

Tendance actuelle et perspective d'avenir du droit des groupements d'affaires de l'OHADA

Francis Riche Bilong Nkoh

Table des matières

Introduction

1. La prépondérance du souci d'*attractivité* – du droit des groupements d'affaires OHADA – des groupements ou des investissements étrangers
 - 1.1 Les raisons justificatives
 - 1.1.1 Les raisons endogènes
 - 1.1.2 Les raisons exogènes
 - 1.2 Les manifestations
 - 1.2.1. La présence considérable des principes institutionnels et des règles d'inspiration étrangère dans le droit des groupements d'affaires OHADA
 - 1.2.2. La réduction des moyens d'influence d'ordre juridique des pouvoirs publics locaux face aux groupements étrangers
 2. La remise en cause de la *sécurité juridique* à garantir par le droit des groupements d'affaires OHADA
 - 2.1. Au regard du contexte environnemental interne ou local
 - 2.1.1. La difficulté de réception et d'application des normes
 - 2.1.2. La relative efficacité des normes applicables
 - 2.2. Au regard du contexte environnemental mondial
 - 2.2.1. La négligence des réalités socioculturelles en matière juridique
 - 2.2.2. La négligence d'autres réalités
- Conclusion

Résumé

Le droit des affaires de l'OHADA est un droit qui, dans ses aspects substantiels ou processuels, porte sur les activités économiques de certains acteurs. Ceux-ci peuvent certes être des individus, mais ils peuvent également être des groupements ; c'est d'ailleurs ces derniers qui se voient concernés par l'ensemble des règles du droit des affaires, à la différence des acteurs individuels qui ne sont en principe pas concernés par les règles prévues pour les personnes morales. Il faut noter que le droit des groupements d'affaires de l'OHADA, dans sa tendance ou son aspect général actuel, se veut d'avantage attractif en faisant considérablement preuve du souci d'attirer les groupements d'affaires extérieurs pour plusieurs raisons. L'une d'elles, la majeure, serait par exemple que le développement des États membres de l'espace couvert par le droit de l'OHADA sera rendu plus facile au regard de l'importance des moyens financiers, techniques et technologiques de ces groupements d'affaires externes et de la rentabilité de l'investissement qui sera fait par eux. Toutefois, il serait possible de relever, au terme d'une appréciation qui appelle à la prudence ou à la mesure dans l'intérêt de tous (nationaux ou étrangers) que, les différentes manifestations de cette volonté ou de ce souci considérable d'attractivité peuvent cependant révéler ce que les raisons pourraient cacher le risque de remise en cause de la sécurité juridique (que le droit des affaires de l'OHADA est d'ailleurs censé garantir), tant au regard du contexte interne ou local que du contexte environnemental mondial.

Introduction

Le constat qui se dégage de prime abord lorsqu'une étude appréciative de l'évolution des différents systèmes qui régulent les affaires dans le monde est faite, est que les États expriment de plus en plus le besoin d'instituer un droit des affaires ou droit des activités économiques des entreprises¹ qui se voudrait efficace en terme de facilité à faire des affaires ou des échanges à caractère économique dans un climat de confiance au système élaboré à cet effet². Toutefois, il semble que la satisfaction de ce besoin peut parfois se réaliser dans une insuffisante prudence ou mesure à l'égard de ce que certains éléments, de la démarche suivie pour y parvenir, auraient comme revers ou impact négatif.

En effet, pour élaborer le système de régulation des affaires ou du moins de certaines matières y relatives, les États font de plus en plus recours à la technique d'intégration qui se voudrait d'avantage régionale³. L'intégration est une forme

d'organisation au sein de laquelle plusieurs États se fondent dans un ensemble en abandonnant certaines compétences -en ce qui concerne le plan de développement économique ou social de la communauté qu'ils constitueront de ce fait- à des organes

¹ Pour cette définition du droit des affaires, voir Hilarion Alain BITSAMA, *Dictionnaire du droit OHADA*, 1^{ère} éd., Pointe-Noire, IPC, 2003, p.74. Selon une définition donnée par Yves GUYON qui permettrait de compléter la première, il s'agit également d'une branche du droit privé qui, par dérogation au droit civil, régleme de manière spécifique la plupart des activités de production, de distribution et de services. Yves GUYON, *Droit des affaires*, t. 1 « Droit commercial général et sociétés », 12^e éd., Paris, Éditions Economica, 2003, p.3.

² La facilité-pour les acteurs- à faire des affaires » est d'ailleurs un critère largement utilisé (au moyen d'indicateurs précis) par des institutions internationales ou à leur initiative, à l'instar de la Banque Mondiale (à travers le rapport « *Doing Business* » depuis 2003), pour évaluer l'efficience ou l'efficacité ou du moins la bonne qualité d'un système.

³ Après les souverains comme Napoléon qui avait entrepris l'expansion du Code civil français dans le monde (cf. « Le Code Civil ou Code Napoléon : 1804-2004 (Dossier Mars 2004) », *Association Thucydide*, mars 2004, en ligne : http://www.thucydide.com/realisations/comprendre/code_napoleon/code4.htm (consulté le 10 mai

2017), il faut d'abord noter que ce sont l'Union des Républiques Soviétiques et Socialistes (U.R.S.S.) et les États-Unis d'Amérique qui semblent avoir orienté le mouvement qui sera considéré de nos jours comme « l'intégration » en raison du fait que chacun d'eux *intégrait* plusieurs États formant ensemble un seul bloc (sans oublier que le Royaume-Uni avait déjà depuis 1707, puis 1800, en son sein plusieurs territoires soumis à l'autorité d'un seul souverain et d'un seul parlement-*Westminster*- à travers une certaine intégration). L'U.R.S.S. aura ainsi un code civil dès 1922 à partir d'un projet datant de 1882 de la Commission pour l'élaboration d'un Code civil (cf. Alexandre L. MAKOVSKY, « Histoire et esprit du Code civil russe », (2009) 3 *R.I.D.C* 482 et suiv.), ce Code aidant entre autre à l'affermissement du système socialiste de l'économie, à l'augmentation des effets des investissements de capitaux, à l'achat par l'État des produits agricoles, au développement du commerce soviétique (Cf. M. FRIDIEFF, « Les fondements de la législation civile de l'U.R.S.S. et des Républiques fédérées » et les « fondements de la procédure civile de l'U.R.S.S. et des Républiques fédérées » », (1962) 14-1 *R.I.D.C* 71 et suiv. Tandis que les États-Unis vont mettre sur pied un Code en matière commercial (Uniform Commercial Code) en 1952 (même s'il est par la suite révisé en 1957), sous l'initiative d'une conférence nationale sur l'uniformisation du droit des États-Unis de 1891 (cf. A. FARNSWORTH, « Le droit commercial aux États-Unis d'Amérique », (1962) 2 *R.I.D.C* 313). Par la suite, le mouvement d'intégration du droit économique prendra sa forme communautaire internationale avec la Communauté européenne du charbon et de l'acier (1950) et la Communauté économique européenne (par le traité de Rome de 1957) devenues aujourd'hui Union Européenne (depuis 1986) ; ensuite, naîtront entre autre l'Association des Nations d'Asie du Sud-est (1967), le Marché commun du Sud en Amérique du Sud (1991) et enfin l'OHADA en Afrique (1993). Il faut cependant se demander si l'intégration, au regard des lointaines circonstances ou du contexte dont elle tire ses origines, n'exposerait-elle pas à des dangers sur le plan culturelle ou économique des États qui se réclament souverain.

à compétence supranationale⁴. Parmi les compétences des organes à vocation supranationale en matière économique, il serait possible de citer l'élaboration de règles ou des simples normes communes⁵ régissant les affaires, ou du moins, certains aspects de la vie économique. En Afrique par exemple, l'OHADA⁶ constitue l'exemple concret d'un espace au sein duquel les États, par le biais d'un traité (le traité OHADA), ont décidé de soumettre les activités économiques à des règles communes. Ces dernières constituent alors le droit des affaires OHADA qui est contenu, pour chaque domaine visé par les règles qui en sont issues, dans un Acte uniforme⁷ spécifique. Il peut être, en fonction du champ régi par le droit des affaires OHADA, de fond. Il s'agira en l'occurrence du droit qui touche aux aspects suivants : les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique, les sociétés coopératives, le commerce, les sûretés, le transport de marchandises par route ou la comptabilité. Il peut également être de forme. Ici, seront surtout concernés le droit qui porte sur les domaines suivants : les procédures collectives, les procédures

simplifiées de recouvrement et voies d'exécution ou enfin l'arbitrage. Cet ensemble comporte pour l'essentiel des règles actuellement en vigueur. Mais, il existe également un ensemble de règles en projet ou en cours d'élaboration; il s'agit par exemple de celles qui portent sur les contrats ou sur le droit du travail. Les règles du droit des affaires de l'OHADA qui viennent d'être évoquées portent d'une manière générale sur les activités économiques soit des acteurs économiques individuels pris singulièrement, soit des acteurs économiques constitués sous forme de groupement. D'ailleurs, certains aspects du droit des affaires de l'OHADA ne concernent que les groupements (personnes morales), à l'instar des règles du droit des sociétés (commerciales ou coopératives), même si certaines sociétés commerciales peuvent être constituées par un seul acteur économique (société unipersonnelle)⁸. Une meilleure étude de l'évolution du droit des affaires OHADA exige donc que l'on parle d'une manière générale du droit des groupements d'affaires, dans la mesure où certains aspects ne seront pas négligés ou ignorés. D'ailleurs, la plupart des acteurs qui sont en général considérés comme les investisseurs (étant donné que le droit des affaires fait partie du droit des investissements)⁹, sont en grands nombre constitués sous la forme de groupement et notamment, pour les investisseurs étrangers, de société anonyme (multinationales)¹⁰.

⁴ Voir Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, Éditions PUF, 2011, p. 556 ; Hilarion Alain BITSAMA, préc., note 1, p. 115 et 116 .

⁵ En effet, ces règles s'appliqueront dans l'ensemble des États membres de la communauté visée ici, ou du moins, dans l'espace constitué par eux.

⁶ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires institué par le Traité de Port-Louis (Îles Maurice) du 17 octobre 1993 et révisé à Québec (Canada) le 17 octobre 2008 qui compte 17 pays ayant décidé de réaliser une intégration juridique précédant l'intégration économique.

⁷ Pour les détails concernant chacun des actes uniformes de l'OHADA, cf. Joseph ISSA-SAYEGH, Paul-Gérard POUGOUE, Filiga Michel SAWADOGO (dir.), *OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 4^e éd., Paris, Juriscope, 2014. Cependant, un acte Uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a été adopté le 10 septembre 2015 à Grand-Bassam (Côte d'Ivoire).

⁸ Les sociétés de capitaux notamment.

⁹ Cf. par exemple *Charte des investissements du Cameroun*, art. 10.

¹⁰ En effet, les premières formes de la multinationale moderne qui se trouvait dans les pays précurseurs du capitalisme adoptaient des structures proches de l'actuelle société anonyme (avec plusieurs actionnaires). Cf. « Firmes multinationales », *Wiki Rouge*, en ligne : http://www.wikirouge.net/Firmes_multinationales (consulté le 10 mai 2017).

Il faut préciser que la mise en place du droit des groupements d'affaires OHADA tel que présenté s'est fait dans l'objectif de garantir le développement économique des États membres, en assurant d'une part la sécurité juridique des activités économiques¹¹ afin d'autre part de favoriser et encourager l'investissement¹², et donc, d'amener les acteurs à investir dans l'espace OHADA¹³. Cependant, quelle appréciation objective peut-on faire actuellement de l'évolution du Droit des groupements d'affaires OHADA au regard des objectifs spécifiques sus-évoqués, notamment la sécurité juridique des activités économiques et l'attractivité économique de l'espace OHADA?

L'appréciation *théorique* de l'évolution historique du droit des groupements d'affaires OHADA laisse apparaître qu'il y a en réalité une prépondérance du souci d'attractivité des investisseurs surtout étrangers (1); toute chose qui peut remettre en cause la sécurité juridique que ce droit doit garantir (2).

1. La prépondérance du souci d'attractivité – du droit des groupements d'affaires OHADA – des groupements ou des investissements étrangers

La prépondérance du souci d'attractivité, c'est-à-dire du souci d'amener et/ou de maintenir les groupements ou les investisseurs étrangers se justifie par l'existence de raisons (1.1) qui permettent de l'attester en plus de ses -possibles- manifestations (1.2).

1.1 Les raisons justificatives

Les raisons qui permettent de justifier de l'importance du souci d'attractivité du droit des groupements d'affaires OHADA sont aussi bien endogènes (1.1.1) qu'exogènes (1.1.2).

1.1.1 Les raisons endogènes

Les raisons endogènes sont celles qui sont propres aux États membres de l'OHADA. L'une d'elle est historique ou lointaine (ou négative), c'est-à-dire qu'elle tire son origine du passé et surtout des grands événements qui ont marqué l'histoire des États concernés. Parmi ces événements, il faut citer la colonisation avec les différents régimes d'administration qui en ont résulté (le régime de mandat, puis de tutelle) afin de conduire les peuples africains à leur indépendance. En effet, la plupart des pays francophones membres de l'OHADA et notamment une partie du Cameroun (la partie orientale) ont admis d'une manière ou d'une autre l'application du droit civil français depuis la période de mandat en leur sein¹⁴. Pour les pays non francophones membres, et notamment hispanophone (la Guinée équatoriale) ou lusophone (la Guinée Bissau), ce sont les règles de droit provenant respectivement de l'Espagne et du Portugal qui s'appliquaient comme droit commun¹⁵. Le passé colonial ou surtout la crainte de défiance de l'ex-colonisateur, a amené les pays africains à conserver et à consolider les textes ainsi hérités au détriment de la coutume qui se voit de plus en plus marginalisée, notamment dans le système de régulation des activités économiques¹⁶. C'est

¹¹ Pierre MEYER, «La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », 855 *Penant* 151.

¹² Le préambule du traité OHADA mentionne d'ailleurs qu'il est essentiel pour le droit OHADA *d'encourager l'investissement*.

¹³ Joseph KAMGA, « L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les États Partie », (2012) 5 *Revue des juristes de science* po. 44.

¹⁴ Au Cameroun, c'est un décret du 22 mai 1924 qui a étendu l'application du Code civil français au Cameroun.

¹⁵ Charles NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, Namur, Presses universitaires de Namur, 2005, p. 7.

¹⁶ Ceci malgré le fait que les populations continuent de recourir à certaines règles ou principes relevant de la « coutume » dans leurs rapports économiques.

dans ce sens que le droit considéré comme l'héritage du passé colonial (droit de l'ex-colonisateur) est même considéré chez les africains comme une réalité ou spécificité culturelle qui leur est propre¹⁷, ou simplement comme leur tradition juridique¹⁸. Puisque le droit qui doit réguler les activités économiques est sensé s'inspirer – entre autres sources - « des traditions africaines » en matière juridique¹⁹, il semble clair que le droit qui sera issu de l'OHADA, constitué en majeure partie d'ex-colonies, sera calqué en grande partie sur un modèle étranger (celui de l'ancienne puissance métropolitaine notamment) au véritable modèle traditionnel des pays concernés. C'est ainsi qu'en suivant une démarche qui vise à faire correspondre le droit OHADA à celui des États étrangers à l'OHADA, les étrangers concernés seront plus incités à venir investir dans un espace où les règles leur sont familières, ou du moins, pas totalement étrangères. Dès lors ce droit se veut dès son essence ou ses origines, attractif²⁰. Ainsi, les règles de droit en Afrique seront davantage dites modernes et attractives d'autant qu'elles sont proches ou identiques à celles des anciennes métropoles.

D'ailleurs, dans le domaine social, la place de la coutume demeure importante dans la pratique. Voir Jean-Marie TCHAKOUA, *Introduction au droit camerounais*, Yaoundé, Presses Universitaire de l'UCAC, 2008, n° 21, p. 26.

¹⁷ Voir dans ce sens Marcel FONTAINE, « Note explicative à l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », (2008) *Rev. dr. uni.* 567.

¹⁸ Boris MARTOR et Sébastien THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », (2004) 5 *J.C.P.* 6.

¹⁹ Paul-Gérard POUGOUE « Mission et organisation de l'OHADA », *Ohadata* D-13-01, p. 6.

²⁰ Ceci permettra ainsi, selon Jean PAILLUSSEAU, « Aux financiers européens d'évoluer dans un environnement juridique familial », dans *Le droit de l'OHADA, un droit très important et original*, (2004) 5 *J.C.P.* 3.

L'autre raison endogène actuelle (ou positive) qui peut être invoquée pour justifier le souci considérable d'attractivité est que la quête du développement économique est au cœur du discours des pouvoirs publics d'Afrique subsaharienne. Et, comme certains pays sont considérés comme étant économiquement plus développés ou plus modernes, il faut donc employer les mêmes moyens ou les mêmes instruments (juridiques notamment) que ceux-ci ont utilisés pour parvenir au niveau de développement qui leur donne le statut qu'ils ont actuellement²¹. Le droit, et surtout le droit régissant les activités économiques étant l'un de ces moyens, les États membres de l'OHADA (en majeure partie moins développés) vont donc considérablement s'inspirer du droit des pays dit développés, ou du moins, de certains d'entre eux, pour réguler les affaires au sein de leur espace commun. D'ailleurs, cette entreprise semble même consolidée par le fait que la plupart de ces pays dits développés étant les anciennes métropoles, les États africains concernés ont vivement souhaité leur ressembler²². C'est ainsi qu'une fois de plus, le fait de suivre une logique qui conduit à instituer un système similaire à celui d'un autre peut apparaître comme un élément qui justifierait le souci considérable de l'attirer ou à le maintenir.

En dehors des raisons endogènes ou propres aux États membres de l'OHADA, il en existe qui leur sont extérieures.

1.1.2 Les raisons exogènes

Les raisons exogènes sont celles qui sont extérieures aux États membres de l'OHADA. La plupart proviennent notamment des

²¹ Moussa THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », (2005) 2 *R.I.D.C.* 380 et 381.

²² Zoueu MBENG TATAW, *L'unification du droit de la famille au Cameroun*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2010, p. 187 et 188.

exigences requises par les organismes internationaux, et notamment de ceux qui sont considérés comme les bailleurs de fonds, à l'instar de la Banque mondiale ou du FMI (Fond Monétaire International). En effet, la Banque mondiale (constituée d'un groupe d'institutions) a dans ses missions d'accorder aux pays en développement des prêts assortis de faibles taux d'intérêt, des crédits sans intérêts ou encore des dons en vue d'appuyer des investissements dans un vaste éventail de secteurs. De même qu'elle fournit ou mobilise également des financements par le biais de fonds fiduciaires constitués en partenariat avec des bailleurs de fonds bilatéraux et multilatéraux²³. Et dans ce cadre, elle appuie techniquement les pays qui en ont besoin ou surtout ceux qui sont bénéficiaires de leur appui financier. En ce qui concerne le FMI, l'un de ses rôles est d'examiner les politiques économiques des pays, et l'évolution économique et financière à l'échelle nationale, régionale et mondiale, dans le cadre formel de sa mission de surveillance et de conseil²⁴. C'est ainsi que dans leurs missions respectives, ces deux institutions internationales peuvent soit imposer aux États qui ont un système de régulation des affaires jugé par elles défectueux une certaine logique, soit les amener à prendre des mesures propres à les rendre conforme à certains standards, qui, dans la plupart des cas, auraient *pour finalité de rendre le système plus attractif*, afin d'inciter l'investissement étranger jugé plus

²³ « Ce que nous faisons », *La Banque Mondiale*, en ligne :

<http://www.banquemondiale.org/fr/about/what-we-do> (consulté le 10 mai 2017).

²⁴ FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL, « Le FMI en un clin d'œil », 23 mars 2016, en ligne : <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/fre/glancef.htm> (consulté le 10 mai 2017).

rentable économiquement pour les pays en développement²⁵.

Au-delà du FMI et de la Banque mondiale, d'autres partenaires bilatéraux ou multilatéraux²⁶ et des groupement étrangers généralement considérés comme investisseurs étrangers, exerceraient une influence sur le droit des affaires des États membres en opposant comme condition pour investir, la conformité du droit des affaires dans l'espace OHADA avec celui qui leur conviendrait le mieux ²⁷ .

²⁵ D'ailleurs les administrateurs du FMI, dans un Manuel des Accords de la Facilité pour la Réduction de la Pauvreté et pour la Croissance (FRPC), « [...] ont estimé qu'il était nécessaire d'accorder davantage d'attention dans les programmes appuyés par la FRPC aux sources de la croissance et aux réformes structurelles *pour encourager le développement du secteur privé, accroître l'investissement direct étranger* [...] lorsque ces buts sont cruciaux pour la réussite du programme appuyé par le FMI. » (Cf. Encadré 4. (*in fine*) relatif aux Principales caractéristiques de la FRPC, contenues dans le rapport d'évaluation du Bureau indépendant d'Évaluation du FMI, FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL, BUREAU INDEPENDANT D'ÉVALUATION, « Le FMI et l'aide à l'Afrique subsaharienne », 12 mars 2007, en ligne : <https://www.imf.org/external/NP/ieo/2007/ssa/fra/pdf/031207f.pdf> (consulté le 10 mai 2017); tout en notant que le FMI fait appel aux compétences de la Banque mondiale (dans le cadre de la coopération FMI-Banque Mondiale) pour la conception de programmes appuyés par la FRPC (FONDS MONETAIRE INTERNATIONAL, « Facilité pour la réduction de la pauvreté et pour la croissance (FRPC) », octobre 2007, en ligne : <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/fre/prgf.htm> (consulté le 10 mai 2017). L'investissement étranger est également promu, au chapitre sur le renforcement de la coopération financière et technique internationale, par la Conférence Internationale sur Financement au Développement (Consensus de Monterrey) du 22 mars 2002.

²⁶ Pays tiers ou communauté de Pays avec l'on a conclu un accord d'investissement.

²⁷ Laurent BENKEMOUN, pense en effet que « l'OHADA répond d'abord aux attentes des investisseurs internationaux », relativement au fait que le Préambule du Traité OHADA parle « d'encourager

L'investissement direct étranger ainsi que son apport à l'économie étant considérablement important dans les États membres de l'OHADA²⁸, il ne serait donc pas surprenant de voir que le droit des affaires de l'OHADA est mis en place dans le souci de les maintenir ou de les inciter davantage à venir investir. D'ailleurs, par leur poids économique, il ne serait pas surprenant de voir que les multinationales influencent de manière considérable la mise sur pied de textes proches de ceux de leurs pays d'origine (siège social) au regard des capitaux importants qu'ils présenteraient aux États d'accueil.

L'ensemble des raisons évoquées ci-dessus peuvent permettre de voir comment se manifeste le souci d'attractivité des groupements étrangers.

1.2 Les manifestations

L'importance du souci du droit des groupements d'affaires OHADA d'inciter les étrangers ou d'amener ceux-ci à investir dans l'espace OHADA peut clairement apparaître de deux différentes manières. D'abord, il serait possible de relever la présence considérable des principes institutionnels et des règles d'inspiration étrangère dans le droit des groupements d'affaires OHADA (1.2.1). Ensuite, l'on peut noter la réduction des moyens d'influence d'ordre juridique des pouvoirs publics locaux face aux groupements étrangers (1.2.2).

l'investissement », dans « Sécurité juridique et investissements internationaux », 855 *Penant* 193.

²⁸ Voir à ce sujet Claire MAINGUY, « L'impact de l'investissement direct étranger sur les économies en développement », (2004) 4 *Revue Région et Développement* 70. L'auteur précise qu'il faut quand même nuancer cette importance.

1.2.1 La présence considérable des principes institutionnels et des règles d'inspiration étrangère dans le droit des groupements d'affaires OHADA

De prime abord, l'importance du souci d'attractivité du droit des groupements d'affaires de l'OHADA apparaît clairement dans le fait que le droit des affaires de l'OHADA cherche à créer aux investisseurs et notamment étrangers, qui ont des moyens financiers ou des capitaux et des ressources techniques et technologiques plus importantes que ceux des acteurs ou opérateurs locaux, un cadre qui leur est familier²⁹. Pour ce faire, il reprend l'esprit, l'idéologie ou les principes véhiculés par la tradition des systèmes étrangers, mais surtout du droit français. Parmi ces principes, il en existe qui peuvent parfois servir de fondement à certaines règles de droit privé en général (l'individualisme légitimant lui-même le libéralisme³⁰ ainsi que les principes qui en résultent) et en particulier à celles du droit des affaires (la liberté de commerce et d'industrie³¹ notamment). En outre, le droit des affaires de l'OHADA reproduit les institutions juridiques (formes de sociétés-commerciales ou coopérative³², certaines garanties de

²⁹ J. PAILLUSSEAU, préc., note 20.

³⁰ Lire à ce sujet A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, 1^{ère} éd., Paris, Que sais-je ?, Le point des connaissances actuelles, 1993. L'auteur considère d'ailleurs *l'individualisme* comme « le paradigme de la civilisation l'Occident » (p. 1) en l'opposant au communautarisme (n° 4, p. 7).

³¹ Le principe de liberté du commerce et de l'industrie est issu du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 (en France), qui lui-même est issu de *la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* lors de la révolution française (influencé par la révolution américaine), et donc de l'individualisme ou du libéralisme.

³² Depuis 1673 les sociétés en commandite et les sociétés en noms collectifs en France ; la SARL y est régie depuis de *la Loi du 23 et 29 mai 1863 (suivie par la loi du 07 mars 1925)*, tandis que la SA est régulée depuis *la Loi du 24 juillet 1867* ; selon un auteur, cette

crédit ou certains instruments de paiement³³) ou spécifiquement judiciaires (juridictions, magistrat, procédures et modes de règlement de conflits³⁴ existant déjà dans la tradition des étrangers ou du moins, dans leur système.

Cette reprise ne se limite pas simplement à l'esprit des textes, mais, elle reprend aussi d'une manière importante la lettre des textes provenant de l'étranger ; et notamment la langue (le français), terminologie ou les notions, l'architecture ou la structuration formelle des textes, et même le caractère évolutif ou changeant des textes³⁵.

Tout ceci se fera alors dans le but de convaincre l'étranger de ce que s'il s'engage à investir dans un État membre, il ne sera pas « dépaycé »³⁶.

La réduction des moyens d'influence d'ordre juridique des pouvoirs publics locaux face aux groupements étrangers constitue une autre manifestation de l'importance du souci

loi reconnaît aussi indirectement l'existence de la coopérative qui existait déjà en Europe depuis fort longtemps (cf. Loïc SEEGER, « Historique de l'évolution du droit des coopératives de ses origines à nos jours », (2014) 333 *Recma* 63). Notons que les sociétés par actions (sociétés de capitaux) existaient en Europe depuis 1192, préparant ainsi le terrain du capitalisme.

³³ Il existe depuis le 14 juin 1865 une loi en France sur les chèques. La lettre de change est utilisée depuis le moyen-âge en Europe.

³⁴ Le Code de procédure civile français de 1807 de prévoyait déjà bon nombre de ces institutions.

³⁵ Certaines modifications sont parfois opérées sous la pression de se conformer aux standards, c'est-à-dire à ce qui se fait déjà à l'étranger comme nouveau model. J. PAILLUSSEAU estime à cet effet, qu'il est impératif pour les africains, traditionnellement *conservateur* (de valeurs), d'adapter le droit des affaires à l'évolution économique « actuelle » et aux besoins « des entreprises », comme en France ou dans les pays occidentaux, où le droit des affaires est mis à jour en permanence et les textes y relatifs sont constamment modifiés ». J. PAILLUSSEAU, préc., note 29, n°2, p. 1.

³⁶ *Id.*

d'attirer les étrangers du droit des affaires de l'OHADA, en plus de la présence considérable des principes institutionnels et des règles d'inspiration étrangère.

1.2.2 La réduction des moyens d'influence d'ordre juridique des pouvoirs publics locaux face aux groupements étrangers

La réduction des moyens d'influence d'ordre juridique des pouvoirs publics locaux est généralement considérée comme un moyen institué afin de permettre à l'investisseur étranger de ne pas craindre la puissance publique et ainsi, de le protéger contre toute forme d'abus dont il pourrait être victime³⁷ ; ceci afin d'éviter *un aléa de souveraineté*³⁸. Cette faiblesse se manifeste en droit OHADA, tout comme dans les systèmes dont celui-ci s'inspire, de deux manières : sur le plan substantiel et sur le plan processuel.

Sur plan substantiel, le vaste mouvement de privatisation encouragé par les bailleurs de fonds comme il a été relevé³⁹, permet aux États ou à leurs démembrements (collectivités publiques ou établissements publics) d'effectuer des transactions comme des acteurs ordinaires du commerce, c'est-à-dire comme des personnes de droit privé, avec un investisseur étranger. D'ailleurs, puisqu'il ne lui est en principe pas interdit de compromettre, c'est-à-dire de souscrire à une convention d'arbitrage⁴⁰, il peut

³⁷ Voir dans ce sens Pascal MUKUNDE MUSULAY, « Droit des affaires en Afrique subsaharienne et économie planétaire », Genève, (2015) 3 *Globethics.net African Law* n° 90 et suiv. L'auteur aborde la question dans le cadre de *l'idylle entre offreur et demandeur d'investissement*.

³⁸ Lire pour plus de détails, Dorothé Cossi SOSSA, « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », (2010) *Revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial*, p. 115 et suiv.

³⁹ *Supra*, note 25 et suiv.

⁴⁰ Cf. art. 2 (2) de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage.

désormais se voir appliquer des règles de droit privé nationales ou étrangères comme tout opérateur privé⁴¹. Il n'est donc plus simplement dans le cas précis l'entité qui est censée garantir aux investisseurs ou aux hommes d'affaires un meilleur cadre et des conditions favorables aux échanges économiques aisés, mais, il devient un véritable acteur ou partie prenante à l'activité commerciale. Il apparaît donc clairement ici que l'État fait savoir à l'investisseur ou au groupement d'affaire étranger, pour inciter ce dernier, qu'ils traiteront à égalité d'armes, et parfois qu'il peut même avoir un traitement favorable qui lui sera accordé (à lui l'étranger)⁴².

Sur plan processuel, il est communément admis en droit comparé et en droit international que le fait pour une personne morale de droit public de recourir à l'arbitrage vaut renonciation à son immunité de juridiction, et surtout, d'exécution⁴³. Il en

est de même en droit OHADA où, malgré l'existence du principe de l'immunité d'exécution reconnue aux personnes morales de droit public, un juge camerounais a rendu une décision respectant cette logique du droit comparé ou du droit international (en matière d'investissement privé étranger), et ceci dans l'esprit du Traité relativement à la protection des investissements⁴⁴. En effet, puisque le recours à l'arbitrage est en principe encouragé par le Traité OHADA et recommandé les Nations Unies pour la résolution de différends pouvant survenir en matière d'investissement privé internationaux, c'est-à-dire entre un investisseur étranger et un État⁴⁵, il apparaît clairement ici une volonté de motiver l'étranger à investir, faite par le droit des affaires de l'OHADA⁴⁶. D'ailleurs, l'une des

⁴¹ Puisque la convention d'arbitrage qui peut être une clause compromissoire, peut prévoir l'application d'un droit des affaires que les parties auront la liberté de déterminer (cf. à l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage, art 15 (1)).

⁴² Sur les clauses qui peuvent même être insérées dans les accords d'investissements, voir P. MUKUNDE MUSULAY, préc., note 37.

⁴³ Plusieurs décisions ont notamment été prises dans ce sens sur la base des principes mis en place non seulement par la jurisprudence étrangère (française notamment) en matière d'investissement direct étranger (Cass. 9 juillet 1992, *Rev. Arb.* 1994.133, note Ph. THERY ; Rouen, 20 juin 1996, *Société Bec Frères c. Offices des Céréales de Tunisie*, 1997. 263, note É. GAILLARD ; Cass. Civ.1^{ère}, 6 juillet 2000, *Société Creighton limited c. Ministère de l'État du Qatar*, *Rev. Arb.* 2001.101, note Ph. BOULANGER), mais aussi par des législations étrangères, à l'instar des législations des pays développées comme celle des États-Unis, du Canada ou du Royaume-Unis (cf. Gaston KENFACK DOUJANI, « Les États parties de l'OHADA et la Convention des Nations-Unies sur les immunités juridictionnelles des États et leurs biens », (2006) 32 *Revue camerounaise de droit de l'arbitrage* 6 et 7). L'esprit de la *Convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales*

internationales, conclue sous les auspices des Nations Unies, a aussi pour objectif, au regard de l'exposé des motifs de ladite Convention, de donner pleine efficacité aux sentences arbitrales étrangères (à laquelle le Cameroun, membre de l'OHADA, est membre selon l'art.11 de la Charte camerounaise des investissements).

⁴⁴ T.G.I. de Buéa, *APC c. SONARA*, 13 août 2002, inédit. Décision rendue en exéquatur d'une sentence arbitrale rendue à Londres le 17 avril 2002.

⁴⁵ Cf. la Loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 amendée en 2006 et le *Traité OHADA* (qui promeut d'ailleurs l'arbitrage comme mode de règlement des différends contractuels) de même que la Convention (des Nations-Unis) de Washington pour le règlement des différends entre État et ressortissants d'autres pays créant et organisant le CIRDI (à laquelle le Cameroun est d'ailleurs membre selon l'art. 11 de la *Charte des investissements*).

⁴⁶ En effet, selon certains auteurs, bien que l'art. 30 de l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement de créances et des voies d'exécution prévoit une immunité d'exécution au profit des personnes morales de droit publiques, la logique mise en place par le Préambule du *Traité OHADA* (qui encourage le recours à l'arbitrage en faisant sa promotion comme mode de règlement des différends contractuels, de même qu'il vise à mettre les investisseurs en confiance en

clauses de la convention d'arbitrage peut valablement prévoir que l'État ou son émanation en cause renonce à son immunité d'exécution⁴⁷, puisque l'arbitrage ne serait valable dans les domaines où les parties ont la libre disponibilité de leur droit⁴⁸. La saisie des biens de la personne morale de droit public sera donc possible. Une décision d'un juge congolais de Brazzaville a été rendue dans ce sens⁴⁹. Bien que cette solution exclue traditionnellement, parmi les biens à saisir, la catégorie affectée à une mission de service public⁵⁰, elle peut tout de même être contournée si la personne morale en cause déclare dans la convention d'arbitrage

œuvrant pour la garantie de la sécurité juridique de leurs activités économique, afin de les inciter à investir) ou des dispositions de l'Acte uniforme OHADA sur l'arbitrage (art.2 al. 2 de l'Acte uniforme OHADA sur l'arbitrage n'interdit pas aux personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage-avec la possibilité d'insérer des clauses de renonciation à l'immunité) peuvent apparaître comme des éléments pouvant intervenir en faveur de l'exclusion de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit publiques. G. KENFACK DOUAJNI, préc., note 43, p.17; Filiga Michel SAWADOGO « L'immunité des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA (à propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2005, affaire *Aziablévi yovo et autres c. TOGO Télécom*) », (2010) *Revue camerounaise de l'arbitrage* 159.

⁴⁷ Gaston KENFACK DOUAJNI, « Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des États », (2005) 30 *Revue camerounaise de l'arbitrage* 3 in fine.

⁴⁸ Art. 2 (1) de l'Acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage.

⁴⁹ Voir l'Ordonnance du 9 novembre 2001 rendu, en reconnaissance de la sentence CCI du 3 décembre 2000, par le tribunal de commerce de Brazzaville par laquelle le juge congolais a admis la levée de l'immunité pour permettre la saisie des biens d'une personne morale de droit public dans l'affaire *COMMISIMPEX c. Caisse congolaise d'amortissement*.

⁵⁰ Paris, 10 août 2000, affaire *Société suisse NOGA c. Fédération de Russie*; Paris, 17 mai 2001, affaire *Winslow Bank c. République du Cameroun*. Voir aussi Civ. 1^{ère}, 6 fév. 2007, affaire *Société nationale pétrolière du Congo c. Société Walker international Holdings*, (2007) 1 *Rev. Arb.* 138. et (2007) 3 *Rev. Arb.* 483, note L. Franc-Menget.

précise que l'actif soit affecté, soit à ses missions régaliennes de souveraineté⁵¹, soit à une activité privée (ici l'actif peut faire l'objet de saisie). Or cette distinction serait remise en cause, car, seul leur régime juridique diffère, mais tous restent et demeurent les biens de l'État et toutes les deux catégories de biens ont la même finalité : la satisfaction de l'intérêt général⁵². Si le droit des groupements d'affaires se montre considérablement attractif à l'égard des investisseurs étrangers, il serait dès lors possible de redouter l'état de la sécurité juridique dans l'espace couvert par l'OHADA.

2. La remise en cause de la sécurité juridique à garantir par le droit des groupements d'affaires OHADA

La remise en cause de la sécurité juridique peut s'apprécier aussi bien au regard du contexte interne ou local à l'espace OHADA (2.1) qu'au regard du contexte environnemental mondial (2.2) qui prévaut actuellement.

2.1 Au regard du contexte environnemental interne ou local

Au regard du contexte interne ou local qui prévaut actuellement, il existe d'une part une difficulté de réception et d'application des normes issues du système de régulation des affaires OHADA qui peut amener à conclure que pour l'heure la remise en cause de la sécurité juridique dans l'espace OHADA semble être une réalité (2.1.1). En plus de la difficulté de réception et d'application des normes, la relativité de l'efficacité de ce droit viendrait conforter cette idée (2.1.2).

⁵¹ Voir dans ce sens Philippe LEBOULANGER, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », (2010) *Revue camerounaise de l'arbitrage* 134.

⁵² Voir dans ce sens Hind HAKKOU, « Les fonctions du domaine public national », mémoire de master, Rabat, Université de Mohammed V, 2010, disponible en ligne : www.memoireonline.com (consulté le 10 mai 2017).

2.1.1 La difficulté d'adhésion sociale et d'application des normes

La difficulté d'adhésion sociale (d'accueil ou de réception) et d'application des normes issues du droit des affaires de l'OHADA est intimement liée aux questions respectives de légitimité et d'effectivité du droit des affaires.

Concernant d'abord la difficulté de réception, le droit des groupements d'affaires de l'OHADA selon un auteur, souffrirait d'une crise « de légitimité », en raison du fait qu'il s'agit « d'un droit imposé venu d'en haut »⁵³. En effet, de nombreuses institutions (principes, règles ou mécanismes et organes ou structures judiciaires) provenant d'ailleurs, comme il a été relevé⁵⁴, peuvent se révéler différentes de celles auxquelles ils sont habitués. Une telle situation peut donc amener les populations ou les acteurs qui doivent intégrer ces institutions à les refouler⁵⁵. Ceux-ci vont donc porter leur choix dans leur rapport vers d'autres institutions qu'ils maîtrisent le mieux et qui se rapprochent le mieux de celles vis-à-vis desquelles ils sont accoutumés. À titre d'exemple, une certaine indifférence et même des résistances sont généralement observées chez certains acteurs, et notamment les acteurs locaux en majorité des zones rurales, mais aussi des zones urbaines à l'égard du droit dit moderne⁵⁶, et notamment des affaires. Dans

la plupart des cas en effet, ceux-ci préfèrent se référer aux coutumes et usages, bref au droit traditionnel dans leurs rapports. Toute chose qui les amène à privilégier également la procédure ou les procédés de droit traditionnel dans la résolution des litiges qui peuvent en résulter. Le choix de cette procédure étant d'ailleurs motivé par le fait que ce sont les institutions qui l'encadrent, notamment la chefferie traditionnelle (ou le juge traditionnel) ou la médiation d'un tiers, qui leur conviendraient le mieux, en lieu et place du recours à des règles complexes aboutissant et à une justice moderne plus onéreuse, moins rapide, moins fiable⁵⁷ et généralement éloignée de ces acteurs.

Relativement à l'inapplication du droit des affaires aboutissant à l'ineffectivité de celui-ci, le développement et surtout la persistance de ce qui est considéré comme « l'informel », permet de comprendre que les individus ont du mal à respecter les textes. En effet, en dehors de la catégorie d'acteurs qui pratiquent des activités illicites ou immorales, il y en a qui se livrent à des activités conformes, mais dans la violation, le mépris ou simplement le non-respect des règles, procédés ou formalités requises afin de faire des affaires en dehors de toute situation de clandestinité ou de non-conformité à la loi des affaires (illégalité).

Face à ces deux situations, il devient difficile d'affirmer, dans un tel contexte propre à l'espace OHADA, que la sécurité juridique et même judiciaire des acteurs serait garantie. En effet, une catégorie d'acteurs, les locaux en l'occurrence, demeurent fortement attachés à une justice traditionnelle et ses institutions moins prises en compte dans le

⁵³ Pierre BOUREL, « À propos de l'OHADA : libre propos sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », (2007) 14 *D.* 971, n° 1 *in fine*

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Vincent KANGULUMBA MBAMBI, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », (2005) 46 *Les Cahiers de droit* 320 (nos 1-2).

⁵⁶ Voir dans ce sens Roger DECOTTIGNIES, « La résistance du droit africain à la modernisation en matière d'obligations », (1977) *Revue sénégalaise de droit*, p. 59-78 ; Stanislas MELONE « Les résistances du

droit traditionnel au droit moderne des obligations », (1977) *Revue sénégalaise de droit* 45-57 ; Pierre-Étienne KENFACK, « La gestion de la pluralité par les États de l'Afrique noire : les enseignements de l'expérience camerounaise », (2009) 7 *C.R.D.F.* 156.

⁵⁷P.-E. KENFACK, préc., note 52.

droit des affaires actuelles de l'OHADA⁵⁸ ou n'arrivent pas à appliquer aisément les normes. D'autres par contre, les étrangers notamment, sollicitent logiquement un droit qui leur conviendrait. Un tel conflit d'intérêt par rapport aux normes à appliquer ou à faire prévaloir dans le système, voire à préférer, maintient un contexte pluraliste qui peut s'avérer nuisible pour le développement de rapport harmonieux dans un espace où les acteurs sont censés être soumis aux mêmes règles.

La remise en cause de la sécurité juridique étant influencée par la difficile réception et application des normes juridiques, elle sera d'avantage par la relative efficacité du droit des affaires de l'OHADA.

2.1.2 La relative efficacité des normes applicables

Deux éléments majeurs permettraient de dire qu'il y a une relative efficacité des normes issues du droit des affaires de l'OHADA qui laisse planer de l'ombre dans la sécurité juridique ou dans une certaine mesure la présence d'une certaine insécurité juridique au regard du contexte local.

Le premier élément étant la persistance d'un climat défavorable à certains acteurs, et particulièrement aux acteurs locaux. En effet, il existe une situation de conflit d'intérêt entre ceux des acteurs locaux et

⁵⁸ D'ailleurs, si elle n'est pas jugée contraire à l'idéologie de développement (lire à ce sujet Georges BALANDIER « L'Afrique Noire entre hier et aujourd'hui : un colloque », (1958) 1 13^e année *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* 47. L'auteur, considère, dans le cadre de son étude des économies traditionnelles africaines, qu'il aborde « les problèmes de développement en milieu attardé »; Pierre GOUROU, *Les Pays tropicaux. Principes d'une géographie humaine et économique*, Paris, Éditions P.U.F., 1949, cité par G. BALANDIER, préc., note 58, p. 48), certains l'on la considère moins pertinente dans la perspective d'un Acte uniforme relatif au droit des affaires (voir M. FONTAINE, « Acte uniforme sur le droit des contrats. Note explicative à l'avant-projet », (2008) *Rev.dr. unif.* 567.

ceux des étrangers qui semble tourner, pour le cas du Cameroun, à l'avantage d'une prise en compte accrue de l'intérêt des étrangers⁵⁹; chose qui peut rendre difficile l'existence d'une sécurité juridique véritable et complète. C'est ainsi que l'étranger ou du moins l'acteur qui sera mieux imprégné des règles du système (ceci malgré les nombreux séminaires de formations, sensibilisation... et même les formations spéciales en vue de vulgariser le droit des affaires) qui régit les

⁵⁹ Au Cameroun par exemple, une logique mise en place par le législateur tend à faire aboutir à terme à la disparition des juridictions de droit traditionnel et donc du seul droit qu'il connaît. À ce sujet, il est prévu à l'art. 2 (1) de la *Loi du 19 décembre 1969 fixant l'organisation judiciaire et la procédure devant les juridictions de droit traditionnel au Cameroun* que « la compétence de la juridiction de droit traditionnel est subordonné à l'acceptation des parties en cause »; ainsi, au cas où l'étranger ne veut pas être poursuivi devant une juridiction de droit traditionnel appliquant essentiellement la coutume, et saisi la juridiction de droit moderne c'est cette dernière qui sera compétente, la première devant se dessaisir de l'affaire dès le refus d'une partie à être poursuivi devant elle. Or, les parties sont obligées de répondre à toute réquisition du tribunal de droit moderne, sauf immunité de juridiction. De même que dans la partie anglophone du Cameroun, la *Loi n° 79/04 du 29 juin 1979 qui rattache les tribunaux de droit coutumiers au Ministère de la justice*, prévoit en son art. 3 (2) (b) que la Cour d'appel qui statue en matière traditionnelle est complétée par deux assesseurs « ayant voix consultative ». Ensuite, l'art. 31 de la loi de la *Loi du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire au Cameroun* présente les juridictions de droit traditionnel comme maintenues à titre provisoire (et donc, ils peuvent disparaître à tout moment, et certainement, avec probablement son droit coutumier). À la suite du législateur, la Cour Suprême a précisé dans une décision que *dans toutes les matières où le législateur national a légiféré, cette législation doit l'emporter sur la coutume* (Cour Suprême du Cameroun oriental, arrêt n° 445 du 03 avril 1962, affaire *Bessala Awona c. Bidzogo Geneviève*, (1963) *Penant* 230, note LAMPUE; voir aussi Cour Suprême du Cameroun oriental, 05 mars 1963, Bull. n° 8, p.541.). Or, le droit des affaires de l'OHADA étant fortement inspiré du droit étranger, comme mentionné, le droit traditionnel se voit ainsi considérablement mis en marge du système.

affaires dans l'espace OHADA sera privilégié; étant entendu que plusieurs acteurs du secteur informel restent attachés à leur cher droit économique traditionnel⁶⁰ et continuent de mener des activités regardées comme informelles ou en marge des procédures et formalités prescrites. Il sera donc difficile pour ces derniers acteurs, voire les acteurs étrangers de manifester une certaine confiance vis-à-vis du droit des affaires de l'OHADA dans la mesure où l'effet recherché lors de la mise en place des règles à savoir le développement économique⁶¹, reste encore loin des attentes en raison de l'impossibilité de l'essor de l'activité économique dans le sens prescrit par les textes de l'OHADA. À cette insécurité découlant de la difficile articulation du droit des affaires de l'OHADA avec le droit dit « traditionnel » existant malgré tout au sein des États membres, il faut ajouter la difficile articulation du droit OHADA (d'inspiration beaucoup plus française⁶²) avec les règles de droit national de certains pays, notamment les pays dont le droit est d'inspiration hispanophone (la Guinée équatoriale), lusophone (la Guinée Bissau) mais surtout, celui dont le droit national provient de la Common Law (la partie anglophone du Cameroun). L'impression qui en résulte est que ce sont davantage les intérêts des investisseurs mieux imprégnés du droit français qui ont été pris en compte lors de l'élaboration du droit des affaires de l'OHADA, d'où le risque de sentiment d'insécurité chez les acteurs plus attachés à d'autres règles ou à une autre langue.

Le second élément pouvant être invoqué est que parfois le droit des affaires semble

⁶⁰ Ce secteur demeure d'ailleurs important en Afrique subsaharienne.

⁶¹ Cf. Préambule du *Traité OHADA*.

⁶² La version des textes faisant foi étant, selon le *Traité* la version française (art. 42 (2) du *Traité OHADA*) en cas de divergences entre les différentes traductions des textes de l'OHADA.

s'orienter au gré des intérêts de certains, et parfois au détriment des autres. D'abord, les acteurs locaux se voient opposer une immunité d'exécution lorsque par principe, ils entendent procéder au recouvrement de leur créance contre une personne morale de droit public⁶³, ceux-ci en étant d'ailleurs considérés en général comme des « prestataires de service ». Par contre, l'acteur étranger, considéré en pratique comme « investisseur » dans le cadre d'un rapport d'affaire avec une personne morale de droit public, peut ne pas connaître l'obstacle de l'immunité lors du recouvrement de sa créance, étant donné qu'en recourant à l'arbitrage dans le cadre d'un tel rapport (qui est de principe en matière d'investissement étranger ou de commerce international) tel que prévu par l'OHADA, la personne morale de droit public contractante perd ou peut perdre son immunité⁶⁴; ceci malgré le fait que cette levée de l'immunité expose d'ailleurs considérablement *les biens servant l'intérêt général de toute une communauté (ou nation)* à la disposition des intérêts privés internationaux et même nationaux (qui ont cependant fait recours à une procédure d'arbitrage très coûteuse pour la plupart des acteurs locaux); ce qui induit la remise en cause du fondement même des immunités

⁶³ Cf. Art. 30 de l'*Acte Uniforme OHADA* portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement de créances et des voies d'exécution; dans plusieurs décisions, l'immunité est systématiquement opposé aux acteurs en droit interne (Arrêt de la CCJA du 7 juillet 2005, affaire *Aziablévi yovo et autres c. TOGO Télécom*; l'Ordonnance des référés n°12/ORD du 11 septembre 2000 opposant *l'Université de Dschang-Cameroun- à l'un de ses anciens employés*; l'Ordonnance du TPI de Douala-Cameroun- n°339 du 3 novembre 1998 opposant l'ONPC à la SFIC. Citées par Gaston KENFACK DOUJANI, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », (2002) 18 *Revue camerounaise de droit de l'arbitrage* 4 et suiv.).

⁶⁴Précitées aux notes 43 et 44.

(la souveraineté dans l'accomplissement de ses tâches régaliennes)⁶⁵. Un tel avantage, même s'il est justifié par le souci de mettre l'étranger à l'abri de l'influence du souverain et de sa puissance publique, il demeure qu'il est difficile pour l'acteur local d'en bénéficier. Le risque d'insécurité résulterait alors non seulement de ce que l'acteur local, dans le but de contourner l'obstacle de l'immunité d'exécution, aura tendance à rechercher des partenaires étrangers (parfois représentés sous la forme d'une personne morale de droit étranger⁶⁶) en s'associant à eux pour bénéficier de l'effet produit par la souscription éventuelle à une convention d'arbitrage entre eux et l'État contractant. Ainsi, non seulement cela conduirait à rendre inefficace les règles relatives à l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public⁶⁷, mais aussi, à laisser la porte ouverte aux conflits d'intérêts présents ou futurs, entre d'une part les intérêts de certains acteurs locaux actionnaires ou associés (gestionnaires de la fortune publique, personnel de l'administration publique, de la justice... et

⁶⁵ Sur le fondement et le sens des immunités, voir Gaston KENFACK DOUAJNI, « L'exécution forcée des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », (2002) 18 *Revue camerounaise de l'arbitrage* 4 et suiv.

⁶⁶ Notamment si le siège social se trouve hors de l'espace OHADA dans une interprétation conforme à l'article 1 de l'*Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique* ; cf. Alioune DIEYE, *Le régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA (Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du GIE révisé en 2014)*, 4^e éd., Dakar, Cabinet Aziz Dieye, p. 51, n°37.

⁶⁷ D'ailleurs, certains auteurs, revendiquent même la suppression de cette immunité, malgré le fait que les biens de la nation se trouveront exposés à la libre disposition des intérêts privés. Mais, l'on peut aussi se poser la question de savoir si une autre solution ne serait pas meilleure afin d'éviter que d'énormes dommages ne soit causé d'une manière ou d'une autre (en qualité d'auteur de dommage, et pire, en qualité de victime) aux États.

associé du groupement étranger en cause⁶⁸) qui disposent souvent d'informations précieuses à leur avantage et d'autre part ceux de la personne morale impliquée⁶⁹. Il sera ainsi possible de croire fortement en l'existence dans une certaine mesure d'une ouverture à la fraude à la loi⁷⁰. Ce qui pourrait à terme permettre d'être quelques fois réservé ou mesuré à l'égard des motivations à vouloir trop protéger les intérêts des investisseurs locaux ou étrangers, au regard de l'insécurité à laquelle les États peuvent être exposés sur le plan interne.

En dehors du contexte local, la remise en cause de la sécurité juridique peut aussi se vérifier au regard du contexte environnemental mondial.

⁶⁸ Étant donné que les sociétés de capitaux et surtout dans les S.A. comme nous l'avons relevé, constituent la forme en général très utilisée par les groupements étrangers pour la réalisation de leurs investissements (*supra*, note 10), il peut leur être facile directement ou indirectement, pendant ou après leur fonction, de détenir des actions ou des titres (à caractère politique ou non) et d'avoir ainsi des intérêts à sauvegarder dans l'entreprise ; ceci grâce soit au pouvoir de décision dans l'entreprise (action à caractère politique) et en dehors, soit à l'importance de leur participation au capital de l'entreprise en tant qu'actionnaire ou associé ou en tant que créancier. Ainsi, la question de l'efficacité ou des effets pervers du libéralisme économique en Afrique peut clairement se poser.

⁶⁹ Tout ceci participe à l'avènement de ce qu'il serait possible de considérer, dans le cadre d'éventuelles prochaines études sur la gouvernance financière dans l'espace OHADA, *d'atteintes complexes à la fortune publique*.

⁷⁰ Brigitte DJUIDJE estime à cet effet que la fraude à la loi résulte généralement de ce que l'Homme, dans le conflit qui s'élève entre l'intérêt général représenté par la loi et son intérêt particulier, est très souvent tenté d'utiliser une règle de droit contre une autre pour satisfaire le premier (son intérêt personnel) au détriment du premier (l'intérêt général). Il est donc fait recours à l'exception de fraude à la loi pour y remédier. *Pluralisme législatif camerounais et droit international privé*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1999, n° 215.

2.2 Au regard du contexte environnemental mondial

Par rapport aux circonstances qui prévalent dans le monde en matière de régulation des activités économiques afin de garantir une certaine sécurité –juridique- aux acteurs des affaires, notamment la prise en compte des réalités socioculturelles en matière juridique, et surtout des particularités, il faut dire que le droit des affaires ou surtout des groupements d'affaires de l'OHADA semble à proprement parler, négliger cet aspect (2.2.1); toute chose qui contribue à rendre difficile l'existence d'un véritable courant de confiance à l'égard du droit des affaires en question. En dehors de cette négligence, il existe d'autres réalités -au regard du contexte mondial- qui ont été négligées (2.2.2), alors qu'elles devraient être prises en compte et intégrées par le droit OHADA pour accroître les garanties de sécurité juridique que doit en principe offrir le droit des affaires.

2.2.1 La négligence des réalités socioculturelles en matière juridique

Les principes auxquels l'on fait allusion ici sont ceux qui permettraient d'une part de donner une certaine originalité au droit des affaires de l'OHADA ⁷¹, et d'autre part contribueraient à lui garantir une certaine efficacité. En effet, les règles du droit des affaires dans la plupart des régions du monde s'inspirent de ce qui correspond le mieux au contexte local et surtout à la tradition qui prévaut dans le contexte ⁷². C'est d'ailleurs la tendance dominante sur la

⁷¹ P. BOUREL à propos du droit OHADA, pense en effet qu'il s'agit d'un *droit importé venu d'ailleurs*, préc., note 53, p. 972.

⁷² La simplicité tant de l'architecture ou de la structuration des textes que de la terminologie des règles peut être concernée ici.

scène internationale où la plupart des États sont attachés à leur véritable tradition ⁷³. Cette situation peut d'ailleurs avoir pour avantage de placer tous les investisseurs étrangers sur un même pied d'égalité, en donnant la possibilité aux acteurs locaux d'attirer les autres acteurs par la réalisation de bonnes affaires grâce à un système qu'ils maîtrisent le mieux. Et, puisqu'il sera désormais prouvé que l'on peut faire de bonnes affaires dans un tel contexte, fût-il par les locaux, l'attraction sera plus forte. Or en droit OHADA, les officines juridiques/grands cabinets à qui la confection des Actes uniformes est souvent confiée sont des cabinets étrangers qui peuvent ignorer ou négliger certains éléments des réalités socio-anthropologiques et culturelles des pays africains, ou même être influencés par des éléments extérieurs au contexte africain. C'est au regard de ce contexte que les africains, négligeant les éléments de leur véritable et propre tradition, de leurs spécificités en matière économique, s'exposent, d'une part, à la difficulté d'avoir un modèle propre sur le plan du droit économique, et d'autre part, à une possible orientation de leur droit en faveur d'un seul système qui sera sans doute celui que les acteurs étrangers ou du moins les concepteurs du système maîtrisent majoritairement le mieux. Or, les acteurs tant locaux qu'étrangers du droit des affaires n'étant pas au même degré de réceptivité par rapport à la norme, le risque d'insécurité demeure.

Il s'avère donc utile pour l'OHADA de rendre son droit véritablement original et efficace en aménageant d'abord la situation interne afin que les locaux réalisent de bonnes

⁷³ C'est le cas des États-Unis avec son système qui intègre considérablement l'analyse économique du droit, le système anglais basé sur la Common Law, le système Français qui s'inspire considérablement des coutumes romano-germanique, des pays arabes qui ont un droit qui s'inspire de la religion islamique.

affaires pour *in fine* attirer les autres ; car, si les acteurs étrangers se rendent compte à l'évidence que le contexte local est propice à l'essor de l'activité économique au regard du succès des acteurs locaux, il sera plus facile de croire qu'il règne une certaine sécurité-juridique-dans un tel contexte de nature à rendre le système attractif. Il sera donc question d'entreprendre une démarche qui vise à intégrer des éléments propres à la réalité ou au contexte local dans l'élaboration des textes du droit des affaires de l'OHADA. Ces éléments peuvent être liés soit à l'esprit de ces réalités ⁷⁴, soit aux règles ou encore soit de fond ⁷⁵, soit de forme ⁷⁶.

À côté de la négligence des réalités socioculturelles, la négligence d'autres réalités peut aussi laisser croire que le droit OHADA ne garantit pas totalement une certaine sécurité juridique aux acteurs du droit.

2.2.2 La négligence d'autres réalités

Même en présence de différences dans la manière de penser les rapports, l'existence d'une certaine unité ou surtout d'une certaine identité sur le sort ou la destinée des êtres humains en général commande forcément que certains éléments doivent être considérés comme nécessaires pour l'Homme et intégrés dans tout rapport, quel

⁷⁴ Il faut citer à titre d'exemple la solidarité qui sert de fondement du droit à plusieurs domaines et notamment le droit des affaires; de même que le collectivisme ou le communautarisme. D'autres par contre qui peuvent être spécifique au domaine contractuel peuvent contribuer à assoir la paix sociale dans les rapports à travers soit une certaine décence (principe de séniorité – sur le plan généalogique et non sur le plan fonctionnel ou par rapport à la classe sociale –) ou une certaine cohérence aux parties.

⁷⁵ Simplicité de la terminologie ou de la structure, accessibilité de la langue.

⁷⁶ Il s'agira notamment de *la proximité*, de *la gratuité* ou de *la rapidité* de la justice.

qu'en soit le domaine et quel qu'en soit la société ⁷⁷.

C'est ainsi que dans le domaine des affaires, plusieurs éléments qui contribueraient à instituer une certaine sécurité et surtout un certain équilibre des intérêts dans le monde des affaires semblent ne pas clairement apparaître dans le droit des affaires de l'OHADA. Il s'agit par exemple du concept de responsabilité sociale de l'entreprise ou du système de commerce équitable qui n'apparaissent pas clairement en droit des affaires de l'OHADA.

En ce qui concerne d'abord le concept de responsabilité sociale ou sociétale des entreprises ⁷⁸, même si le droit des affaires semble avoir pris en compte certains de ses éléments, il faut convenir avec un auteur que ce droit pêche tout de même en ce qu'il ne réserve, à proprement parler, aucune place à l'environnement dans son aspect éco systémique en termes de ressources naturelles biotiques (faune et de flore) et abiotique (air, eau et sol) de l'espace naturel africain ⁷⁹. Or, l'impératif de développement

⁷⁷ Ce par exemple des droits fondamentaux ou du moins de certains d'entre eux.

⁷⁸ La responsabilité sociétale des entreprises, aussi appelée responsabilité sociale des entreprises, est un « concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales, et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes. Elle est considérée comme la déclinaison du développement durable pour les entreprises. Voir : *NOTRE - PLANETE.INFO*, en ligne : <http://www.notre-planete.info/actualites/3780-RSE-definition> (consulté le 10 mai 2017).

⁷⁹ Lire à ce sujet Yafradou Adam TAIROU, *Préoccupations environnementales et droit de l'entreprise dans l'espace OHADA*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2013, p.27 et suiv.; voir également Oswald KEPENGLA-S., *L'éthique appliquée aux entreprises: la responsabilité sociétale des entreprises en droit OHADA*, thèse de doctorat, Abomey-Calavi, Faculté de Droit et de Science politiques, Université d'Abomey-Calavi, fiche de la thèse publiée le 13 mai 2013 sur <http://www.oswaldkpenpla-s.com/fiche->

durable impose -même dans les domaines des affaires où les règles ont une finalité, un objet ou une fonction économique- la prise en compte nécessaire de tous les éléments de l'environnement, et notamment du milieu de vie ou du cadre où vont s'exercer les activités. D'autant plus que les africains, *traditionnellement attachent un prix fort à la conservation de la nature et de l'équilibre éco systémique qui doit y régner*. Il s'avère donc urgent de ne pas se laisser emporter par le seul souci de développement économique qui n'intègre pas tous les impératifs du développement durable dans un contexte où la protection des ressources naturelles de la communauté de plus en plus surexploitées est très importante. Il faut donc dire que l'on ne saurait à proprement parler de sécurité juridique si les acteurs ne sont pas directement et explicitement épargnés *du risque de pollution et de rareté, voire de disparition des ressources naturelles nécessaires à leurs activités économiques* par les règles du droit des affaires OHADA⁸⁰.

Concernant ensuite le système de commerce équitable qui participe également au développement durable, il s'agit d'un partenariat commercial fondé sur le dialogue, la transparence et le respect, dont l'objectif est de parvenir à une plus grande équité dans le commerce mondial⁸¹. Il s'agira donc de créer un cadre au sein duquel chaque acteur local ou étranger, pauvre ou riche, professionnel ou non,

pourra exercer son activité en toute sécurité, sans craindre de déséquilibre au détriment de la protection de ses intérêts. Ce qui, du point de vue historique, correspondrait à la réalité sociologique traditionnelle africaine qui ne connaissait pas par le passé, en raison de son système communautariste ou collectiviste, *un déséquilibre criard* (comme c'est le cas à l'heure actuelle) dans la propriété ou la distribution des richesses, et surtout dans les échanges. Or, il semble difficile pour l'heure de soutenir qu'un tel système d'échanges soit intégré dans le droit des affaires de l'OHADA où règne le désir d'attractivité tendant à mieux prendre en compte l'intérêt des investisseurs étrangers ayant beaucoup plus de moyen.

Conclusion

Le droit des groupements d'affaires de l'OHADA dans ses aspects actuels se présente comme un droit qui tend à être attractif. Cette attractivité qui présente certes une allure positive, cache également un visage négatif qui pourrait amener à s'interroger sur la pertinence d'un système qui se veut attractif, étant donné que la volonté considérable de satisfaire les acteurs étrangers qu'il faut attirer en raison de l'importance de leurs capitaux ou de leurs moyens (techniques et technologiques) semble mettre en cause la sécurité juridique que doit garantir le droit des affaires dans l'espace OHADA. Il s'avère donc nécessaire de mieux prendre en compte les réalités internes et propres au contexte de l'espace OHADA en premier lieu visé par le droit des affaires qui y sera secrété; et puis, même en l'absence des étrangers, les acteurs locaux devront faire des affaires. En outre, il serait opportun de savoir ce qui, dans le contexte mondial correspondrait le mieux au contexte local et qui contribueraient à la mise sur pied d'un droit des affaires qui garantit à tous les acteurs (nationaux ou étrangers) du système une sécurité juridique certaine.

de-ma-these-de-doctorat-en-droit (consulté le 10 mai 2017).

⁸⁰ C'est dire ici que la protection ne se fait pour le moment que de manière indirecte, par la référence - des acteurs- aux multiples et nombreux textes nationaux et internationaux relatifs à la protection de l'environnement (sur cette question, lire Y. ADAM TAIROU, préc., note 79) qu'il semble très souvent difficile d'articuler avec ceux de l'OHADA.

⁸¹ Voir LA PLATE-FORME POUR LE COMMERCE EQUITABLE, en ligne : <http://www.commerceequitable.org/lecommerceequitable.html> (consulté le 10 mai 2017).

D'ailleurs, au cas où les locaux seraient en sécurité dans l'exercice de leurs activités, il serait plus probable que l'étranger soit à l'aise; mais, la situation inverse expose à plus d'insécurité. Il serait donc important de trouver le meilleur moyen de se soucier de tous.