniser les systèmes juridiques respectifs était débattue. Cependant, ces tentatives qui furent amorcées par la suite, sont restées sans lendemain. L'harmonisation s'est révélée nécessaire face au constat du ralentissement des investissements. La situation économique des pays africains étant

¹ BOLMIN M., BOUILLET-CORDONNIER G., MEDJAD K., « Harmonisation du droit des affaires dans la zone franc », *Journal de droit international*, 1994, p 375 et s.

préoccupante, et il fallait redonner confiance aux investisseurs et aux opérateurs économiques étrangers n'ayant pas confiance dans l'environnement juridique du continent, ceci par l'imprévisibilité des tribunaux, la corruption du système judiciaire, les retards de publications de textes judiciaires ou leurs absences. Le peu de réformes entreprises depuis les indépendances laissant en place une législation, notamment en droit des affaires, mal adapté aux évolutions, ou trop disparate. Cela a conduit certains auteurs à parler de «balkanisation juridique» par la coexistence de textes contradictoires.

Le projet d'uniformisation du droit des affaires a donc vu le jour lors de la réunion des ministres des finances de la zone franc² à Ouagadougou en 1991, (dès lors le processus était enclenché). Il s'est alors précisé et élargi notamment lors de la réunion des chefs d'Etats à Libreville en 1992.

Partant du constat de l'insécurité juridique et judiciaire, l'uniformisation du droit des affaires a pour objectif d'améliorer l'environnement juridique, il va permettre la mise à disposition de textes juridiques simples, performants. On peut espérer ainsi la mise en place de la sécurité juridique et judiciaire, restaurant un climat de confiance.

L'insécurité juridique se traduit par une situation de méfiance et d'incertitude des investisseurs privés sur l'issue d'une éventuelle procédure à laquelle il pourrait être partie. La vétusté des textes en vigueur, réglementant la vie des affaires s'explique du fait qu'ils datent de la colonisation. Ils ne sont donc plus en adéquation avec la période pendant laquelle ils avaient été transposés. Et même dans l'hypothèse d'une rédaction plus récente, ceux-ci sont peu efficaces du fait d'un défaut de décret d'application, par le conflit des textes entre les nouveaux et ceux non abrogés ou non modifiés, ainsi que par le défaut de publication au journal officiel. Notons aussi la difficulté de connaître les textes juridiques en vigueur et la trop rare publication de la jurisprudence.

A cela s'ajoute l'insécurité judiciaire, qui se traduit par une justice mal rendue. Celle-ci résulte de différents facteurs qui sont convergents, on peut citer la saturation des juridictions ainsi que leurs moyens matériels limités, la faible rémunération des magistrats et des auxiliaires de justice ainsi que la place qu'ils occupent dans la société et la nécessité de mettre à jour leur formation, ne serait-ce qu'en ce qui concerne le droit des affaires. Les manifestations de cette insécurité judiciaire sont : les décisions rendues contestables, des exécutions impossibles, la méconnaissance de règles de déontologie pour ne citer que celles-ci.

² Créée en 1939, la Zone Franc a conservé jusqu'en 1945 le Franc Français comme monnaie unique pour adopter par la suite une monnaie commune le Franc CFA. Elle comprend sept pays de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA), (Bénin, Côte d'Ivoire, Burkina Faso, Mali, Niger, Sénégal, Togo) et les six pays de l'Union des Etats membres de la Banque des Etats de l'Afrique Centrale (Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée Equatoriale, Tchad).

Il est donc indéniable que l'effort entrepris par l'OHADA dans le rétablissement de la sécurité juridique et judiciaire, réconfortera les opérateurs économiques dans leur préoccupation constante d'investir dans un environnement sûr. Il faut alors comprendre, la réticence des investissements étrangers dans le choix du continent Africain, l'implantation de structures ajoutant à cela une situation politique fragile³. Les prétentions de l'OHADA sont donc posées.

La préparation de l'intégration économique des Etats membres

Ainsi, en dotant les différents Etats qui la composent, d'une législation moderne concernant le droit des affaires, l'OHADA rend de ce fait plus aisés les investissements ce qui à plus long terme, permettra l'intégration économique.

La mise en place d'un environnement juridique sûr est le préalable indispensable à l'intégration économique, permettant au continent Africain de ne pas rester en marge du processus engagé sur les autres continents. L'économie contemporaine semble dominée par la notion de mondialisation se traduisant par la constitution de vastes ensembles. En effet c'est le constat que l'on peut dresser aussi bien avec l'Union européenne, l'Accord de libre Echange Nord-Américain (ALENA) et l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est Asiatique (ASEAN). Il s'agit là de véritables pôles économiques, on dénombre ainsi trois zones d'influences matérialisées par les trois organes cités précédemment. L'efficacité de ces grands blocs a été rendue possible par la cohérence de leurs systèmes juridiques, tel est le cas pour l'Union Européenne. Ceci s'est manifesté par l'espace judiciaire européen mettant en place des textes législatifs, dont l'applicabilité est directe et supérieure sur les droit nationaux. Ces grands pôles économiques tendent vers l'harmonisation de leurs cadres juridiques. Une telle diversité législative africaine du droit des affaires est inquiétante, et ne peut qu'ajouter un handicap à l'économie régionale.

Ceci est d'autant plus préoccupant que la baisse des investissements en Afrique se confirme⁴ En 1997, les investissements dans la zone UEMOA représentaient (562 millions de dollars soit une diminution de 19% par rapport aux années précédentes selon la CNUCED). On retient de plus selon une enquête de la CNUCED en 1999 que parmi les obstacles à l'investissement la corruption est la plus importante. Souhaitons donc que l'OHADA soit à la hauteur des attentes des opérateurs économiques qui espèrent un environnement économique favorable aux affaires, et à l'investissement. Cela permettra aux différents pays membres d'être pleinement intégrés à ce que l'on appelle couramment la mondialisation des échanges.

Cette participation aux échanges internationaux n'est possible que par la présence d'instruments juridiques communs aux membres de cette entité économique. Il y va de la réussite de tout projet d'intégration. Ceci est nécessaire en tout cas pour ce qui est du droit des

³ TATY G., « Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la zone Franc », *Recueil Penant*, 1999, n°830, pp. 228 et s.

⁴ *Le MOCI*, n°1372, 14 janvier 1999.

affaires, qui regroupe des matières constituant des outils primordiaux pour les opérateurs économiques, comme le droit des sociétés, le droit des sûretés.

Nous l'aurons donc compris l'intégration économique passe d'abord par une législation qui répond aux attentes des opérateurs économiques, si possible cohérente c'est-à-dire une intégration juridique. Hélas, à observer l'état du droit des pays qui ont par exemple une monnaie commune (à l'exemple de l'UDEAC l'union des Etats de l'Afrique centrale) ceci n'est pas le cas.

Les Tentatives précédentes visant l'intégration juridique ou économique

La volonté de regroupement économique ou juridique régional s'est manifestée dès les indépendances. Elle était d'autant plus facilitée par le fait que ces pays avaient un patrimoine commun aussi bien culturel par la langue, qu'économique par la monnaie, une conception juridique commune par l'héritage légué par la France. On peut en même temps constater que malgré ces atouts, les résultats enregistrés par les différentes organisations ne sont guères satisfaisants.

Cette volonté de regroupement s'est traduite soit par la création d'organismes poursuivant une intégration juridique, soit par d'autres dont l'objectif était l'intégration économique proprement dite. Ces différentes structures regroupaient le plus souvent plusieurs pays d'une sous région. En ce qui concerne l'Afrique francophone, on peut distinguer deux grandes entités, les pays de l'Afrique de l'ouest et les pays de l'Afrique centrale. Il faut penser cependant que l'objectif à long terme d'une intégration juridique est l'intégration économique.

En effet lorsque l'on parle d'intégration économique, cela se traduit par la libre circulation des personnes, des biens et des services, ainsi que celle des capitaux. Partant de là, cet élargissement économique est réalisé plus aisément par des instruments juridiques communs à tous les pays concernés, ce qui nous espérons sera le cas avec l'uniformisation du droit des affaires par le biais de l'OHADA.

Sur le plan juridique

L'OHADA n'est pas la première expérience d'intégration juridique, elle fait suite à d'autres instruments juridiques dont la survie a été de courte durée. On peut citer pour exemple le Bureau Africain et Malgache de Recherches et d'Etudes sur les Législations (BAMREL)⁵, organisme qui a peu fonctionné, ou l'Organisation de Coopération Africaine et Malgache (l'OCAM), dissoute en 1986. Ont été ainsi mis en place des organisations dont l'objectif

⁵ Sa mission était de préparer des codes et des lois devant être introduits dans le droit interne des pays. Ce fut un échec faute de crédits.

directe ou indirecte est l'intégration juridique, à l'instar de l'harmonisation des législations sociales par la Convention Générale de la Sécurité Sociale de l'OCAM et la CIPRES⁶.

Sur le plan économique

L'Union Douanière des Etats de l'Afrique Centrale créée en 1964 (UDEAC) a mis en place un programme régional de réforme visant une refonte de la fiscalité de la sous région ce qui permettrait sans aucun doute de donner un souffle nouveau sur les investissements des opérateurs économiques étrangers. En 1996, a été signé le traité qui a mis en place la Communauté Economique Monétaire de l'Afrique Centrale, qui a remplacé l'UDEAC.

En Afrique de l'ouest, l'UEMOA a remplacé en 1994 l'UMOA. Sa vocation est essentiellement économique, inspirée de l'Union Economique Européenne, avec comme objectif de mettre en place des politiques communes sur le plan économique et monétaire, ainsi que de réaliser un marché commun. Il a pour ambition d'instaurer de nouvelles règles en matière fiscales et douanières, ainsi que la refonte du système financier, par la régionalisation de la bourse des valeurs. L'UMOA avait déjà uniformisé le droit dans le secteur bancaire par la réglementation des effets de commerce (lettre de change, billet à ordre, chèque et carte de paiement). Depuis, l'UEMOA a le pouvoir d'adopter des règlements, c'est-à-dire des lois qui s'imposent directement aux Etats membres, comme c'est le cas avec les Actes uniformes de l'OHADA.

On peut citer dans une proportion moins importante, l'uniformisation dans le domaine de la propriété intellectuelle par l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle créée en 1977, regroupant 15 Etats Africains. Cette organisation a mis en place une législation unique dans le domaine de la propriété intellectuelle.

Enfin dans le domaine des assurances, le Traité CIMA (Conférence interafricaine des marchés d'assurance), signé en 1992, met en une réglementation unique.

C'est donc dans cette logique que l'OHADA a été mise en place, elle vise à supplanter ces différents instruments d'intégration. En effet, pour certains d'entre eux la prise en considération du politique plutôt que de l'économique ou du juridique n'est pas étrangère à leur succès mitigé. Un rapprochement de la conférence africaine des marchés d'assurance(CIMA) et de l'organisation africaine de la propriété industrielle(OAPI) avec

⁶En ce qui concerne l'OCAM, l'objectif poursuivi est de remédier aux difficultés rencontrées par les travailleurs migrants en matière de sécurité sociale. L'OCAM a élaboré une convention générale de sécurité sociale qui permet la coordination des systèmes de sécurité sociale ainsi que la coopération des organismes de sécurité sociale. A la différence de l'OHADA, cette convention n'a pas modifié les règles de fond des différents régimes. Pour ce qui est de la CIPRES, il s'agit de l'harmonisation de la sécurité sociale. Cette convention date de septembre 1992, elle réunit 14 pays Etats francophones ses objectifs étaient les suivants : fixer des règles communes de gestion et de comptabilité ;réaliser des études et élaborer des propositions afin d'harmoniser des dispositions législatives et réglementaires applicables aux organismes et aux régimes de sécurité sociale.

L'OHADA est à l'ordre du jour, afin que les textes OAPI et CIMA entrent dans le champ de compétence et de recours de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA.)

Dans le cas de l'OHADA, l'optimisme peut être de mise grâce à la communauté de tradition juridique et monétaire, même si ce n'est pas un gage de succès.

L'OHADA, une intégration juridique généralisée

L'OHADA s'inscrit dans la même logique d'intégration juridique même si elle a vocation à être plus générale et donc à s'affirmer comme l'organe de référence en complétant les différentes structures à vocation économique, monétaire, fiscal, douanière. Notamment par l'ampleur de l'intégration recherchée par l'OHADA au niveau du continent et la technique d'uniformisation comme moyen d'atteindre les objectifs qu'elle s'est fixée en font un instrument qui se démarque des autres.

Ses objectifs

favoriser l'institution d'une Communauté Economique Africaine ;
promouvoir l'unité Africaine afin de développer l'activité économique ;
garantir la sécurité juridique au sein de la communauté. Afin de parvenir à ces résultats elle se devra donc d'unifier le droit des affaires dans les Etats, du fait de la compétence qui lui est attribuée aussi bien sur un plan géographique que matériel.

La compétence de l'OHADA du point de vue géographique

L'article 53 du traité prévoit l'adhésion à tout Etat membre de l'OUA (Organisation de l'unité africaine) et non signataire du traité, ainsi que l'adhésion de tout Etat non membre de l'OUA, invité d'un commun accord de tous les Etats parties. En effet, il est dans l'intérêt de l'OHADA de dépasser les clivages issus de la colonisation, qu'ils soient culturels, linguistiques⁷. Enfin, signalons qu'il a été envisagé l'adhésion de la Mauritanie, de Madagascar ainsi que de Djibouti, de plus la Tunisie et le Maroc ont manifesté leur intérêt.

La compétence de l'OHADA sur le plan matériel

Les matières énumérés comme étant du droit des affaires ; sont d'après l'article 2 du traité : «l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et au voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail , au droit comptable , au droit de la vente et des transports, et tout autre matière que le conseil des

⁷ On peut se demander quel peut être le résultat d'une confrontation du droit Anglo-Saxon et du droit Romain des pays francophones, un compromis serait alors nécessaire

ministres déciderait à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8»

On peut expliquer le choix de ces huit matières, par le fait qu'elles constituent l'essence même du droit économique, et qu'en même temps, il y subsiste de grandes divergences dans les différents pays membres. Il reviendra ensuite au conseil des ministres des pays membres d'étendre l'uniformisation des autres matières qui seront nécessaires aux affaires.

Dans le souci de rendre efficace le droit uniformisé, compétence est donnée à l'OHADA afin de prendre des dispositions d'incriminations pénales. Par contre, seuls les Etats sont compétents pour déterminer les sanctions pénales encourues : et ils se sont d'ailleurs engagés à les prévoir selon l'article 5 du Traité. En ce qui concerne les sanctions administratives et les règles d'organisation administrative et judiciaire l'OHADA, n'est pas compétente.

Ses structures

L'article 3 du Traité dispose que « la réalisation des tâches est assurée par une organisation.. comprenant un conseil des Ministres et une cour commune de justice et d'arbitrage » Le conseil des ministres est assisté d'un Secrétariat Permanent auquel est rattachée une Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature.

Le Conseil des ministres constitue l'organe exécutif, il est chargé entres autres d'adopter les actes uniformes, selon les articles 5, 6, 8 du Traité, il est aussi chargé d'élire les membres de la cour de justice et d'arbitrage article 32 du Traité. Il est composé des ministres des finances ainsi que ceux de la justice.

Le Secrétariat Permanent, établi à Yaoundé au Cameroun, a pour principale mission la préparation des projets d'actes uniformes qu'il soumet à l'examen des Etats membres et à l'avis de la Cour Commune de justice et d'Arbitrage. Il met au point le texte définitif des projets uniformes.

L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature, située à Porto Novo au Bénin a pour mission d'assurer le perfectionnement et la formation des magistrats et des auxiliaires de justice, tout particulièrement en droit des affaires. On peut toutefois observer que la formation des magistrats et des greffiers des pays concernés par le droit unifié ne semble pas être à la hauteur des espoirs fondés. En effet, aucun pays membre de l'OHADA n'a mis en place les programmes de formation des greffiers. Nous reviendrons ultérieurement sur le rôle important de cette structure.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, installée à Abidjan en Côte-d'Ivoire, voit sa mise en place s'inscrire dans la logique du rétablissement de la sécurité judiciaire. Elle est composée de 7 juges élus par le conseil des ministres. Son rôle important s'explique du fait

qu'elle peut être saisie par la voie du recours en cassation, c'est à dire qu'elle se prononce sur les décisions des juridictions d'appel des Etats membres⁸. De plus elle assure l'interprétation et l'application commune du Traité et des actes uniformes. Elle peut être consulté par les Etats membres ou par le conseil des ministres pour toute question relative à leur interprétation. Elle donne un avis préalable à l'adoption par le conseil des Ministres des projets d'Actes uniformes. Enfin, elle contrôle le bon déroulement des procédures d'arbitrage.

Le financement du projet

L'OHADA bénéficie d'une personnalité distincte de celle des Etats⁹. De ce fait elle peut donc disposer d'un budget autonome. Trois catégories de ressources sont prévues par les textes¹⁰. Les contributions des Etats membres établies par un budget qui constituent l'essentiel des recettes, les concours prévus par les accords conclus avec des Etats et des organisations internationales, des dons ainsi que des legs. Le conseil des ministres a approuvé la création d'un fonds de capitalisation de 12 milliards de FCFA qui va assurer le financement du fonctionnement de l'OHADA. Chaque Etat membre contribuera au capital de ce fonds à hauteur de 5millards de FCFA¹¹.

On peut toutefois regretter que cette diversité de moyens de financement limite les capacités prévisionnelles de l'organisation. Une incertitude demeure dans le domaine financier, d'autant plus que de nombreux projets sous régionaux souffrent de la contribution trop irrégulière voire inexistante des pays qui constituent ces ensembles, handicapant de ce fait la réalisation des objectifs fixés.

Les atouts de l'OHADA

On peut considérer que le patrimoine juridique légué par l'ancienne puissance coloniale constitue un point positif pour l'aboutissement du projet, car on peut estimer que le caractère essentiel du droit des affaires a été conservé. Constatons qu'il y a une certaine continuité même si ce droit n'est plus en phase avec l'environnement économique.

Dans une autre mesure, les chances de réussite du projet sont confirmées par le fait qu'il y a une réelle volonté de réforme. Celle-ci s'est exprimée par la prise de conscience, même non coordonnée, des praticiens et des juristes, des nécessités d'une réactualisation du droit des affaires lorsqu'ils se sont aperçus de la vétusté de leurs textes. Dans le même sens, on peut citer la pression exercée par les créanciers institutionnels, les opérateurs économiques pour un

⁸ Selon l'article 13 du Traité.

⁹ Selon l'article 46 du Traite, par conséquent elle peut contracter, acquérir des biens meubles et immeubles et d'en disposer, ester en justice.

¹⁰ Selon le titre 5 intitulé Dispositions financières, les ressources de l'OHADA sont composées ; des cotisations annuelles des Etats parties, des concours prévus par les conventions conclues par l'OHADA avec des Etats ou des organisations internationales, de dons et legs.

¹¹ M'BAYE K., « Avant-propos » du numéro spécial OHADA, *Recueil Penant*, 1998, n°827, p.128.

dispositif législatif moderne. La conjonction de ces différents mouvements a conduit à la mise en place de ce projet.

Soulignons la rapidité de la mise en place de l'OHADA qui fut signé en 1993, pour entrer en vigueur en 1995. Il s'agit là d'un signe supplémentaire de la volonté d'aboutissement de ce vaste projet.

L'élaboration du droit unifié

Lors de la conférence des chefs d'Etats de Libreville en 1992, un directoire a été désigné¹². Il a élaboré le projet de Traité qui a été signé à Port-Louis. Il s'est chargé ensuite de dresser la liste des matières susceptibles d'être harmonisées, et a par la suite fait un inventaire des textes juridiques existant dans les différents Etats. Il a également puis a mandaté des experts, afin de rechercher la formulation juridique commune la plus adaptée, pour aboutir à la rédaction de six projets d'actes uniformes, examinés par des commissions nationales, pour que celles-ci puissent apporter d'éventuelles suggestions.

C'est par le biais des Actes uniformes que le droit des affaires doit être unifié. Constitue un Acte uniforme, le texte qui est pris pour l'adoption des règles communes aux Etats parties. Ils ont un régime juridique semblable à celui des règlements en droit communautaire, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un acte de portée générale, obligatoire dans tous ces éléments et directement applicables dans tous les Etats parties selon l'article 10 du Traité (à rapprocher de l'article 189 alinéa 2 du Traité de Rome). Ainsi est affirmée leur force obligatoire et leur supériorité sur les normes juridiques existantes et futures. Ils se substituent sans aucune procédure aux règles de droit interne applicables dans les Etats membres ce qui leur donnent un caractère supranational. Une telle disposition instaure de ce fait un ordre juridique homogène, évitant les dérives ou distorsions entre les différentes lois nationales issues d'une même norme et entre les textes réglementaires nationaux d'application d'une même norme internationale de portée générale. Les Actes uniformes prévaudront dans la hiérarchie des normes sur les lois et décrets pris par les Etats membres. Précisons que selon les dispositions de l'article 12 du Traité, les actes uniformes peuvent être modifiés à la demande de tout Etats partie, une telle modification ne pouvant être effectuée que par le conseil des ministres selon le parallélisme des formes.

Autre avantage, celui de la sécurité car dès lors que l'on connaît la législation d'un Etat membre, on connaît celle des autres pays parties. Enfin, elle aura pour conséquence d'éliminer les conflits de lois, il sera inutile de se demander quelle est la loi compétente afin de trancher un litige, celle-ci étant identique dans chacun des Etats dont les contractants ont la nationalité.

¹² KIRSCH M., « Historique de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », *Revue Penant*, 1998, n°827 (spécial OHADA), pp.129 et s.

L'uniformisation doit, selon les articles 5 à 12 du Traité, être préparée par le secrétariat permanent, en concertation avec les différents gouvernements, après d'éventuelles observations pendant un délai de 90 jours. Elle est adoptée à l'unanimité par le conseil des ministres, après avis de la cour commune de justice et d'arbitrage. L'uniformisation par ces actes est par la suite applicable et obligatoire dans le droit interne des Etats parties, il ne peut y avoir de distorsions entre les différentes lois nationales des Etats parties¹³. Il s'agit de la substitution du droit issu de l'OHADA, sur le droit national. C'est dans cette mesure que l'OHADA peut être un instrument particulièrement performant.

L'action gouvernementale se fait par le biais des commissions nationales. En effet, selon les dispositions de l'article 7 du Traité, elles doivent examiner les projets d'actes uniformes et présenter les observations critiques au secrétariat permanent dans un délai de 90 jours. Chaque commission permanente est constituée de juristes et de comptables. C'est lors de la réunion du conseil des ministres de l'OHADA, le 17 avril 1997, qu'ont été adoptés les actes uniformes, ceci à la suite de l'entrée en vigueur du Traité OHADA, en septembre 1995. Préalablement, le secrétariat Permanent fut installé en 1996 à Yaoundé, et dans le même temps la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a donné son avis avant l'adoption des projets d'actes uniformes.

Notons toutefois en ce qui concerne l'adoption des actes uniformes que, selon les dispositions de l'article 6 du Traité : «Les Actes uniformes sont... délibérés et adoptés par le conseil des ministres...», et de l'article 8 : «l'adoption des Actes uniformes par le conseil des ministres requiert l'unanimité des représentants des Etats parties présents et votants.. l'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des Actes uniformes», l'unanimité est requise afin qu'aucun membre de l'OHADA ne se voit imposer une législation qui ne lui conviendrait pas, l'unanimité des membres constituant le conseil des ministres est requise. Pour éviter les blocages, l'unanimité des présents est suffisante.

Ont été adoptés les actes relatifs au droit commercial général, au droit sur les sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique, au droit des sûretés. Le 10 avril 1998, le conseil des ministres a adopté l'acte uniforme portant sur l'organisation des procédures de recouvrement et des voies d'exécution, ainsi que l'acte portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Ils sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Dans l'objectif de la préparation des matières à harmoniser, a été constituée dans chaque Etats, une commission nationale afin d'examiner les projets, puis d'apporter d'éventuelles suggestions. Les commissions nationales se réunissent afin d'examiner les avants-projets d'actes uniformes.

¹³ Cette uniformisation aura pour mérite d'éliminer les distorsions juridiques qui sont à l'origine de déséquilibres économique d'un pays à l'autre selon le degré de rigidité de leurs règles juridiques.

Le processus est dès lors engagé, les Etats parties au Traité ont compris la nécessité d'harmoniser leur législation sur le droit des affaires. On peut justifier cette prise de conscience, par l'Etat du droit dans ces pays (I) cependant, cette indispensable réforme ne va pas sans générer certains inconvénients, inhérents aux exigences dictées par l'ordre économique mondial (II)

Partie I-. La nécessité de la réforme du droit des affaires

A l'issue de cette présentation générale de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, dans notre propos introductif nous avons sans cesse évoqué la notion d'insécurité juridique. Cette dernière étant en grande partie à l'origine de cet ambitieux projet. C'est pourquoi, il nous apparaît nécessaire de déterminer, dans quelles mesures le droit dans les pays d'Afrique francophone était inadapté. En d'autres termes, expliquer par quel processus, le dispositif législatif régissant le droit des affaires s'est retrouvé dans l'impasse. Afin de mener à bien cette analyse, il nous est apparu nécessaire de retracer dans les grandes lignes, l'activité normative des pays membres, aujourd'hui membre de l'OHADA. Ceci pour mettre en évidence l'intérêt de la réforme du fait de l'état du droit (A). La réforme s'effectuera dans un domaine vaste. En effet les contours du droit des affaires sont difficiles à délimiter. Le dispositif institutionnel mis en place se devra d'être particulièrement performant, afin d'engager les réformes dans cet ensemble aux délimitations incertaines (B).

A-. Une réforme rendue indispensable par l'état du droit des affaires en Afrique

On peut constater l'unité du droit africain et sa diversité :

Unité du droit Africain car le système juridique est celui de l'ancien colonisateur, commun à tous les pays d'Afrique francophone. Ceci à double titre, soit certaines dispositions issues de la période coloniale sont toujours en vigueur, soit les législations des pays devenus indépendants s'inspirent du droit français¹⁴. En effet, l'héritage culturel (la langue commune notamment) constitue un puissant facteur unificateur.

Diversité du droit africain car en se dégageant de la tutelle française, les Etats africains ont dû faire des choix politiques et économiques nécessitant la mise en œuvre d'une législation qui soit en cohérence avec les objectifs poursuivis¹⁵. L'activité législative s'est ainsi réalisée sans que la concertation puisse être effectuée.

Il faut cependant pour tempérer notre propos et constater que les divergences entre les législations ne concernent le plus souvent que des points de détail, les principes fondamentaux restant commun.

Afin de pouvoir vérifier le caractère indispensable de la réforme du droit des affaires, il nous semble nécessaire d'établir un bilan de l'activité législative. Nous limiterons notre investigation à deux périodes séparées par un évènement clé : l'indépendance. Nous

¹⁴ GONIDEC P.-F., *Les droits africains évolutions et sources*, 1976, LGDJ, p 17 et s.

¹⁵ TIGIER P., *Le droit des affaires en Afrique OHADA*, PUF, Que sais-je ?, n° 3536, p. 9.

examinerons donc successivement la législation intervenue lors de l'indépendance et celle qui a ensuite été mise en place.

a) La législation lors de l'indépendance

Le Droit Africain a continué son évolution tout en étant influencé de manière significative par le droit issu de la puissance coloniale. Il a été placé progressivement en situation de dépendance. L'activité normative n'était pas l'œuvre des Africains pour des Africains répondant ainsi à des spécificités particulières. La mission fut alors confiée au législateur français. L'ordre public colonial, très fréquemment utilisé avait pour conséquence de placer le droit local préexistant en situation d'infériorité¹⁶, malgré la volonté déclarée de respecter ce dernier.

La plupart des pays Africains francophones ont accédé à l'indépendance en 1960, la législation applicable n'était pas exactement celle en vigueur en France à la même époque.

La règle de la «spécificité législative» inscrite par la Constitution française prévoyait que les lois, décrets adoptés en France métropolitaine ne s'appliquaient pas de plein droit à l'outre-mer. Les décrets portant règlement d'administration publique décidaient, l'extension partielle ou complète des décrets et lois français sur une partie du territoire ou sur son ensemble. Généralement, des aménagements étaient apportés aux textes "originaux" en considération de réalités économiques et des impératifs locaux.

Soulignons la difficulté posée de connaître le droit applicable dans la plupart des Etats surtout pour ceux qui n'ont pas légiféré en la matière et restent soumis à la législation de l'époque de leur indépendance.

Un autre sujet de confusion est caractérisé par l'attitude des pays Africains consistant à faire référence à la nouvelle législation française de 1966, sur les sociétés commerciales. Celle-ci étant postérieure à l'indépendance¹⁷ des pays Africains, elle ne pouvait donc être rendue applicable dans ces pays. Nous nous intéresserons en particulier aux matières qui constituent le droit des affaires. Notre recherche s'effectuera donc sur ce seul point. Le Code de commerce français a été rendu applicable aux pays africains principalement par la Loi du 7 décembre 1850. Celui-ci a fait l'objet de modifications par les Lois du 17 juillet 1856, du 9 juillet 1902 et du 28 mars 1931 et enfin par le décret du 24 mars 1955. Comme nous l'avons énoncé précédemment, l'extension complète ou partielle de certaines dispositions constituaient des germes d'obsolescence rapide de ces textes.¹⁸ La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes et en commandite par actions a été rendue applicable en Afrique par le décret du 30 décembre 1868. Différents textes sont venus compléter cette loi jusqu'aux

¹⁶ VANDERLINDEN J., *Les systèmes juridiques Africains*, PUF, Que sais que ?, n° 2103, p.78.

¹⁷ En effet les pays d'Afrique francophone ont, pour la plupart d'entre eux, accédés à l'indépendance en 1960.

¹⁸ Ce qui fut notamment le cas pour le code de commerce.

années 1950. L'extension a été aussi réalisée pour la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce variable selon les Etats ; la loi du 18 mars 1919 relative au registre du commerce, la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, et enfin la loi du 30 juin 1926 pour ce qui concerne les baux commerciaux.

b) La législation intervenue depuis l'indépendance

En accédant à l'indépendance, les pays d'Afrique francophone ont tenté de façon inégale de légiférer pour élaborer un droit en phase avec le développement économique et les modifications sociales. Cette démarche était compréhensible dans la mesure où il fallait pallier l'inadaptation des textes issus de la colonisation. Cette législation était le plus souvent disparate, imprécise, mal connue. Dans cette œuvre législative, on peut constater une influence certaine de l'ancienne puissance colonisatrice.

La persistance du droit français

Aussi bien dans les anciennes colonies Britanniques¹⁹ que Françaises, le droit n'a pas été abrogé du simple fait de l'accession à l'indépendance. C'est plutôt la démarche inverse qu'il faut constater, les Etats nouvellement indépendants ont proclamé le principe de continuité en matière juridique²⁰. Il n'y a donc pas eu de rupture brutale entre l'ordre juridique colonial et l'ordre juridique de ces jeunes Etats.

Les constitutions des pays d'Afrique francophone prévoyaient une clause, maintenant en vigueur les lois et règlements issus de la période coloniale²¹. Les cours continuaient donc d'appliquer le droit d'origine coloniale, c'est à ce titre que la cour d'appel du Gabon avait décidé en 1963²² que, «L'indépendance du Gabon n'a pas pour conséquence de remettre en cause les textes promulgués lors de la souveraineté française, mais de les nationaliser au sens gabonais». Les lois et décrets français devinrent alors Gabonais .

L'orientation nouvelle du droit était de ce fait d'inspiration européenne. On peut expliquer cette obstination à se référer au droit français, par l'influence exercée par les experts que ce soit les fonctionnaires, les professeurs de droit, mis à la disposition des Etats²³. La présence de ces conseillers techniques était systématique aux lendemains des indépendances. Cette influence s'est manifestée de différentes manières. Certains experts mandatés pour élaborer de nouvelles législations n'avaient qu'une connaissance limitée des Etats dans lesquelles ils étaient envoyés. Il était donc tentant pour eux d'utiliser un modèle préexistant, peu adapté. En

¹⁹ GONIDEC P.-F., *op. cit.*, pp. 37 et s.

²⁰ VANDERLINDEN J., *op. cit.*, p. 57.

²¹ Ceci dans la mesure où ils n'étaient pas contraires à la constitution.

²² *Recueil Penant* 1963, p 548

²³ Du fait de la faiblesse de l'encadrement local, en effet au Rwanda en 1972 on comptait 1 demi-douzaine de juristes pour satisfaire la totalité des besoins du pays cf. J. VANDELINDEN, *op. cit.*, p. 59.

effet, il faut avoir à l'esprit les écarts de développement économique et social entre la France et ses anciennes colonies.

On peut aussi expliquer l'attachement au droit français par la formation des juristes Africains. Ceux-ci ont été et continuent à être formés dans des universités européennes, de même des enseignements ont été effectués dans les universités africaines, dans le cadre d'accords de coopération. Il est donc compréhensible que ces étudiants, rentrés chez eux, perpétuent la tradition juridique acquise. Le Garde des sceaux, en 1961, l'a très justement dit «Nous vous avons communiqué et nos concepts, et notre terminologie, et nos habitudes de rédaction, et nos méthodes de construction juridique, et tout cela, il est vraisemblable que vous ne le perdrez pas de sitôt».²⁴

Les Etats ont adopté les législations successives engagées en France en fonction de l'appréciation qu'ils avaient de l'opportunité de transposer les textes. En matière de réglementation de l'exercice de la profession commerciale, la majeure partie des pays africains avaient adopté une législation particulière²⁵. Par contre, peu d'Etats avaient refondu leur droit commercial et des sociétés. Concernant le droit commercial, on peut diviser les Etats en trois groupes. Dans le premier, on place ceux qui étaient encore régis par la législation commerciale et des sociétés en vigueur au moment de l'indépendance. C'est le cas de la Mauritanie, du Centrafrique, du Cameroun, et du Tchad.

Dans le second groupe, ceux qui ont adopté, depuis leur indépendance, des textes apportant des aménagements significatifs, par rapport à la législation héritée : la Côte d'Ivoire²⁶, le Niger et le Congo pour le droit des sociétés, le Gabon pour le droit des sociétés et des faillites. Dans le dernier groupe les Etats qui ont adopté une législation nouvelle, ce fut le cas de Madagascar pour le droit des faillites et le statut de l'entreprise socialiste, la Guinée pour la réglementation de l'activité commerciale et des sociétés, le Mali avec un Code des commerce, et surtout le Sénégal pour son code des obligation civiles et commerciales.

Seuls, le Sénégal et le Mali avaient conçu une vue d'ensemble du droit des affaires. Signalons qu'en 1998, entré en vigueur un nouveau code de commerce au Niger.

Les sociétés commerciales : La société anonyme, qui constitue l'une des formes de sociétés commerciales la plus répandue en Afrique, bien que sa constitution ainsi que son fonctionnement soient lourds à mettre en place. C'est l'ancienne loi française du 24 juillet 1867 et différents textes subséquents qui régissent la société anonyme dans ces pays. La Côte d'Ivoire, le Niger, le Cameroun, et le Gabon ainsi que le Congo ont apporté depuis l'indépendance quelques modifications à cette législation ancienne, alors que le Sénégal, la Guinée, le Mali, avaient refondu leur législation.

²⁴ GONIDEC P.-F., *op. cit.*, p. 42.

²⁵ Equipe HSD ARTHUR YOUNG INTERNATIONAL, *Droit des sociétés commerciales en Afrique*, Edicef / Aupelf, 1989, p 15 et s.

²⁶ Surtout en ce qui concerne les baux commerciaux et le droit des sociétés.

La création d'une société anonyme comportait à quelques différences près, les mêmes étapes principales c'est-à-dire l'établissement de projet des statuts, la souscription du capital social, l'assemblée générale constitutive, l'accomplissement des formalités légales de constitution. Il faut noter que les projets de statuts devaient obligatoirement revêtir la forme notariée, lorsqu'ils mentionnaient des apports immobiliers ou quand cette forme était expressément prévue par la loi comme c'était le cas au Sénégal et au Cameroun. Certains pays prévoyaient une procédure simplifiée pour la constitution des sociétés anonymes, notamment la Guinée, le Mali et le Niger. Cette procédure permettait d'éviter les formalités obligatoires dans le cadre de la procédure dite normale c'est-à-dire le dépôt préalable au greffe du tribunal de commerce du projet des statuts, la déclaration notariée de souscription et de versement²⁷.

La société anonyme était valablement constituée si elle comportait au moins sept actionnaires. La réunion, au cours de la vie sociale, de toutes les actions entre les mains d'un seul actionnaire entraînait la dissolution de plein droit de la société, sauf au Gabon et au Sénégal sous les conditions prévues par leur législation respective. On peut noter ici les prémices de la notion de société unipersonnelle qui aboutira avec l'OHADA.

L'administration des sociétés anonymes était prévue dans certains pays par l'article 22 de la loi de 1867, d'autres avaient adopté de nouvelles dispositions visant à introduire le système du conseil d'administration et du président –directeur général. Au Sénégal et au Mali, il y avait un choix entre deux modes de gestion. Le conseil d'administration avec secrétaire général et le conseil de gestion avec secrétaire général.

Le contrôle de la société anonyme était assuré par au moins un commissaire aux comptes, cette exigence se rencontrait dans tous les pays, avec des variantes selon le montant du capital de la société.

La société à responsabilité limitée était régie par la loi française du 7 mars 1925 sauf au Sénégal, en Guinée, et au Mali. Le Niger a, quant à lui, par l'ordonnance 80-15 du 19 juin 1980, apporté quelques modifications à la loi du 7 mars 1925.

Le Sénégal et le Mali ont adopté une nouvelle législation, qui ressemble à la législation française, par leur code des obligations civiles et commerciales prévus par la loi 85-40 du 29 juillet 1985, et par le code de commerce du Mali par la loi 86-13 du 21 mars 1986.

Dans les autres Etats qui étaient régis par la loi de 1925, des modifications ont été apportées avant les indépendances par les décrets-loi du 30 octobre 1935 et le décret du 13 novembre 1956, modifié par le décret du 23 février 1957, rendues applicables outre-mer par divers textes particuliers.

²⁷ Il s'agit d'une attestation de dépôt des fonds chez un notaire ou une banque ainsi que l'affirmation de libération faite dans l'acte constitutif, qui en tiennent lieu.

Les formalités de constitution sont analogues à celles de la société anonyme, la forme notariée était obligatoire. La gestion des sociétés à responsabilité limitée dans tous les pays d'Afrique francophone était confiée à un ou plusieurs gérants, associés ou non, désignés soit par les statuts ou par une décision collective. Seuls le Sénégal et le Mali avaient prévu un commissaire pour le contrôle de la SARL. La fin de ce type de société est liée à l'arrivée du terme, l'extinction ou la disparition de l'objet social, la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé, par décision de justice, soit à l'occasion de l'annulation du contrat de société, soit par justes motifs à la demande de tout associé. Il s'agit en somme des mêmes motifs de dissolution que pour la SARL.

Les autres formes de sociétés commerciales, c'est-à-dire, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés en commandite par actions. Ces dernières sont tombées dans l'oubli du fait de leur rareté, même si elle pouvaient constituer des structures sociétaires adaptées aux impératifs économiques et juridiques. De ce fait, la société en commandite simple n'était pas prévue dans les récentes législations du Mali et du Sénégal. Dans les autres pays, ce type de sociétés était régi par la loi de 1807. Les sociétés en commandite par actions étaient régies par la loi de 1867. Elles n'existaient plus au Mali, au Sénégal et en Guinée. Les sociétés en nom collectif étaient reconnues et régies, dans de nombreux pays, par la loi de 1867 et par le code de commerce de 1807 dans ses articles 18 à 39.

Les groupes de sociétés étaient très rarement définis et organisés juridiquement. Seul le Sénégal disposait d'une législation sur les groupes de sociétés. Il s'agissait des articles 1443 à 1448 du Code des Obligations Civiles et Commerciales.

Les sociétés en participation étaient régies par le code de commerce de 1807, à l'exception du Mali et du Sénégal, où dans de nombreuses matières avait été mise en place une législation propre.

Le groupement d'intérêt économique n'était reconnu juridiquement que dans quatre Etats, le Sénégal, le Mali, Burkina-Faso, et la Côte d'Ivoire

Les procédures collectives et l'apurement du passif²⁸ : Seuls le Gabon, le Mali, la Centrafrique et le Sénégal disposaient d'une législation nouvelle adoptée depuis l'indépendance, les autres Etats restaient soumis à la législation applicable lors de leur indépendance, en matière de procédure collective. La législation était donc éparpillée. Elle reposait sur le code de commerce de 1807 refondu par la loi du 28 mai 1838, ainsi que sur la loi du 4 mars 1889 régissant la liquidation judiciaire, et des décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935. Comme nous l'avons vu précédemment, le Sénégal avait reproduit la loi

²⁸ SAWADOGO F.-M., *OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 1999, pp.863-864.

française du 13 juillet 1967. Le Gabon quant à lui avait repris dans les loi n° 7-86 et 8-86 du 4 août 1986, la philosophie des réformes françaises des 1^{er} mars 184 et 25 janvier 1985.

On peut retenir en général dans les Etats membres de l'OHADA, une absence d'activité normative dans un domaine où la situation économique était en évolution, nécessitant de ce fait, soit une adaptation des textes dans le domaine, soit la mise en place de nouveaux textes

La législation sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution²⁹ : Obsolète dans les pays francophones, à l'exception du Mali, une révision des procédures ainsi que leur adaptation à des conditions économiques et sociales étaient nécessaire. Au Gabon, c'est l'ordonnance n°1 du 2 février 1977, portant adoption du Code des procédures civile, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1977, qui a adapté cette procédure. Ce fut le cas en Côte d'Ivoire par le biais de la loi n° 72-833 du 21 décembre 1972 portant code de procédure civile, commerciale et administrative, entrée en vigueur le 28 juin 1973.

Le droit des sûretés³⁰ : A part le cas du Sénégal, aucun Etat partie de l'OHADA n'avait réactualisé son droit des sûretés. Les dispositions en vigueur étaient celles issues du Code civil français. Pour ne citer que les sûretés immobilières la modernisation de ce droit date de l'ère coloniale par des décrets fonciers qui traitaient des droits réels immobiliers et aussi de la publicité foncière. C'est le décret du 28 mars 1899, modifié par le décret du 12 décembre 1920 qui était applicable au Gabon, au Congo, au Tchad et en Centrafrique. Le décret du 26 juillet 1932 applicable au Sénégal, à la Mauritanie, au Mali, en Côte d'Ivoire, au Burkina Faso.

Le droit commercial : La législation était fondée comme nous l'avons énoncé précédemment par le Code de commerce de 1807. On peut retenir en particulier, que pour ce qui concerne le statut du commerçant, une certaine unité dans les composants de ce statut qui consistait en une obligation d'immatriculation au registre du commerce, la tenue obligatoire de livres comptables. Ainsi que divers droits attachés au fonds de commerce en ce qui concerne sa vente, sa mise en gérance, et son nantissement. La définition du commerçant était donnée de manière pratiquement identique dans tous les pays africains. On peut retenir qu'en ce qui concerne la définition des commerçants et des actes de commerce ainsi que leur régime juridique en général, c'est le code de commerce de 1807 qui était le textes de référence pour la majorité des pays aujourd'hui membres de l'OHADA, à l'exception du Sénégal, de la Guinée, du Mali. Au Gabon, la loi 7-72 du 5 juin 1972 venait compléter le code de commerce de 1807.

Le registre du commerce était une institution ancienne peu efficace. Elle était sous l'emprise de la loi française du 18 mars 1919, cette inscription au registre du commerce n'entraînait

²⁹ ASSI-ESSO A.-M., *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 1999, pp. 771-772.

³⁰ ISSA SAYEGH J., *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 1999, pp. 619-626.

aucune conséquence juridique. Cependant le Gabon, le Sénégal, le Mali, et la Guinée avaient adopté une nouvelle législation. Au Sénégal, Mali, et Guinée, l'inscription faisait présumer la qualité de commerçant. Au Gabon, Sénégal, et Mali les sociétés n'acquerraient la personnalité morale qu'à la date de leur inscription au registre du commerce.

Le fonds de commerce : La loi du 17 mars 1909 telle qu'elle a été étendue aux pays africains régissait la vente ainsi que le nantissement du fonds de commerce. Seuls le Sénégal et le Mali disposaient d'une législation nouvelle en la matière. La gérance du fonds de commerce n'était réglementée que dans trois états à savoir le Sénégal, le Mali et la Côte d'Ivoire.

Les conditions d'accès à la profession de commerçant, répondaient pour les Etats à la volonté de réglementer l'accès à la profession dans le but d'assurer le contrôle et le développement dans leur économie afin de parvenir à l'indépendance économique³¹. L'objectif poursuivi était aussi de filtrer l'implantation d'investisseurs étrangers. Il s'agissait de moraliser l'exercice de l'activité du commerçant et de veiller à ce que celui-ci dispose d'un minimum de moyens financiers, indispensables au fonctionnement de l'entreprise. Ainsi la réglementation consistait en l'institution de contrôles a priori matérialisés par l'exigence d'agrément.

B-. LE CADRE DE LA REFORME

L'OHADA, traduit la volonté des ses auteurs de moderniser la pratique des affaires. Cette vaste entreprise doit s'effectuer dans un domaine vaste aux contours incertains. La mise en place d'organismes institutionnelles devrait faciliter cette lourde tâche.

a) Le contenu de la réforme

L'article 1 du Traité détermine le champs de compétence de l'OHADA, il énonce que "le Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties", par la suite l'article 2 cite les matières³² qui rentrent dans le domaine du droit des affaires. Etant donné le caractère pour le moins vaste des matières du droit des affaires, le Traité s'est contenté de dresser une liste des matières qui relèvent du droit des affaires. Ce dernier se rapproche du droit économique, dans la mesure où il réglemente les composantes de la vie économique aussi bien ses acteurs que les biens et services qui en sont l'objet.

³¹ Equipe HSD Ernst & Young, Droit, *op. cit.*, p 43 et s.

³² Il s'agit du droit des sociétés, droit commercial général, droit des sûretés, droit des procédures collectives, droit de l'arbitrage, droit des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, droit de l'arbitrage, droit de la vente et des transports, droit du travail, droit comptable.

En ne donnant pas une définition précise³³ du droit des affaires, les auteurs ne réalisent pas un encadrement complet permettant de garantir l'autorité et la pérennité du traité. De plus, cette énumération peut s'avérer risquée dans la mesure où le champ matériel du droit des affaires évolue dans le temps. On peut en même temps retenir une certaine flexibilité voulue par les rédacteurs du Traité car dans le même article 2 il est prévu que font partie du droit des affaires toutes autres matières que le Conseil des Ministres déciderait à l'unanimité de retenir. Ceci permettra au conseil d'inclure de nouvelles matières pour tenir compte de l'apparition de nouvelles disciplines.

Cette délimitation du champ juridique à uniformiser était d'autant plus difficile lorsque l'on connaît les objectifs fixés par le Traité, c'est-à-dire créer pour les entreprises un environnement économique, juridique, judiciaire ce qui conduit inéluctablement à aller au delà de la liste de l'article 2.

Cette liste doit être considérée comme étant simplement indicative, elle n'a pas la prétention d'être exhaustive³⁴, les matières citées n'appartenant qu'au noyau dur du domaine du droit des affaires susceptibles de se multiplier, car cette discipline est rattachée à un monde en constante évolution. On peut tout de même s'étonner que certaines matières n'aient pas été citées dans l'article 2. Et donc n'étant pas considérées comme constituant le noyau dur du droit des affaires, à l'exemple du droit de la concurrence, du droit de la distribution, du droit de la consommation. Même si on peut discuter l'appartenance de ces matières au noyau dur du droit des affaires, leur inadaptation aurait au moins mérité qu'elles soient définies comme étant des matières rentrant dans la définition permettant une prochaine harmonisation. Toutefois nous ne doutons pas que le conseil des ministres décidera de les inclure afin qu'elles puissent être harmonisées et modernisées.

La priorité accordée à ces matières s'explique par l'existence de grandes divergences. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, certains pays aujourd'hui membres de l'OHADA disposaient d'un droit élaboré au XIX^{ème} siècle, tandis que d'autres avaient une législation datant de moins de dix ans. Le choix de ces matières s'explique aussi par la nécessité d'améliorer le régime juridique des entreprises implantées dans les Etats parties. C'est ainsi que les auteurs du traité ont élaboré des textes harmonisés correspondant aux besoins des entreprises africaines.

L'Acte uniforme portant sur le droit commercial général

On peut retenir qu'il s'applique à tout commerçant, personne physique, ou morale, ainsi qu'à toute société commerciale, et tout regroupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire d'un Etat partie au traité. Cet Acte Uniforme rénove

³³ J. ISSA SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA », *Revue Unidroit*, Rome 1^{er} trimestre 1999, p.2.

³⁴ SAVADOGO L., *Annuaire Français de Droit International*, n°40, pp. 826 et ss.

le statut du commerçant et créé un registre du commerce et du crédit immobilier. En effet, il donne une définition plus large de la notion de commerçant, les articles 3 et 4 de l'Acte font une énumération modernisée et enrichie des activités constituant des actes de commerce, (l'acte s'en tient à la conception française de commerçant). Avant l'adoption de l'Acte, c'était l'article premier du code de commerce français qui définissait les commerçants. IL faut aussi relever qu'il n'existe plus de distinction entre les hommes et les femmes car aucune autorisation du mari n'est exigée comme c'était le cas dans beaucoup d'Etat comme la Cote d'Ivoire par exemple.

Quant à la modernisation du registre de commerce et du crédit mobilier, celle-ci est la bienvenue. Il s'agit d'un instrument indispensable d'information pour les commerçants, car il sécurise les transactions. Le registre peut également recueillir l'inscription des sûretés mobilières, ce qui est innovant pour la plupart des pays de la zone. Un fichier national est tenu dans chaque Etat centralisant les renseignements des registres du commerce et à plus grande échelle un fichier régional est tenu auprès de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Il faut cependant signaler que registre n'a pas encore vu le jour, par incidence il en est de même pour le fichier national.

L'Acte uniforme portant sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

Il constitue la réforme du droit la plus importante de l'OHADA, ce nouveau droit reprend pour l'essentiel les dispositions de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales, on peut constater toutefois des aménagements qui selon ses auteurs tiennent compte des spécificités tenant à l'environnement économique. Pour ce qui est de la forme des sociétés, les structures sociétaires classiques de la loi de 1966 sont maintenues sauf la société en commandite par action du fait de son utilisation assez rare et délicate.

Toutefois la plus grande innovation concerne l'institution de la société unipersonnelle, aussi bien sous la forme d'une société anonyme, que d'une société à responsabilité limitée qui n'a pas son équivalent dans les législations étrangères. Ce point fera l'objet d'un développement ultérieur.

Dans le cadre des sociétés anonymes, plusieurs modes de gestion restent possibles. Soit la société anonyme avec un conseil d'administration dirigée par un président directeur général, ou par un président du conseil d'administration et un directeur général, soit la société anonyme avec administrateur général unique.

De même, pour ce qui est de la mise en place de groupement d'intérêt économique, celui-ci était ignoré de nombreux états parties au traité.

On peut constater une volonté d'assurer une plus grande protection des actionnaires, et des associés en prévoyant une informations aussi large que possible, par l'élaboration de règles de communication et de publicité plus strictes qu'auparavant.

Signalons qu'une période de transition avait été mise en place pour les sociétés constituées avant le 1^{er} janvier 1998, elles disposaient d'un délai de deux ans afin de se conformer à la législation OHADA. Toutes les dispositions des statuts non mises en conformité après le 1^{er} Janvier 2000, contraires à l'acte uniforme, seront réputés non écrites à compter de cette date.

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés

C'est l'acte uniforme qui apporte le plus de modifications aux dispositions des Etats membres, il se justifiait du fait des lacunes et de la vétusté des textes concernant les sûretés personnelles et les sûretés réelles³⁵. Les divisions classiques ont été conservés : sûretés personnelles et sûretés mobilières et immobilières.

S'agissant des sûretés réelles, le droit de rétention est consacré par des dispositions spéciales car auparavant son existence n'était que déduite de textes. Le gage, le warrant, les nantissements de matériels professionnels et des véhicules font l'objet d'une mise à jour.

Une réduction de la liste des privilèges généraux a été effectuée car ils ne correspondaient plus à l'environnement économique de notre époque (le privilège de la nourrice, le privilège du crédit foncier). Pour ce qui est des sûretés immobilières l'antichrèse a été supprimée.

L'Acte portant organisation des procédures collectives, d'apurement de passif

Cet acte est venu résoudre les problèmes liés aux défaillances des entreprises, un effort a été fourni afin de rechercher les solutions les mieux adaptées au contexte socio-économique. Il vient mettre fin aux disparités constatées. Il s'attache à organiser la prévention des difficultés des entreprises, permettre un règlement amiable de ces difficultés, privilégier la sauvegarde des entreprises dont la viabilité n'est pas contestée, et maintenir l'emploi.

On peut constater une tendance mettant l'accent sur le volet préventif, avec l'instauration de procédures d'alerte mises en œuvre par les commissaires aux comptes et par une minorité d'actionnaires. De même, on peut relever une volonté de protéger les créanciers composant la masse. Des sanctions sont retenus à l'encontre des dirigeants, par l'extension des procédures de déchéance civique et professionnelle des administrateurs, il est aussi prévu la contrainte par corps ou l'instauration du délit d'organisation d'insolvabilité.

³⁵ AGBOYIBOR P., « Récents développements du projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », *Revue du droit des affaires internationales*, n°3, 1996, pp. 134 et ss.

L'Acte portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

L'entrée en vigueur de cet acte va rassurer les créanciers et favoriser le développement du crédit. Comme pour de nombreuses matières, la législation était obsolète dans la plupart des Etats membres. Il vise à moderniser les procédures de recouvrement et de voies d'exécution et à simplifier les procédures et l'adaptation de celles-ci aux réalités des affaires en Afrique. L'Acte Uniforme institue deux nouvelles procédures il s'agit de l'injonction de délivrer et de l'injonction de restituer. Leur effectivité est assurée par de nouvelles saisies : la saisie appréhension et la saisie revendication.

Pour ce qui est des voies d'exécution, l'apport de l'acte concerne les saisies mobilières. Ainsi, de nouvelles saisies conservatoires sont instituées, celles du droit des associés et des valeurs mobilières et la saisie conservatoire des créances.

Pour la saisie immobilière, l'acte consacre des solutions classiques tout en prenant soin de les adapter au droit foncier de chaque Etat partie.

L'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage

On peut observer que l'OHADA attribue une place importante à l'arbitrage. Cette importance conférée à l'arbitrage dans le cadre de l'OHADA, se manifeste par le fait que ce type de règlement est prévu par le Traité lui même, dans son préambule ainsi que par les articles 1^{er} et 21 à 26 et bien évidemment par l'acte lui même. L'autonomie de la convention d'arbitrage y est affirmée et confère une efficacité dans le règlement des litiges. Les pouvoirs de l'arbitre sont consacrés. Il est aussi prévu l'intervention du juge judiciaire pour la désignation des arbitres si le besoin se fait ressentir ainsi que pour le contrôle de la sentence arbitrale.

Aucun acte n'est nécessaire pour l'entrée en vigueur des actes uniformes, toutefois ils doivent faire l'objet de publication pour être opposables. L'article 9 du traité indique que celle-ci doit avoir lieu au journal officiel de l'OHADA et également dans le journal officiel des Etats membres. Cependant seule la publication au journal de l'OHADA suffit pour le rendre opposable trente jours franc après. De ce fait, l'absence ou la non parution de journaux officiels dans certains Etats membres n'a pas d'incidence.

Il faut de plus signaler que les Actes Uniformes publiés à ce jour prévoient que ne sont abrogées que les dispositions nationales anciennes contraires aux textes uniformes. Ainsi, l'OHADA ne met pas fin, même après la période transitoire, à ces textes. On peut cependant penser que la cour commune de justice et d'arbitrage, dont les décisions s'imposent aux juridictions des états membres, devraient cependant atténuer avec le temps ce risque de

distorsion entre les pays. La latitude laissée aux juridictions nationales d'apprécier ce qui est contraire ou pas aux actes uniformes, est susceptible de créer un risque d'applications différentes, favorisant ainsi les contentieux.

Les autres Acte Uniformes concernant les matières à uniformiser vont être progressivement adoptés par le conseil des ministres (les matières qui rentraient dans la liste établie par le directoire). Il s'agit du droit du travail, du droit des transports, du droit comptable du droit de la vente, ainsi que de tout autre matière que le conseil des ministres aura décidé à l'unanimité d'inclure dans le domaine du droit des affaires selon les dispositions de l'article 2 du Traité.

Sa formulation

D'après les dispositions de l'article 42 du traité, la langue de travail de l'organisation est le français. De ce fait les Actes uniformes et les décisions rendues par la cour commune de justice et d'arbitrage sont rédigées en français. Ceci s'explique du fait que les pays à l'origine du projet soient francophones, à l'exception de la Guinée Bissau (lusophone) et la Guinée Equatoriale (hispanophone). Ces derniers en position minoritaire se doivent de traduire les textes dans leur langue officielle. Cette situation va sans aucun doute évoluer car l'ambition de l'OHADA est de regrouper les pays en dehors de la zone francophone, il en va de son efficacité. La suprématie de la langue française comme langue de travail ne saurait durer. Il faut, en effet, avoir à l'esprit la gêne constituée pour un anglophone ou un hispanophone d'avoir à plaider en français devant la cour de justice.

Le respect des règles spéciales nationales

On peut observer que les actes uniformes contiennent des dispositions qui renvoient à des règles de droit national. Ceci pour la simple et bonne raison qu'il n'est pas possible d'uniformiser en considérations d'impératifs économique, voire sociaux. A titre d'exemple, citons toutes les quantifications monétaires dans les contrats. Les parties n'ont pas toutes une monnaie commune, cette diversité croissante quand d'autres états africains adhéreront à l'OHADA. Il est donc prévu que le montant du capital social, quand il est rédigé dans les statuts, ou le nominal des parts sociales seront exprimés en fonction de la monnaie étrangère (pour les pays qui ne font pas partie de la zone franc)³⁶. Il en est de même pour les taux d'intérêts et les loyers commerciaux.

Ce particularisme peut se justifier par des intérêts économiques propres à un pays. L'article 916 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE prévoit que ne sont pas abrogées les dispositions nationales qui réglementent l'activité de certaines activités soumises à un régime particulier, c'est-à-dire le secteur de la banque, celui des assurances, des sociétés d'économie mixtes et des sociétés nationales.

³⁶ Article 906 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE.

Cette prise de conscience des spécificités propres à chaque état s'est manifestée aussi dans le domaine de la procédure. En effet la détermination de la quotité saisissable des salaires est variable selon les pays, ceci en fonction du niveau de vie des habitants et de leurs rémunérations. C'est donc une loi nationale qui est seule compétente pour déterminer cette quotité.

Ce particularisme se manifeste aussi à propos de la spécificité de certaines sûretés. Quel est l'intérêt pour un pays comme le Mali d'instituer une sûreté en droit maritime ? l'Acte Uniforme sur le droit commercial général prévoit en son article 69-2 le respect des règles nationales concernant le nantissement de la propriété intellectuelle, pour ne citer que ces exemples.

b) le rôle des structures

- L'assainissement de l'environnement judiciaire par la mise en place de l'Ecole régionale supérieure de la magistrature et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Un environnement sûr constitue le gage de la réussite de cet ambitieux projet. La longueur des procédures et le caractère aléatoire des décisions de justice constituent une crainte permanente pour les entreprises. Il y a tout lieu de croire que cette situation appartiendra au passé notamment par la mise en place de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature, et par la création de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage .

L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature

L'idée de créer une Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature fait suite au constat de la formation imparfaite³⁷ des magistrats et des auxiliaires de justice. En effet, il est nécessaire que l'application du droit soit de qualité et uniforme dans tous les pays signataires du Traité. L'Ecole devra donc leur assurer une formation commune, ainsi que leur perfectionnement dans un domaine où ils ne sont pas spécialisés³⁸. Pour comprendre le rôle majeur de l'Ecole de la Magistrature, il nous apparaît important d'expliquer le principe d'organisation judiciaire dans les pays membres de l'OHADA.

Comme nous l'avons précédemment développé, les pays Africains se sont inspirés du modèle d'organisation judiciaire française, notamment le principe de hiérarchie des juridictions. On peut donc constater l'existence de juridictions du premier degré civiles, pénales, de droit commun ou d'exception. On retrouve de ce fait des tribunaux d'instance, de grande instance, des tribunaux de commerce, de travail, tribunaux de police, tribunaux correctionnels,

³⁷MBOSSO J., « Le rôle des juridictions nationales et le droit harmonisé », *Revue de droit des affaires internationales*, n°2, 2000, p. 225.

³⁸ GERVAIS DE LAFOND T., « Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Gazette du Palais*, 1995 (2^{ème} sem.), p. 1085.

tribunaux pour mineurs. Les juridictions de second degré sont comme dans l'organisation judiciaire française sous la forme des Cours d'appels, des Cours d'assises, des Cours criminelles. Enfin, la juridiction suprême est représentée soit par une Cour suprême unique composée de quatre chambres, à savoir, une chambre constitutionnelle, administrative, financière, judiciaire, soit sous la forme que nous connaissons en France, c'est-à-dire une Cour constitutionnelle, un Conseil d'Etat, une Cour des comptes, et une Cour de cassation.

Les fonctions de ces différentes juridictions sont définies par le Traité OHADA. Selon les dispositions de l'article 13 du Traité «le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats parties». Ce texte instaure la saisine préalable des juridictions du premier et du second degré avant de porter le litige devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. On comprend alors le rôle essentiel qu'elles auront à jouer, pour la bonne application du droit uniformisé d'autant plus qu'en pratique les recours en cassation sont rares³⁹.

Bien entendu, le rôle important des juridictions du premier et du second degré et des Cours de cassation est tempéré par le fait qu'elles ont, par les dispositions de l'article 14 alinéa 1 et 2 du Traité, la faculté de solliciter l'avis consultatif⁴⁰ de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Il en est de même face à une difficulté d'interprétation des textes, les juridictions du premier et du second degré peuvent solliciter l'avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

En pratique, on peut noter depuis l'entrée en vigueur des actes uniformes que les juridictions nationales ont peu statué en matière de droit des affaires. La Cour commune a été saisie une fois d'un pourvoi en cassation et d'une demande d'avis consultatif provenant d'une juridiction nationale. Il ne serait toutefois pas raisonnable de tirer des conséquences sur l'efficacité des juridictions nationales dans l'application des textes uniformisés compte tenu du délai trop bref d'entrée en vigueur des actes uniformes. En se rapprochant des greffes de commerce des juridictions de fond il est constaté que sur 168 décisions rendues par les deux chambres commerciales du tribunal de grande instance de Cotonou (Bénin), aucune n'a visé les textes du droit uniformisé⁴¹. Le même constat est fait en ce qui concerne la Cour d'appel et la Cour suprême du Bénin, car aucune décision, en application des textes uniformisés, n'a été rendue à ce jour. Peut-on en conclure que ceci est dû à une ignorance des textes, ou une réticence pour appliquer ceux-ci ?⁴². Si c'était le cas, espérons que l'Ecole régionale supérieure de la Magistrature accomplira efficacement sa mission de formation et de perfectionnement, afin

³⁹ ISSA-SAYEGH J., « L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays Africains de la zone Franc », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1998 n°6, p. 243.

⁴⁰ Ceci dans un souci d'uniformisation de la jurisprudence.

⁴¹ ZINZINDOHOUE A., « Les juges nationaux et la Loi aux prises avec le Droit harmonisé », *Revue de droit des affaires internationales*, n°2, 2000, p. 231.

⁴² Ibid., p. 235.

que les juridictions nationales puissent s'acquitter correctement de leur mission, de rendre une justice en application du droit uniformisé.

Faut-il souligner l'absence de mise en harmonie des textes de procédure du droit interne. En effet, la mise en œuvre des règles communes par les juges nationaux doivent passer pour être conformes aux objectifs du Traité par une modernisation des textes d'organisation judiciaire en droit interne. Les procédures de droit interne sont régies dans les Etats membres par des textes désuets⁴³.

La réalisation de l'objectif ultime de l'OHADA d'intégration économique passe par l'efficacité du dispositif institutionnel institué. Ce dispositif est composé notamment par le volet juridictionnel, avec à sa tête la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Nous avons précédemment souligné l'importance des juridictions nationales, dont l'efficacité dépend de la cohérence et de la qualité de leurs décisions. Cela sera facilité par l'existence et la disponibilité du nouveau droit des affaires, par l'abrogation de toutes dispositions de droit interne contraires à celle du droit harmonisé.⁴⁴ L'efficacité serait possible par l'existence de l'existence de l'Ecole régionale supérieure de la magistrature et de la Cour de Justice régionale.

L'unité du droit des affaires uniformisé par la mise en place de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

Cette Cour, installée à Abidjan (Côte-d'Ivoire) se voit confier trois missions essentielles qui sont juridictionnelle, contentieuse, ainsi que le suivi de la procédure d'arbitrage. Son rôle juridictionnel⁴⁵ est défini par les articles 15 et 16 du Traité, ainsi que par l'article 52 du règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Il faut retenir que la CCJA est compétente dès lors qu'une juridiction nationale est saisie d'un litige soulevant une question relative à l'application des actes uniformes. En effet, la juridiction nationale, qu'il s'agisse d'une juridiction du premier degré ou d'une cour de cassation, doit se déclarer incompétente, et renvoyer l'affaire devant la Cour Commune. Ce renvoi suspend toute procédure de cassation, la juridiction nationale ne reprenant son activité qu'après l'arrêt de la CCJA. Dans le cas où une juridiction se serait déclarée compétente à tort, sa décision serait réputée «nulle et non avenue».

Selon les dispositions de l'article 14 alinéas 1 et 2 du Traité, il revient à la CCJA d'assurer dans les Etats parties l'interprétation et l'application commune du Traité. La Cour peut être

⁴³ La procédure civile susceptible de recevoir application en matière commerciale au Bénin est celle du Code BOUVET édité en 1954.

⁴⁴ Ceci dans une certaine mesure. Voir : J. ISSA SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *op. cit.*, p. 3.

⁴⁵ LOHOUES-OBLE J., « L'apparition d'un droit des affaires en Afrique », *Revue internationale de droit comparé*, n°3, 1999. p. 579.

consultée par tout Etat partie, par le conseil des ministres, ainsi que par toute juridiction nationale pour des questions concernant le Traité ou des actes uniformes. La compétence exclusive attribuée à la CCJA permettra l'uniformisation de la jurisprudence du droit des affaires, au sein des Etats membres de L'OHADA. Cette jurisprudence servira de référence pour les juridictions nationales qui seront éclairées dans leur prise de position, pour les affaires dont elles seront saisies.

Avant d'évoquer le rôle de la Cour Commune de Justice, il nous apparaît nécessaire d'aborder préalablement la question de l'arbitrage⁴⁶ au sein de l'OHADA. Son institution fait suite au constat selon lequel les procédures d'arbitrage se déroulaient en Europe même quand elles opposaient un Etat Africain à une entreprise européenne. L'article 21 du traité dispose que toute partie à un contrat soit que, l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etat parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties. Elles pourront soumettre leur différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage. Le critère principal, pour voir l'application des dispositions du traité relatif à l'arbitrage, est le contrat. Celui-ci est complété par l'exigence du domicile, ou de la résidence dans un Etat partie, ou l'exécution du contrat sur le territoire d'un Etat partie. Il revient à la CCJA la charge de constituer le tribunal arbitral. Elle ne tranche pas elle même les différends. Les articles 21 et 22 du Traité prévoient qu'elle doit nommer ou confirmer le choix des parties. La haute juridiction exerce donc des fonctions administratives en matière d'arbitrage, elle est informée du déroulement de l'instance, examine les projets de sentences. Elle ne peut proposer que des modifications de pure forme.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage exerce toutefois des fonctions juridictionnelles en matière d'exequatur. En effet, l'article 25 alinéa 1 du Traité confère l'autorité de la chose jugée au même titre que les juridictions de l'Etat. Aucune procédure particulière n'est nécessaire pour que l'autorité de la chose jugée soit reconnue. On peut même ajouter que cette autorité de la chose jugée est acquise définitivement, c'est-à-dire qu'elle ne peut plus être remise en cause, aucune voie de recours ne peut être mise en œuvre. L'arbitrage se voit ainsi conféré plus d'efficacité.

L'exécution des sentences arbitrales nécessite l'intervention de la CCJA. En effet, les sentences arbitrales ne peuvent donner lieu à un acte d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes qu'après le prononcé d'une décision d'exequatur. L'article 25 alinéa 3 dispose que la CCJA est seule compétente pour rendre une telle décision. Cette compétence étant exclusive tout autre tribunal autre que la CCJA doit se déclarer par conséquent incompétent. Il faut ainsi en déduire que les Etats parties ont de ce fait renoncé à leur pouvoir juridictionnel d'accorder l'exequatur⁴⁷. De plus, les parties ne peuvent déroger à cette compétence, par des clauses de juridictions en faveur de juges d'Etat contractants ou

⁴⁶ AMOUSSOU-GUENOU R., « L'arbitrage dans le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, n°3, p. 325.

⁴⁷ Par la simple ratification au Traité OHADA.

d'Etat tiers. Toute sentence arbitrale rendue en dehors de la procédure prévue par l'OHADA ne peut obtenir l'exequatur, conformément à la lettre de l'article 25 alinéa 1 du Traité, qui dispose que les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du Traité ont l'autorité définitive de la chose jugée. On comprend bien qu'une sentence rendue en dehors de la procédure de l'OHADA ne se soucie pas du respect de la procédure OHADA. En pratique, c'est au demandeur d'indiquer dans quel Etat il souhaite voir la sentence exécutée ainsi de ce fait une formule exécutoire sera délivrée par la CCJA, qui sera reconnue d'office dans l'Etat où l'exécution de la sentence sera poursuivie. Cette formule permettra au demandeur d'obtenir le concours de l'autorité locale⁴⁸, pour faire exécuter la sentence.

Par ailleurs, l'exequatur peut être refusée⁴⁹ dans quatre cas énumérés par l'article 25 à l'alinéa 4 :

- si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention qui est nulle ou expirée ;
- quand l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- quand le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;
- lorsque la sentence est contraire à l'ordre public international ;

On peut, dès lors, constater que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est dotée d'un pouvoir étendu, constituant l'une des innovations du Traité. Ainsi, la CCJA assurera le contrôle du droit des affaires harmonisé, sur le plan contentieux du Traité et des actes uniformes, sans compter ses attributions en matière d'arbitrage, vastes prérogatives, pour cette juridiction régionale, qui espérons-le permettront l'installation durable d'un environnement juridique sain et sécurisé.

Au terme de ce premier développement il faut constater l'empreinte durable laissée par législateur français, ne laissant aux Africains que le choix de la passivité. Ce mimétisme législatif pouvait s'expliquer dans certaines mesures par les circonstances particulières de la colonisation. Cette situation ne trouve plus de justifications. Force est de constater qu'il demeure fortement influencé, par le législateur Français. Cela est confirmé par les Actes uniformes.

⁴⁸ Autorité locale qui s'est engagée par la signature du traité.

⁴⁹ LOHOUE-OBLE J., *op. cit.*, p. 589.

Partie II-. Les inconvénients de la mise en place d'un droit des affaires uniformisé répondant aux impératifs de l'ordre économique mondial

Les rédacteurs des ces premiers Actes uniformes ont emprunté au droit des affaires Français. Ceci pour les raisons que nous avons expliqué précédemment. D'autant plus sur trois personnes deux juristes composaient le Directoire. Ces emprunts ne sont peut être pas préjudiciables. En effet, ces matières du droit des affaires sont techniques peu enclin à respecter des spécificités locales. Dans une autre mesure on peut penser que tout législation se doit, pour recevoir un accueil favorable, de tenir compte de certains particularismes socioéconomiques. Dans le cas des Actes uniformes nous pensons que la prise en compte de certaines spécificités a été gommé (A). En revanche le droit en cours d'harmonisation tient le plus grand compte du réalisme et de la sécurité juridique qu'exige la mondialisation de l'économie contemporaine. De plus, ce type de projet régionale ne vas pas sans certains inconvénient pour les Etats membres, pour ne citer que la perte de compétence des parlements au profit d'un organe à dimension régionale. Sans compter les difficultés liées à la cohérence des divers textes d'unification du fait de la multiplication des organisations d'intégration régionale (B).

A-. Une spécificité africaine du droit des affaires insuffisamment prise en compte.

a) La création de formes sociétaires originales réponse possible à un environnement économique particulier.

C'est l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, qui instaure le cadre législatif des sociétés commerciales. L'harmonisation de cette matière constitue un enjeu non négligeable pour les opérateurs économiques, car les différents investissements pourront être réalisés, dans les pays concernés par l'acte uniforme sans avoir à redouter les effets de la dissémination des textes peu adaptés au contexte économique, ainsi qu'aux incohérences résultant de l'application non systématique des textes conduisant les investisseurs étrangers à investir avec toute la retenue possible.

A titre préliminaire, il faut constater tout d'abord que les législations dans les principaux pays membres dataient de la loi 1827, tandis que l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE est une reprise à quelques différences près de la loi de française de 1966 sur les sociétés commerciales. En ce qui concerne les formes des sociétés commerciales elles sont maintenues

sauf comme nous l'avons indiqué dans notre propos introductif pour les sociétés en commandite par actions.

L'innovation sur laquelle porte notre intérêt concerne la création de société unipersonnelle aussi bien sous la forme d'une société anonyme que sous la forme d'une société à responsabilité limitée⁵⁰. Innovation, car ce type de société commerciale était jusque là inconnue dans les législations commerciales étrangères. Bien qu'il existait déjà en droit français l'EUURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée), ainsi que la SAS sous sa forme unipersonnelle.

Au titre des remarques générales concernant l'acte uniforme nous permettant d'analyser la philosophie qui a animé les rédacteurs de ce traité, nous pouvons constater tout d'abord : Une nouvelle approche du concept de société par la définition qui en est faite, en effet il y a l'introduction de la notion d'économie⁵¹. Selon les dispositions de l'article 4 de l'acte uniforme la société commerciale est créée dans l'objectif de partager ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter, ce qui permet la mise en place du GIE. L'article prévoit qu'une personne physique ou morale peut créer par acte unilatéral une société commerciale c'est l'instauration de la société unipersonnelle. Concernant le formalisme, les statuts de la société commerciale doivent être rédigés sous la forme notariée ou bien par acte sous seing privé, ils doivent être déposés aux rang des minutes d'un notaire. Sur un plan théorique, le débat sur la nature de la société semble tranché par la mise en place de la société unipersonnelle, on glisse vers la conception de la société institution par rapport à la conception de la société contractuelle⁵². En effet, dans l'ancien droit positif la société commerciale relevait d'une situation contractuelle. Avec l'acte uniforme la création par acte unilatéral de volonté constitue la prédominance de l'institutionnel par rapport au contrat.

Les statuts doivent indiquer l'adresse précise du siège social. L'indication du siège social par la boîte postale comme c'était le cas auparavant n'est plus suffisant. Pour ce qui est du capital social, il faut noter qu'il est fixé pour les SA et par conséquent pour les SAU à 10 millions.

1) La création des sociétés unipersonnelles

Il y a différents types de création des sociétés unipersonnelles, il peut s'agir soit de la réunion en une seule main de toutes les parts sociales d'une SARL ou d'un SA, cette situation peut résulter du retrait ou du décès d'un ou plusieurs associés⁵³. Il peut s'agir encore de la

⁵⁰ HOMMAN-LUDIYE L. et EPESSE H., « La société anonyme unipersonnelle et le GIE deux nouvelles formes originales », *Cahiers Juridiques et Fiscaux*, 1998, n°2, p. 303 et s.

⁵¹ AGBOYIBOR P., « OHADA : Nouveau droit uniforme des sociétés », *Revue de droit des affaires internationales*, 1998, n°6, p. 676 et s.

⁵² PAILLUSEAU J., « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés ! », *Recueil DALLOZ*, 1999, 32^{ème} Cahier Chronique, pp. 344 et ss.

⁵³ L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE ne fait mention de la SARL unipersonnelle que dans l'article 309.

transformation d'une société civile ou commerciale, ou enfin la constitution d'une nouvelle société par une personne physique ou par une personne morale.

La licéité de l'objet social de la société unipersonnelle

C'est l'article 19 du Traité qui dispose que l'objet social des sociétés unipersonnelles est constitué par l'activité qu'elles entreprennent, celui-ci doit être déterminé et décrit dans leurs statuts. L'activité doit être licite et ne pas aller à l'encontre de l'ordre public et des bonnes mœurs. De même l'activité exercée par la société unipersonnelle est réglementée, elle doit se conformer aux règles particulières auxquelles l'activité est soumise. On peut donc en conclure que la société unipersonnelle peut être utilisée pour les activités industrielles, commerciales, artisanales et pour les services. Celle-ci peut être utilisée par les professions libérales.

La qualité d'associé unique

Toute personne physique ou morale peut être associé unique dans la mesure où elle ne fait l'objet d'aucune interdiction, incapacité, ou incompatibilité prévues par l'acte uniforme du droit du commerce général comme le prévoit l'article 7 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE. Il ressort des textes (article 8) que l'associé unique personne physique n'est pas commerçant et peut donc être mineur ou incapable mineur. L'associé unique ne peut être gérant ou administrateur général du fait de la responsabilité liée à ce type de mandat social. La direction dans ce cas de figure doit être confiée à un tiers.

Le capital social

Les SA et SARL ainsi que leurs déclinaisons doivent respecter un capital minimum contrairement aux sociétés de personnes telles que les SNC (société en nom collectif) ou SCS (société en commandite par action). Ce capital varie en fonction de la structure sociétaire. Le capital minimum exigé pour la SAU est fixé à 10 millions de F CFA, avec pour montant nominal de l'action fixé à 10 mille F CFA⁵⁴. En ce qui concerne la SURL il est fixé à 1 million de F CFA, le montant nominal de l'action est fixé à 5 mille F CFA.

L'associé unique peut faire des apports en nature ou des apports en numéraire.

L'apport en nature : Il peut être sous la forme de meuble ou immeuble, corporel, incorporel. Lorsque l'associé unique effectue un apport en nature, celui-ci doit être souscrit et entièrement libéré au moment de la création. Dans l'hypothèse d'une société unipersonnelle à responsabilité limitée, la présence du commissaire aux apports est obligatoire, lorsque l'associé unique effectue un apport supérieur à 5 millions de F CFA. S'il effectue l'apport sans l'évaluation du commissaire aux apports ou bien si le rapport est rejeté, l'associé unique est

⁵⁴ TAPIN D., « Droit des sociétés commerciales et du GIE en Afrique », *Recueil Penant*, 1998, n°827 (numéro spécial), pp. 190 et ss.

responsable pendant une durée de cinq ans indéfiniment, de l'évaluation faite des apports en nature sans le concours du commissaire. Dans le cas des apports effectués pour une SAU, la présence du commissaire aux apports est obligatoire.

Les apports en numéraires : Dans cette hypothèse, l'apport doit être libéré totalement s'il s'agit d'une SURL, par contre la libération peut être au moins du quart au moment de la constitution de la SAU. Les trois quarts restants peuvent être libérés dans un délai de trois ans.

2) Le fonctionnement des sociétés unipersonnelles

Les organes qui animent la vie sociale varient selon que l'on se trouve dans une SAU ou SURL.

Les organes de la SURL

L'assemblée générale : c'est l'associé unique qui joue ce rôle, il prend seul les décisions de la compétence de l'assemblée selon les dispositions de l'article 334 de l'acte portant organisation des sociétés commerciales et du GIE. Il est cependant exempté des règles de convocations et de tenue de l'assemblée, ainsi que des règles relatives au quorum.

C'est l'associé unique qui doit approuver les comptes sociaux ainsi que répartir les bénéfices sociaux dans le cadre des assemblées générales ordinaires ou extraordinaires. C'est à lui qu'il appartient de modifier les statuts, transférer le siège social, augmenter ou réduire le capital. En somme il lui revient d'effectuer tout ce qui est de la compétence de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire.

Les décisions sont à peine de nullité, consignées sur le registre des décisions. C'est l'associé unique qui doit approuver les conventions passées par le gérant quand celui-ci est un tiers. Il doit respecter les interdits légaux, c'est-à-dire faire cautionner ou avaliser par la société des engagements personnels, selon les dispositions de l'article 356 de l'Acte uniforme.

Quand le gérant est aussi l'associé unique, il est dispensé de se présenter le rapport spécial prévu pour les conventions réglementées. Il suffit pour cela que la convention soit mentionnée sur le registre des délibérations article 350 dernier alinéa.

La gérance : Assurée obligatoirement par une personne physique, le gérant peut être l'associé unique ou bien ce dernier peut nommer un tiers⁵⁵. Si l'associé unique est aussi gérant il n'est pas obligé à l'égard des tiers par les actes d'un gérant ne relevant pas de l'objet social. Si l'associé unique est gérant il exerce cette fonction indéfiniment.

⁵⁵TAPIN D., *op. cit.*, pp. 197 et ss.

Cette fonction peut être gratuite ou rémunérée. L'associé unique doit veiller à ce que cette rémunération soit en rapport avec les capacités financières de la société, car il pourrait se voir opposer une faute de gestion en cas de cessation des paiements, et être condamné au comblement de passif, ou bien à une condamnation pénale pour abus de biens sociaux. L'associé unique qui exerce les prérogatives d'assemblées des associés comme le gérant, le révoque, il définit ses pouvoirs ainsi que sa rémunération. On peut noter que l'associé unique aura tout intérêt à prévoir dans les statuts une autorisation préalable de celui-ci pour tous les actes importants passés par le gérant, étant donné que la société est engagée vis à vis des tiers de tous les actes passés par le gérant.

Le commissaire aux comptes. Il doit être nommé un commissaire aux comptes lorsque le capital social est supérieur à 10 millions de F CFA quand le chiffre d'affaires annuel est supérieure à 250 millions de F CFA, ou bien quand l'effectif permanent est supérieur à 50 personnes. Son rôle est d'alerter sur les difficultés de l'entreprise, de permettre à l'associé unique d'échapper aux éventuelles conséquences personnelles d'un redressement judiciaire de la société.

Les organes de la SAU

L'administrateur général : la SAU ne peut être dirigée que par un administrateur général, qui peut être soit un tiers désigné par l'associé unique ou soit l'associé unique lui-même. Il ne peut cumuler plus de trois mandats d'administrateur général de SA ayant leur siège sur le même territoire. Ce mandat d'administrateur n'est pas cumulable avec plus de deux mandats de PDG ou de DG, ayant leur siège sur le territoire d'un même Etat partie.

L'assemblée générale : l'associé unique joue le rôle de l'assemblée générale selon les dispositions de l'article 558 à 561 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE. Les décisions qui doivent être prises en assemblées ordinaires ou extraordinaires sont donc prises par l'actionnaire unique, au vu des rapports de l'administrateur général ainsi que du commissaires aux comptes qui doivent assister aux assemblées générales. Ces décisions prennent la forme de procès verbaux qui sont conservés aux archives de la société.

Le commissaire aux comptes : Sa présence est obligatoire, il doit certifier que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères, et qu'ils donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière de la société à la fin de l'exercice selon les dispositions de l'article 702 et suivants.

Remarques générales :

Au vu de ces dispositions nous nous permettons d'émettre quelques remarques. Tout d'abord à propos du capital social minimum exigé, il apparaît élevé. Si ce type de société commerciale

peut être choisi par un petit entrepreneur individuel voir un artisan, le niveau de vie aurait dû être pris en considération, sa capacité financière étant limitée. L'accès difficile au crédit aura pour conséquence de ne pas permettre à ces petits entrepreneurs de revêtir ce type de société commerciale. Il faut ajouter à cela un coût de constitution des statuts élevé dès lors qu'il faut passer obligatoirement par le notaire.

Nous nous intéresserons donc uniquement à la mise en place des sociétés unipersonnelles dans la mesure où elles constituent une innovation. La pertinence de la mise en place de telles structures sociétaires est justifiée par le contexte économique particulier qui est celui des pays africains ayant signé le traité OHADA. Nous essayerons de mettre en lumière l'intérêt de l'institution de ces types sociétaires originaux, tout en émettant quelques réserves.

Le meilleur moyen de savoir si l'acte uniforme constitue une réussite, en ce qui concerne la mise en place des sociétés unipersonnelles, est de vérifier l'accueil qui lui est réservé par les opérateurs économiques. Ils sont les premiers intéressés, ils mesurent le mieux l'intérêt qu'ils ont de modifier la structure sociétaire de leur activité aussi bien sur un plan fiscal, que juridique. On peut cependant regretter qu'en consultant quelques greffes de commerce de pays signataires du Traité OHADA, du peu d'informations qui transparait. Nous pensons toutefois qu'il est peut être tôt pour mesurer l'impact sur les opérateurs économiques de ces nouvelles structures. Comme nous l'avons rappelé précédemment les sociétés dont les statuts n'étaient pas conforme avaient jusqu'au 1^{er} Janvier 2000 pour rédiger des nouveaux statuts, pour les déposer par la suite au greffe du tribunal de commerce.

Nous nous contenterons donc de l'avis des praticiens. Selon le bâtonnier de l'ordre des notaires du Mali, M^e Touré⁵⁶, la société anonyme unipersonnelle est une structure avantageuse pour l'entrepreneur individuel car elle réalise la séparation du patrimoine, elle permet de faire rencontrer la culture africaine individualiste des affaires avec un cadre juridique adéquat. De plus elle dispose de la personnalité fiscale. La difficulté est la rigueur attaché à ce type sociétaire, notamment par le contrôle des commissaires aux comptes, par le formalisme des assemblées.

Une seule SAU avait été finalisé depuis l'introduction de l'acte uniforme⁵⁷. Il faut toutefois noter que la SARLU a été introduite en droit malien depuis 1992, et à ce moment là elle avait été accueillie positivement. Il s'en crée en moyenne 5 à 10 par an. Selon M^e Touré, ces sociétés unipersonnelles ne constituent que des structures transitoires en attendant de s'associer avec le bon partenaire ou bien elles constituent des structures refuges permettant de mettre à l'abri son patrimoine. Ces structures ont donc de grandes chances de prospérer en nombre mais pas en qualité (en parlant de capacité de mobilisation de ressources).

⁵⁶ Interview réalisée en 1999 par PEDANOU Olivier dans le cadre de son mémoire sur les sociétés unipersonnelles.

⁵⁷ Selon Me TOURE.

Même si ce ne sont pas les objectifs poursuivis par les auteurs de l'acte uniforme, la mise en place de ces nouvelles structures unipersonnelles mettront un terme à la pratique des «hommes de pailles», il s'agit d'une réconciliation entre le droit et la pratique. Les entrepreneurs n'auront plus à violer la loi en ayant recours à de telles pratiques alors qu'il fallait nécessairement deux associés pour pouvoir constituer une SARL et sept pour la constitution d'une SA. On peut penser aussi à la régularisation des sociétés fictives existantes. L'avantage indéniable est celui de la limitation de la responsabilité.

Une responsabilité limitée

Pour arriver à ce résultat il faut partir de l'idée de la séparation de patrimoine. En effet dans l'entreprise individuelle, l'entrepreneur individuel engage tous ses biens, il y a alors ce que l'on appelle une confusion de patrimoine. Partant de ce constat et des risques qu'ils encouraient, les entrepreneurs individuels avaient ainsi recours à des sociétés de pure façade. Cet amalgame ne saurait perdurer du moins en théorie désormais, il faut considérer le patrimoine de la société et le celui de l'associé unique.

La protection de l'entrepreneur est donc renforcée, car le gage des créanciers n'est constitué que par l'actif du patrimoine affecté à l'entreprise. Les privilèges garantissant les droit des créanciers sociaux, tels que le trésor public, et les salariés sont constitués par l'actif social uniquement. Le créancier personnel de l'associé unique ne peut prendre une inscription sur le fonds de la société unipersonnelle.

Du point de vue fiscal

Dans le cadre de la SURL l'associé unique dispose d'une option quant au type d'imposition. La SURL relève en principe du régime fiscal des sociétés de personnes quand l'associé unique est une personne physique il peut opter pour l'IS. En revanche, quand l'associé unique est une personne morale l'assujettissement est de plein droit à l'IS. Cette possibilité de choix ne se rencontre dans aucun autre type sociétaire, la SAU est ainsi soumise à l'IS.

Cette option est définitive et irrévocable, cela suppose donc de la part de l'associé unique personne physique, une évaluation approfondie des avantages de chacun des régimes .

Une transmission plus aisée

Les avantages de la société unipersonnelle ne se limitent pas aux aspects fiscaux de la responsabilité. L'entreprise individuelle ne se prête guère à la transmission, nous verrons dans quelle mesure dans le cadre de la société unipersonnelle cela est plus satisfaisant.

La transmission de l'entreprise : le décès du chef d'entreprise provoque très souvent la fin de tous les mandats, le blocage des comptes bancaires. Les statuts peuvent ainsi prévoir que la

société continuera en cas de décès de l'associé unique avec soit le conjoint survivant ou son héritier ou bien un tiers.

Les inconvénients des sociétés unipersonnelles s'expliquent du fait de la limitation de la responsabilité de l'associé qui n'est pas totale, ainsi que de la rigueur attachée à la société unipersonnelle.

Une limitation de la responsabilité d'apparence

Précédemment nous évoquions l'avantage des sociétés unipersonnelles qui consistait notamment à la limitation de la responsabilité offerte par cette forme sociale. Ceci n'est le cas qu'en théorie l'associé unique voit ainsi sa responsabilité engagée.

En effet, en cas d'absence ou de défaut d'évaluation des apports en nature, obligation est faite à l'associé unique de la société unipersonnelle d'avoir recours à un commissaire aux apports lorsque la valeur de l'apport dépasse cinq millions de F CFA. L'associé unique de la SAU doit systématiquement recourir aux services d'un commissaire aux apports en cas d'apport en nature. A défaut d'évaluation faite par le commissaire, l'associé unique est indéfiniment responsable de l'évaluation faite par lui même pendant une période de cinq ans. Cette responsabilité joue pour la différence entre la valeur réelle et la valeur prétendue de l'apport en nature. Dans ce cas, l'échec de la limitation de la responsabilité est effectif dès la constitution de la société.

Le cas du cautionnement par l'associé unique démontre une fois de plus la prétendue limitation de la responsabilité est mise à mal par la pratique. Ceci dans le cadre des prêts, qui sont accordés aux entreprises individuelles. Les organismes de crédit subordonnent l'octroi du crédit par l'accord préalable des associés pour cautionner personnellement les engagements de l'entreprise individuelle du fait de sa faible surface financière. Il est fort possible que l'associé unique rencontre les mêmes difficultés de financement. Même si le patrimoine de la société unipersonnelle est distinct de celui de l'associé unique, les créanciers afin de garantir au maximum les prêts consentis aux sociétés unipersonnelles demanderont l'engagement de l'associé unique. Cette séparation de patrimoine n'est donc que purement théorique, l'intérêt d'une telle structure sociétaire se trouve mise à mal par cette situation, dans un environnement où l'accès au crédit est déjà rendu difficile par la réticence des établissements de crédit.

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société unipersonnelle est en principe sans danger pour l'associé unique. Toutefois, dans l'hypothèse où l'associé unique gérant ou administrateur général de fait ou de droit, commet des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, il est prévu, par les articles 183 et suivant de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, que le tribunal pourra mettre à la charge de l'associé unique les dettes de la société. Ajoutons qu'en vertu de l'article

189 de l'acte uniforme sur les sociétés, le tribunal pourra déclarer l'associé unique personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation de biens s'il a :

- exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la société masquant ainsi ses agissements ;
- disposé du crédit ou des biens de la société comme des siens propres ;
- poursuivi abusivement dans son intérêt personnel une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cession de paiements de la société unipersonnelle.

Pour conclure, il faut souligner la rigueur attachée à la gestion de la société unipersonnelle, par rapport à celle d'une entreprise individuelle. On peut citer pour exemple les obligations qui sont faites à l'associé unique dans la tenue du registre des décisions, la nomination d'un commissaires aux comptes, le dépôt des comptes annuels au RCCM.

L'associé unique se doit de respecter la séparation patrimoniale alors que celle ci n'est que théorique, il ne peut contracter sous quelque forme que soit des emprunts auprès de la société qui pourtant lui appartient. Il ne peut non plus se faire consentir par elle un découvert en compte courant, ni faire cautionner ou avaliser par elle ses engagements envers les tiers. Il ne lui est pas possible de prélever des fonds sociaux dans son intérêt personnel. Ces exigences n'existent pas quand l'artisan est la à tête d'une entreprise individuelle, celui dispose librement des biens comme il l'entend.

b) La nécessaire approche par le droit économique

L'universalisation de l'économie de marché, la mise en place d'un modèle d'organisation de l'économie ne doit elle pas s'accompagner inéluctablement d'une uniformisation des règles et dispositifs juridiques relatifs à l'économie ? Ne doit on pas considérer qu'il n'existe pas d'alternative pour les pays dans la mise en œuvre de leurs droit économique ? Cette universalisation dont on parle conduit, à la coexistence très étroite des marchés et tout écart de législation en défaveur des investisseurs, entraîne pour conséquence leurs fuite vers des marchés plus favorables. De ce fait un Etat, qui met en place des règles contraignantes et peu adaptées, risque l'isolement se traduisant par un détournement des flux financiers.

De ce constat nous devons nous poser les questions suivantes ne doit il y avoir qu'un seul droit économique, les états sont ils condamnés à un modèle universel ? N'y a-t-il pas la place pour une spécificité ?

Afin de pouvoir apporter une réponse, il est préalablement nécessaire de cerner la place du droit économique dans les pays concernés par le traité OHADA. Le droit économique se manifeste sous la forme du droit des affaires. L'approche par le droit économique est nécessaire lors des débats concernant l'élaboration des avant projets des actes uniformes du droit commercial général.

En effet, comme nous l'avons dit dans notre premier développement, les pays concernés par la réforme du droit des affaires ont été influencés par le système juridique français. Ils ont ainsi adopté entre autres la même définition du commerçant, «est commerçant celui qui exerce à titre habituel et professionnel des actes de commerce». Il s'agit de la même définition qui est reprise dans le cadre de l'acte uniforme sur le droit commercial général, même s'il faut noter un accroissement des opérations constituant des actes de commerce par nature, l'énumération est ainsi faite à l'article 3 de l'acte uniforme sur le droit commercial général. Celle-ci est plus complète que celle qui est énoncé par l'article 632 et qui rappelle le était en vigueur dans les Etats membres de l'OHADA avant sa mise en place. L'acte uniforme rajoute l'exploitation industrielle des mines et carrières et de tout gisement de ressources naturelles, des opérations de manufacture , de transport et de télécommunication, en plus des activités plus fréquentes que sont l'achat d'immeubles en vue de la revente.

Le recours à la notion de droit économique permet une approche plus réaliste⁵⁸. Il faut d'ailleurs souligner que le problème du secteur informel a été soulevé lors des réunions des praticiens pour l'élaboration des projet d'acte uniforme relatif au droit commercial général. Cela a été en particulier le cas lors du séminaire organisé à Abidjan avec l'idée selon laquelle, il serait peut être nécessaire de substituer à la distinction classique des actes civils et des actes de commerce une nouvelle distinction opposant les actes économiques et les actes désintéressés. Il faut regretter que cette idée n'ait pu aboutir.

La percée du droit économique se ressent notamment par la mise en place de nouveau type de société commerciale. L'introduction de la société unipersonnelle le démontre bien, elle se justifie par la volonté de tenir compte de la pratique des affaires dans ces pays, et du droit. La société unipersonnelle était une situation connue dans la pratique par le biais des prêtes noms, hommes de paille⁵⁹. L'institutionnalisation de cette forme sociale permet aux entrepreneurs d'être en règle avec la législation, et elle facilite leur acclimatation au droit des sociétés en mettant à leur disposition une structure souple, peu contraignante.

Une prise en compte des spécificités africaines est nécessaire, elle ne sera possible que par l'appréhension du problème en terme de droit économique. En effet, le tissu économique des pays membres de l'OHADA est frappé par la montée du secteur informel, il s'agit des pratiques souterraines, qui sont par définition, officieuses. Ce secteur couvre les secteurs de l'économie dans lequel l'Etat ou bien les acteurs économique ne répondent pas aux besoin de toutes les couches sociales de manière satisfaisante⁶⁰. Cette partie oubliée de la population,

⁵⁸ Cela en fonction d'un contexte économique et social particulier propre à chaque pays, quand on sait la place grandissante pris par le secteur informel. Voir M. SALAH M. M. M., « La problématique du droit économique dans les pays du sud », première partie, *Revue internationale de droit économique*, T12, 1, 1998.

⁵⁹ LIKILLIMBA G.-A., « Où en est-on avec le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ? », *DALLOZ Affaires*, 1997, n°27, p. 846.

⁶⁰ ALIBERT J., « Justice et développement : le point de vue des entreprises », *Afrique contemporaine*, Avril 1990, n°156, pp. 72 et ss.

comble les lacunes de l'Etat envers les plus pauvres de manière plus ou moins organisée en prenant en main ses propres activités qui vont du secteur de la pêche artisanale au transport urbain, de la construction immobilière, au commerce en détail. Ainsi le secteur bancaire se voit concurrencé par l'ampleur constante, prise par le système de tontines faisant concurrence aux entreprises immatriculées et soumises à l'impôt. Cette économie constitue un obstacle dans la mesure où, son fonctionnement n'est possible que par la violation de la législation

Il est impératif de tenir compte de ce type d'économie qui échappe au contrôle de l'Etat. Il constitue un facteur potentiel de relance de l'économie de ces pays .Il existe une volonté politique de réglementer les échanges commerciaux, qui pour l'instant échappent à toute imposition fiscale

Le problème est ainsi posé, d'une part il y a une libéralisation des échanges qui nécessite que les différents marchés favorisent les opérateurs économiques au risque si cela n'est pas le cas de se voir détourner des grands flux de financement pour des places plus propices. Cette analyse est possible par l'approche du point de vue du droit économique. En même temps, on ne peut nier les spécificités qui sont propres à chaque zone. D'autant plus que les pays membres de l'OHADA ne connaissent pas le même niveau de développement économique. Ces derniers sont donc confrontés à un dilemme, soit mettre en place une législation qui répond à l'attente des investisseurs étrangers et ainsi permettre le raccrochage à l'universalisation de l'économie, soit tenir compte des réalités propres à ce continent et tomber un peu plus dans l'oubli.

La thèse du modèle universel de droit économique conduit elle inéluctablement vers un modèle où la distinction en fonction du niveau économique et des particularités économiques n'est pas possible ? L'universalisation du modèle économique doit s'entendre d'une uniformisation des législations économiques par la voie du droit conventionnel, elle peut aussi signifier l'intégration de normes de droit économique au sein d'un droit international, qui s'impose alors à tous les pays. Elle peut également se manifester par l'affirmation et le développement de règles transnationales régissant tout ou partie des opérations économiques dépassant le seul cadre de l'Etat notamment par le travail réalisé par UNIDROIT.

La mise en place de l'OHADA est la matérialisation de cette situation, c'est à dire l'uniformisation du droit des affaires, cette attitude vis à vis du droit est commune, en effet le processus de déréglementation correspond à une revendication des milieux d'affaires pour faire face à l'intensification de la concurrence internationale.

Ce mouvement a été perceptible en France en matière de droit des sociétés, lorsque la jurisprudence a accepté de valider les pactes extra statutaires entre actionnaires, ceci pour éviter de pénaliser les hommes d'affaires en France par une réglementation devenue rigide par rapport à la législation issue des pays anglo-saxons dans laquelle le principe de la liberté

contractuelle domine largement. Plus récemment ce mouvement s'est traduit par l'introduction de la SAS (société par actions simplifiée) en droit français⁶¹. Certains auteurs ont justement dit que cette législation était conçue en fonction de la concurrence des droits des différents pays.⁶² Cette logique a même gagné le secteur du droit du travail par la poussée de la flexibilité du temps du travail ou par la mise en place de contrats de travail de moins en moins protégés⁶³. Il faut bien avoir conscience que cette logique est celle de pays qui ont signé le traité OHADA. La règle de droit devient un enjeu dans la mesure où les entreprises fuient les réglementations rigides, peu adaptés vers des lieux plus propices.

Nous pensons toutefois que ce mouvement qui tend vers une uniformisation du droit économique comporte des limites propres à des spécificités. Nous l'avons évoqué dans notre propos il s'agit de l'économie informel qui constitue un frein au développement du droit économique car ces activités se développent au mépris des règles instituées par le législateur. Il s'agit de mettre en place un cadre législatif suffisamment attrayant pour que les entrepreneurs qui se complaisent dans la voie de l'informel se mettent en conformité avec la législation. A partir de quels critères, seuils, chiffres d'affaires devront être imposés l'immatriculation, l'imposition, le respect des obligations comptables ou l'application des procédures collectives ? Répertoire, réglementer le petit commerce sera difficile et coûteux, voire impossible si d'importants moyens ne sont pas mis en œuvre.

Dans l'immédiat, la réforme vise donc surtout à favoriser le transfert de ce secteur non structuré vers le domaine réglementé, en autorisant les sociétés unipersonnelles et les SARL entre époux, mais également en introduisant de nouvelles formes sociétaires très souples.

L'OHADA a tenté de répondre à ce problème préoccupant par la mise en place de dispositions plus ou moins adaptées comme la mise en place de la société unipersonnelle. Certains auteurs se montrent sceptiques quant à la mise en place de la société anonyme unipersonnelle, car celle-ci ne comporte qu'un seul associé permettant ainsi aux multinationales qui désirent s'implanter dans ces pays sans faire participer les entrepreneurs locaux.

Dans de nombreux Etats de la zone franc, des dispositions particulières régissaient les sociétés à participation financière publique ce qui a découragé dans une certaine mesure les investisseurs privés. Il importe donc que les règles qui leur sont applicables soient clairement identifiées et proches, dans leur conception de celles qui régissent les sociétés de droit commun.

⁶¹ PAILLUSEAU J., « La nouvelle société par actions simplifiée Le big-bang du droit des sociétés ! », *Recueil DALLOZ*, 1999, 32^{ème} Cahier Chronique, pp. 343 et ss.

⁶² LECANNU P., « L'évolution de la loi du 24/07/1996 », *Revue des sociétés*, 1996, p. 492.

⁶³ WITZ C., « Plaidoyer pour un code européen des obligations », 2000, *DALLOZ*, n°5, pp. 79 et ss.

Ainsi lors du séminaire d'Abidjan, l'extension de principe du nouveau droit des affaires harmonisé aux sociétés d'économie mixtes et aux sociétés d'Etats fonctionnant selon des règles commerciales a été affirmée.

Par ailleurs, afin de faciliter la restructuration financière par voie de recapitalisation des sociétés du secteur public, le droit issu du traité autorise celles-ci à émettre des titres de créances de dernier rang à forte rémunération tels que les titre participatifs (qui sont des titres négociables à revenu variable, susceptibles d'être émis par les sociétés par actions du secteur public et les sociétés anonymes coopératives). D'ailleurs la société anonyme unipersonnelle répond aux problèmes posés par les entreprises nationales qui sont des entreprises publiques constituées sous la forme de sociétés anonymes par l'Etat qui en est l'unique actionnaire afin de gérer une activité économique relevant du domaine régalién.

Une autre limite à l'universalisation du droit économique est d'ordre culturel. Le développement économique, juridique de la société doit être en harmonie avec le cadre culturel institutionnel de celle ci. Il ne faut pas penser que la mondialisation des échanges puisse modifier les différences culturelles entre les peuples.

B-. A titre général les effets de l'uniformisation du droit des affaires

Constituent des attributs de souveraineté le pouvoir dont dispose l'Etat pour faire des lois, celui de juger. En signant le traité qui confie à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires le soin d'uniformiser le droit des affaires, les Etats membres ont renoncés à une parcelle de leurs souveraineté.

a) A l'efficacité du droit des affaires uniformisé, est sacrifiée la souveraineté des Etats membres

Sur le plan législatif

C'est comme nous l'avons énoncé précédemment l'article 2 du traité qui énumère les matières qui entrent dans le champ du droit des affaires. Les articles 5 à 12 indiquent la procédure d'élaboration et d'adoption des actes uniformes. La préparation du projet d'acte uniforme nécessite l'intervention de plusieurs organes. L'article 6 du traité indique qu'ils sont préparés par le secrétariat permanent en concertation avec les gouvernements des Etats parties. Ils sont par la suite adopté par le conseil des ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. On peut donc constater que l'élaboration des actes uniformes s'effectue en deux phases.

La phase de l'élaboration des actes uniformes : C'est le secrétariat permanent, organe qui assiste le conseil des ministres qui a la charge de préparer les projets d'actes uniformes et les soumet à l'examen des Etats membres. Les gouvernements, à qui les projets d'actes sont communiqués, disposent d'un délai de 90 jours à compter de la date de réception pour faire parvenir les différentes observations écrites au secrétariat permanent. Dès que ce délai est expiré, les projets qui ont fait l'objet de remarques, suggestions de la part des Etats membres est transmis à la cour commune de justice et d'arbitrage. Celle-ci doit donner son avis dans un délai de 30 jours selon l'article 7alinéa 2 du traité. Ce second délai expiré le secrétariat met au point le texte définitif, puis propose l'inscription à l'ordre du jour du prochain conseil des ministres article 7 alinéa 3.

La phase d'adoption des projets : elle est le fait du Conseil des ministres, excluant de toute compétences les parlements nationaux⁶⁴. Ainsi la compétence du conseil des ministres est exclusive. Selon l'article 6 du traité, les projets de textes uniformes sont délibérés et adoptés par le conseil des ministres après avis de la cour commune de justice et d'arbitrage. L'adoption du projet d'acte uniforme par le conseil des ministres requiert l'unanimité des représentants des parties présents et votants.

On peut dès lors constater que le processus d'élaboration des actes uniformes n'associe en aucun cas les parlements nationaux. Le traité OHADA enlève aux parlements et aux organes exécutifs nationaux leurs pouvoir législatif et réglementaire. De ce fait, il en est de même pour tous les organismes consultatifs des états à savoir le conseil économique et social ainsi que le conseil constitutionnel.

La seule intervention des Etats membres a lieu lors de l'examen par les gouvernements des projets d'actes uniformes. Ce sont des commissions nationales, instituées dans tous les pays signataires du traité, de praticiens, des comptables, des juristes, des professeurs d'université, des représentants de l'administration. Il faut aussi signaler qu'une méthode commune de travail a été retenue au cours d'un séminaire à Ouagadougou⁶⁵.

Une fois adoptés les actes uniformes ont un caractère supra-national selon les dispositions de l'article 10 du traité ce qui emporte comme conséquences qu'ils sont directement applicables et obligatoires dans les états membres malgré toutes dispositions contraires en droit interne, antérieures, ou postérieures. Cette primauté conférée au droit des affaires sur le droit interne est une manifestation de l'abandon de souveraineté des Etats membres.

Même si on peut minimiser cet abandon de souveraineté en soulignant que les actes uniformes en vigueur sont en général inspirés des lois antérieurement appliquées dans les Etats membres. Ainsi il n'y a pas de véritable rupture avec le droit antérieur et même si certains actes uniformes précisent que certains textes antérieurs non contraires sont abrogés. C'est le l'absence de compétence des parlements nationaux qui est regrettable.

⁶⁴ KENFACK DOUAJNI G., « L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA », *Recueil Penant*, 1999, n°830 p. 126 et s.

⁶⁵ En vue de la préparation des projets sur les matières à harmoniser. Voir M. KIRSCH, *op. cit.*, p. 132.

On peut tenter d'expliquer la démarche des auteurs du traité dans cette volonté d'écarter toute participation par les parlements nationaux du fait des inconvénients inhérents à toute procédure indirecte au niveau de l'élaboration et de l'application. En effet, la lenteur des débats parlementaires, le blocage du vote de certains textes par des considérations beaucoup plus politiques que juridiques en sont la justification.

A titre d'exemple, le traité de l'UEMOA, a prévu la création d'un comité interparlementaire de l'union composé de cinq membres par Etats, le Traité de L'OHADA, pourrait s'en inspirer. On peut se demander si la consultation des parlements nationaux n'aurait pas été possible ? Etant donné qu'il faut concilier les nombreux impératifs attachés à une oeuvre d'une si grande envergure, et éviter au maximum les retards, par un processus aléatoire lors du passage des textes au parlement. En revanche une implication plus importante des Etats dans ce processus d'uniformisation est possible. En effet, dans la procédure organisée par le traité, l'action du gouvernement a lieu lorsque le secrétariat permanent lui transmet les projets d'acte uniforme afin qu'il puisse apporter ses remarques. C'est donc à ce moment là que le gouvernement pourrait saisir les différents organes consultatifs afin qu'eux aussi puissent émettre quelques observations sur le projets d'actes uniformes.

Sur le plan judiciaire

Comme nous l'avons vu en première partie, la CCJA peut être consultée soit pour une demande d'avis dans le cadre de ses attributions consultatives, soit pour un pourvoi en cassation dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles⁶⁶.

En ce qui concerne le pourvoi en cassation , la saisine peut être effectuée directement par l'une des parties à l'instance, sur renvoi d'une juridiction nationale selon les dispositions de l'article 15 du traité. Quand la CCJA est saisie par une juridiction nationale statuant en cassation qui lui renvoie le soin de juger une affaire soulevant des questions relatives à l'application de des actes uniformes , cette juridiction est immédiatement dessaisie. Elle a l'obligation de transmettre à la cour l'ensemble du dossier de l'affaire avec une copie de la décision de renvoi.

Les attributions juridictionnelles de la CCJA.

La CCJA peut être saisie en matière contentieuse soit par voie de recours en cassation selon les dispositions de l'article 14 alinéa 3 et l'article 17, soit par voie de recours à titre préjudiciel.

Le recours en cassation. Selon les dispositions de l'article 13, il est confirmé le maintien de la compétence des juridictions nationales de fond pour connaître des litiges relatifs aux actes uniformes en première instance et en appel. Comme nous l'avons vu précédemment l'abandon

⁶⁶ KENFACK DOUJANI G., *op. cit.*, p. 128 et ss.

de la souveraineté judiciaire des cours suprêmes dans chaque Etat membre était nécessaire afin d'assurer une harmonisation efficace par le biais d'une interprétation «uniformes» des actes uniformes en évitant ainsi une possible divergence dans l'application des textes. Il faut constater que le pourvoi de la CCJA est limité à ce seul domaine. Comme nous l'avons souligné précédemment la compétence de la CCJA connaît deux limites, en effet celle-ci n'est pas compétente pour ce qui concerne les décisions à caractère pénal, elle ne peut non plus être saisie pour se prononcer sur la compétence d'une juridiction nationale ayant statué en cassation sur affaire «soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes» que si l'incompétence de la juridiction nationale comme juge de cassation a été préalablement soulevée devant elle.

On peut néanmoins se poser quelques questions, car cette attribution de la CCJA ne peut-elle pas entraîner des engorgements, ce qui va constituer un frein à l'idée du droit des affaires que les auteurs ainsi que les états parties poursuivent c'est à dire un droit des affaires efficace ? Il a été proposé de fixer un seuil en dessous duquel les Etats parties, c'est-à-dire les cours de cassation restent compétentes. Par exemple, la CCJA n'interviendrait que pour les affaires dont l'intérêt excède 20 millions de F CFA.

La perte de souveraineté des Etats membres se manifeste par le biais des arrêts de la cour de cassation, aussi bien par l'autorité qui leur est attachée que par l'exécution des arrêts de la CCJA, car selon les dispositions de l'article 20 du traité « les arrêts de la cour commune de justice et d'arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Dans la même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la CCJA ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un état partie »

L'autorité attachée aux arrêts de la CCJA

Il faut constater une assimilation des arrêts de la CCJA aux décisions rendues par les juridictions des Etats membres. Ceci constitue une innovation car elle fait perdre une partie de la souveraineté des Etats membres. Partant de ce constat, il faut tirer deux conséquences qui ne sont pas des moindres : tout d'abord la suppression du contrôle du juge, car il n'est pas nécessaire de mettre en place une procédure afin de conférer à l'arrêt l'autorité de la chose jugée. Les arrêts de la CCJA ne peuvent faire l'objet que de voies de recours extraordinaires notamment la tierce opposition, ainsi que la révision. Seconde conséquence, la portée de l'autorité de l'arrêt, en effet celle-ci s'impose sur tous les Etats parties du traité OHADA.

L'exécution des arrêts de la CCJA

Nous venons de développer le point selon lequel les arrêts de la CCJA ont autorité de force jugée. Il faut aussi constater que l'efficacité de la réforme ne serait pas atteinte s'il n'avait pas été prévu que ces mêmes arrêts peuvent donner lieu à exécution forcée sur le territoire de

chaque Etat partie ceci dans les mêmes conditions que les arrêts des juridictions des Etats membres. Ainsi la procédure de l'exequatur que nous connaissons devient inutile .Car l'intérêt même de l'exequatur est de permettre l'exécution d'une décision rendue par une juridiction d'un tiers (ceci par le biais d'une décision d'exequatur). Le risque ainsi évité est l'accueil des décisions dans un autre état au bout d'une procédure souvent longue, occasionnant des frais.

L'arrêt a force obligatoire à compter du jour de son prononcé selon les dispositions de l'article 42 du traité. Les dispositions concernant le rôle de cassation de la CCJA laissent tout de même planer certaines incertitudes. On se pose certaines questions aussi bien sur le plan de la procédure que sur le plan de la compétence de la CCJA.

Concernant la procédure de saisine de la CCJA

Nous évoquions précédemment que les pourvois en cassation sont portés devant la CCJA de deux façons, soit par les parties à un litige par le biais du recours en cassation des articles 28 et 29 du règlement, soit par une juridiction de cassation d'un Etat membre saisie à tort. La CCJA ne peut donc pas se saisir. L'inconvénient réside dans le fait qu'une juridiction nationale peut être saisie à tort par les parties sans que cette dernière ne saisisse la CCJA, qu'il s'agisse d'une volonté d'écarter la compétence de la CCJA ou tout simplement d'une erreur de la juridiction nationale de cassation. La CCJA ne pourra et ne sera pas en mesure de réagir car elle ne peut pas s'auto-saisir. La CCJA ne pourra pas se prononcer dans ces conditions sur le droit uniforme des affaires. Il serait donc nécessaire d'instituer un recours en cassation permettant à la CCJA de s'auto-saisir dans l'hypothèse ou une juridiction nationale s'est prononcée sur une affaire dans laquelle elle n'avait manifestement pas compétence.

Les ouvertures à cassation

Il faut constater que rien n'est prévu concernant la procédure de cassation, aussi bien dans le traité que dans le règlement de la CCJA. Seul l'article 28, qui pourtant concerne la forme de recours en cassation, exige que le recours indique simplement les actes uniformes ou les règlements prévus par le traité dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la cour .

Etant donné qu'il n'est rien prévu, sur les cas d'ouverture à cassation peut on dire pour autant qu'il n'en existe pas et qu'ainsi la CCJA est comme le dit certains auteurs érigé en juge de droit et du fait comme un troisième degré de juridiction. Afin d'appuyer cette hypothèse on peut constater qu'il est prévu selon les dispositions de l'article 14 alinéa 5 du règlement de procédure de la CCJA qu'elle peut évoquer l'affaire et statuer au fond sans renvoi. Il faut penser en fait que la CCJA est juge de droit pour examiner la décision rendue en dernier ressort et du fait par la suite pour confirmer ou réformer la décision rendue en premier ressort.

Les interrogations posées concernant la compétence de la CCJA

Selon les articles 14, alinéa 3 et 28c du règlement, la CCJA est compétente pour les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au traité alors que l'article 15 du traité fait référence seulement aux seuls actes uniformes. Une difficulté se pose donc quelle disposition prévaut ?

On peut penser pour répondre que la violation d'un règlement ne donne pas lieu à un recours en cassation, car les règlements ont pour objet unique l'application du traité et pas celle des actes uniformes. Les règlements sont donc étroitement liés au traité car ils ne règlent que les rapports entre les organes de l'OHADA, l'organisation et les Etats parties. De ce fait les justiciables ne sont pas concernés par le traité et les règlements d'application.

On peut donc en conclure que la CCJA est compétente pour les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes

Comme nous l'avons étudié précédemment les Etats parties conservent leurs compétences en matière pénale. De ce fait, on peut constater à l'article 14 alinéa 3 que la compétence de la CCJA est exclut en ce qui concerne les décisions appliquant des sanctions pénales . Il faut souligner le fait que l'OHADA, est compétente pour inclure dans les actes uniformes des dispositions pénales, cependant les Etats parties doivent eux même déterminer les sanctions encourues selon l'article 5 alinéa 2. Si on poursuit la logique des rédacteurs, la CCJA peut apprécier les décisions pénales qui mettent en cause les dispositions d'incriminations mais par contre elle ne peut pas apprécier les décisions qui infligent des sanctions. Tout d'abord cette dissociation conduit à instituer des régimes différents dans les Etats parties. De plus, cela semble peu commode sur le plan de la procédure car la CCJA se prononce sur l'application correcte des dispositions d'incrimination pénales, pour envoyer par la suite en cas de cassation vers la juridiction nationale. Ainsi dans un souci d'efficacité, de rapidité, il serait alors souhaitable que la CCJA ne puisse connaître aucune décision pénale.

Pour conclure sur la mise en place de la CCJA, cette institution va contribuer à l'interprétation et à l'application commune du traité des règlement et des actes uniformes. On peut toutefois regretter que cette cour soit aussi compétente en matière de cassation ôtant de ce fait toutes compétence aux cours de cassation des Etats parties. Nous avons précédemment énoncé que le risque était de conduire à l'engorgement, et par conséquent à la lenteur des procédures. Une difficulté liée aux coûts peut se poser lorsqu'un litige opposant deux commerçants d'un même pays voient porter leur litige devant la CCJA, au lieu que ce soit la cour de cassation de leur Etat qui soit saisie. Cette procédure risque alors d'engager des frais supplémentaires pouvant constituer un frein aux pourvois en cassation⁶⁷.

⁶⁷ « Brèves réflexions sur le nouveau droit des affaires en Afrique francophone », *HEBDO informations*, 1998, n°377, pp. et 2.

b) La problématique du champ de compétence de l'OHADA posée par la multiplication des organismes d'intégrations.

Il faut constater que l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ne se réduit pas au seul Traité de l'OHADA, au contraire, il y a eu une intense activité normative dans ce domaine, en marge du traité OHADA, qui est la manifestation la plus récente, et peut être la plus générale. On a pu citer à ce sujet en propos liminaires le rôle du Bureau Africain et Malgache de Recherches et d'Etudes sur les Législations (BAMREL), le Traité instituant la Communauté Economique des Etats de l'Afrique Centrale (CEEAC). Il en est de même pour la compétence de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) qui prévoit dans son préambule de «donner une impulsion nouvelle et décisive au processus d'intégration en Afrique Centrale par une harmonisation accrue des politiques et des législations des Etats»

L'organisme dont l'objectif est le plus ambitieux, est d'inspiration plus communautaire, le Traité de l'Union Economique et Communautaire Ouest Africain (UMEOA) il établit des principes directeurs pour l'harmonisation des législations des Etats membres. Dans son article 60 alinéa 2 le Traité de l'UMEOA fait même référence à l'activité de l'OHADA, « compte tenu des progrès réalisés en matière de rapprochement des législations des Etats de la région dans le cadre de l'activité régulatrice de l'OHADA »

Le risque est donc grand de constater des recoupements de compétence entre ces deux organismes qui ont pour ambition d'intervenir dans des domaines du droit des affaires la difficulté s'est posée concernant le règlement du système comptable de l'ouest africain (SYSCOSA) adopté par l'UMEOA et le projet d'acte uniforme sur le plan comptable, qui sera adopté par l'OHADA. L'application des textes par les pays en même temps membres de l'UMEOA, et de l'OHADA va être une source de complication. Quelle sera la réaction de ces pays membres en cas de divergence entre les deux textes sur un même point ? Quel texte prévaudra sur l'autre ? cela est source d'insécurité juridique. Dans l'hypothèse d'un litige, quelle sera la juridiction de cassation compétente, celle de la cour commune de justice et d'arbitrage ou bien les juridictions nationales de cassation ?

Ainsi la compétence élargie de l'OHADA, peut soulever des difficultés ou même des conflits avec ces organisations internationales qui ont elles aussi vocation à unifier le droit des affaires dans les régions de leur compétence. Nous avons déjà cité le cas de l'UMEOA, il en est de même avec la CIMA (conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance) qui concerne les entreprises d'assurances .De même il existe des plans comptables dans le cadre de l'OCAM et du CIPRES qui est spécifique à la sécurité sociale

Ces organisations ont donc une vocation similaire à celle de l'OHADA, il peut de ce fait y avoir des interférences et se poser la question de la cohérence des différents textes d'unification.

Pour reprendre le cas des assurances cette matière est de la compétence de la CIMA, cependant rien n'empêche l'OHADA, d'avoir une activité normative dans ce domaine qui relève bien du droit des affaires surtout pour ce qui concerne des matières qui n'ont pas été encore étudiées par le code CIMA. Ainsi des interférences se sont déjà produites entre les deux organisations. Il s'agit des règles de constitution, et de liquidation des entreprises des assurances qui sont constitués en sociétés anonymes, ces dispositions viennent en concurrence avec celles de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE. Heureusement l'article 916 de l'Acte prévoit qu'il n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier.

Cette situation est identique pour ce qui est de l'OAPI (Organisation de la Propriété Intellectuelle). On peut penser que l'OHADA ne légifère pas en la matière. En effet, l'acte uniforme sur les sûretés ne contient pas de dispositions relatives au nantissement des propriétés intellectuelles, elle prend soin de renvoyer aux lois particulières dans ce domaine. Malheureusement il n'y a pas de réglementation aussi bien dans le cadre de l'OAPI ainsi que dans les lois nationales. Il y a de ce fait un risque double, soit trop de lois, soit un vide juridique comme c'est le cas en matière de nantissement des propriétés intellectuelles.

Nous l'avons déjà signalé mais il est peut être nécessaire de le rappeler, les textes dans le cadre de la CIMA et ceux sur la propriété industrielle concernant l'OAPI pourraient entrer dans le champ de compétence de l'OHADA, sous l'égide d'une même institution judiciaire qu'est la cour commune de justice et d'arbitrage⁶⁸.

⁶⁸ AHOYO A.-F. et AMOUSSOU-GUENOU R., « L'OHADA un outil de confiance », *L'autre Afrique* du 7 au 13 Octobre 1998, p.45.

CONCLUSION

Au terme de cette étude force est de constater que les Etats membres de l'OHADA se sont dotés d'un droit des affaires résolument moderne. Cette harmonisation constitue une réponse adéquate aux reproches sans cesse formulés à l'encontre de ce système judiciaire. Le processus de modernisation est désormais irrémédiable, notamment par l'entrée en vigueur régulière des Actes uniformes. La volonté des Etats membres de se doter d'un cadre juridique harmonisé témoigne de la préoccupation des Africains d'offrir un cadre propice à l'investissement. La réussite de cette entreprise est conditionnée par l'accueil des opérateurs économiques, car ce sont eux qui détermineront l'efficacité de la réforme. Bien entendu le succès de l'harmonisation repose aussi sur les acteurs de la vie judiciaire par la qualité de leur travail. Soulignons aussi le rôle important des politiques, afin d'assurer la stabilité, d'harmoniser les législations nationales avec les dispositions de l'OHADA, par l'adhésion à des Traités bilatéraux ou internationaux de protection des investissements. Au-delà d'une approche strictement juridique cet ambitieux projet contribuera sans aucun doute à donner une autre image du continent souvent mis à l'écart des grands changements opérés dans le Monde.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

Equipe HSD ARTHUR YOUNG INTERNATIONAL, Droit commercial et des sociétés en Afrique, EDICEF/AUPERLF, 1989, 175p.

GONIDEC P. F., *Les droit africains, évolutions et sources*, LGDJ, Paris, 1976.

TIGIER P., *Le droit des affaires en Afrique OHADA*, PUF, Que sais-je ?, n°3536, 127p.

SAYEGH J. I., POUGOUE P.-G., SAWADOGO F. M. (dir.), *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 1999, 1036p.

PRICE WATERHOUSE / FIDAFRICA, *Le nouveau droit des affaire en Afrique*, 35p.

VANDERLINDEN J., *Les systèmes juridiques Africains*, PUF, Que sais-je ?, n°2103, 127p

Articles de revues juridiques

ABESSOLO S., « Brèves réflexions sur le nouveau droit des affaires en Afrique francophone », *Hebdo informations*, n°377, avril 1998, pp.1-2.

AGBOYIBOR P. K., « Récents développements du projet d'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », *Revue de droit des affaires internationales*, n°3, 1996, pp.301-319.

AGBOYIBOR P. K., « OHADA, Nouveau droit uniforme des sociétés », *Revue de droit des affaires internationales*, n°6, 1998, pp.673-690.

AGBOYIBOR P. K., « OHADA, droit des affaires en Afrique », *Revue de droit des Affaires internationales*, n°3, 1999, pp.340-344.

AHOYO A.-F. et AMOUSSOU-GUENOU R., « L'OHADA : un outil de confiance », *L'autre Afrique* du 7 au 13 octobre, 1998, pp.44-45.

ALIBERT J., « Justice et développement économique : le point de vue des entreprises », *Afrique Contemporaine*, n°156, avril 1990, pp.72 -80.

BOLMIN M., BOUILLET-CORDONNIER G., MEDJAD K., « Harmonisation du Droit des Affaires dans la zone Franc », *Journal de droit international*, 1994, n°2, pp.375-392.

GERVAIS DE LAFOND T., « Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Gazette du palais*, 21 septembre 1995, (2^{ème} sem.), pp.1084-1087.

HOMMAN-LUDIYE et MISSAINHOUN J.-E., « La gestion des Sa et des SARL », *cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, pp.305-309.

ISSA SAYEG J., « L'OHADA instrument d'intégration juridique des pays Africains de la zone Franc », *Revue de jurisprudence commerciale*, n°6, juin 1998, pp.237-245.

ISSA SAYEG J., « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA », *Revue Unidroit*, Rome 1^{er} trimestre 1999.

- M'BAYE KEBA, « Avant propos » au numéro spécial OHADA, *Recueil Penant*, 1998, n°827, pp.125-128.
- KENFACK DOUAJNI G., « L'abandon de souveraineté », *Recueil Penant*, 1999, n°830, pp.125-134.
- KIRSCH M., « Historique de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique OHADA », *Recueil Penant*, 1998, n°827 (spécial OHADA), pp.129-135.
- LECANU P., « L'évolution de la loi du 24/07/1996 », *Revue des sociétés*, 1996, pp.485-500.
- Le MOCI, « OHADA les entreprises s'interrogent / L'Afrique francophone harmonise son droit des affaires », n°1372, 14 janvier1999, pp.62-67.
- LIKILLIMBA G.-A., « Où en est-on avec le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ? », *DALLOZ affaires*, n°27, 1997, pp.844-847.
- LOHOUES-OBLE J., « L'apparition d'un droit des affaires en Afrique », *Revue internationale de droit comparé*, n°3, 1999, pp.543-559.
- MBOSSO J., « Le rôle des juridictions nationales et le droit harmonisé », *Revue de droit international de droit des affaires*, n°2, 2000, pp.216-226.
- PAILLUSEAU J., « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés ! », *Recueil DALLOZ* 1999, 32^e cahier Chronique, pp.333-346.
- SALAH M. M. M., « La problématique du droit économique dans les pays du sud » (première et deuxième partie), *Revue internationale de droit économique*, 1998, T XII, 1, 1998 (1^{ère} partie pp. 19-34), T XII, 2, 1998 (2^{ème} partie pp.165-176).
- SAVADOGO L., « Le traité relatif à l'harmonisation du droit en Afrique », *Annuaire français de droit international*, n°40, 1994, pp.825-847.
- TAPIN D., « Droit des sociétés commerciales et du GIE en Afrique », *Recueil Penant*, 1998, n°827 (spécial OHADA), pp.186-203.
- TATY G., « Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la zone franc », *Recueil Penant*, n°830, pp.227-231.
- WITZ C., « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *DALLOZ* 2000, n°5, pp.79-83.
- ZINZINDOHOUE A., « Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé », *Revue de droit des affaires internationales*, n°2, 2000, pp.227-237.