

L'attractivité du droit OHADA¹

Par
ATANGCHO NJI AKONUMBO
Professeur
Université de Yaoundé II – Cameroun
Doyen de la Faculty of Laws and Political Science
Université de Buéa - Cameroun

et

MONKAM Cyrille
Maître de conférences
Université de Buéa - Cameroun

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires est née de la volonté des ministres de finances de la zone franc de créer un outil d'intégration juridique afin de contribuer à l'essor économique et mieux répondre aux attentes des opérateurs économiques par un traité du 17 Octobre 1993 signé à Port-Louis en Ile Maurice (entrée en vigueur le 18 Septembre 1998, modifié le 17 Octobre 2008). Il s'agit d'une organisation internationale qui dépasse le cadre communautaire classique et est dotée de la personnalité juridique. Elle dispose de 5 institutions à savoir la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, le Conseil de Ministres, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, l'Ecole supérieure de magistrature et le Secrétariat Permanent, cheville ouvrière de l'organisation. En plus de ces institutions, il y a des structures de liaison (Commission nationale OHADA, Comité des experts) et des outils d'appui technique au secrétariat permanent (commission de normalisation comptable, comité technique de normalisation des procédures électroniques).² Les instruments juridiques utilisés par l'OHADA sont le traité, les règlements et les actes uniformes. A date, l'OHADA compte 17 membres (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Cote d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo). Elle dispose de 10 Actes Uniformes, droit supranational par excellence portant

¹ Communication prononcée à l'Université de Nantes (Laboratoire IRPD), 19 décembre 2023, Amphi F.

² Pour un aperçu général du fonctionnement de ces institutions, voir *Etude de l'impact économique de l'OHADA : Effectivité, impact économique et uniformité d'applicabilité en droit Ohada*, Rapport final du PACI (Projet d'Amélioration du Climat des Investissements), mars 2022, p. 17.

sur le droit commercial général,³ le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique,⁴ le droit des sûretés,⁵ les procédures simplifiées de recouvrement des créances et de voies d'exécution,⁶ le droit des procédures collectives,⁷ le droit de l'arbitrage,⁸ le droit comptable et à l'information financière,⁹ le droit des contrats de transport par route,¹⁰ les sociétés coopératives,¹¹ le droit de la médiation¹², d'un Règlement de procédure devant la CCJA et d'un Règlement d'arbitrage de la CCJA. 30 années après, la marche continue. L'organisation qui regroupe plus de 283 millions d'habitants parlant plusieurs langues se trouve dans une maturité qu'elle assume sans complaisance, vu des défis qui l'interpellent.

Comprendre les causes qui ont justifié son avènement demeure capital à l'entame d'une réflexion sur l'attractivité de son droit. En effet, avant l'avènement du droit OHADA, le climat des affaires en Afrique subsaharienne était caractérisé par une insécurité juridique et judiciaire du fait d'un arsenal juridique désuet et disparate¹³ nocif pour les investissements tant nationaux qu'étrangers. A ce propos, l'un des pères fondateurs exposait quelques mois avant la signature du Traité au cours d'un séminaire sur l'OHADA que *« l'émiettement de notre droit commun est un facteur négatif de notre progrès qui ne peut être que commun, [...] au plan national, des textes sont promulgués alors que d'autres, dans le même domaine, ne sont pas abrogés. Il en résulte des chevauchements et les opérateurs économiques restent dans l'incertitude de la règle de droit*

³ Voir Acte Uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG), adopté le 17 avril 1997 comportant 289 articles, JO ohada n°1 du 1^{er} octobre 1997 modifié le 15 décembre 2010, JO ohada n°23 du 15 février 2011.

⁴ Voir Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), adopté le 17 avril 1997 comportant 920 articles, JO ohada n°2 du 1^{er} octobre 1997 ; modifié en Janvier 2014.

⁵ Voir Acte Uniforme portant organisation des sûretés (AUS), adopté le 17 avril 1997 comportant 151 articles, JO ohada n°3 du 1^{er} octobre 1997 modifié le 15 décembre 2010, JO ohada n°22 du 15 février 2011.

⁶ Voir Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE), adopté le 10 avril 1998 comportant 338 articles, JO ohada n°6 du 1^{er} juillet 1998 ; modifié le 16 Octobre 2023.

⁷ Voir Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP), adopté le 10 avril 1998 comportant 258 articles, JO ohada n°7 du 1^{er} juillet 1998 ; modifié en septembre 2015.

⁸ Voir Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUDA), adopté le 11 mars 1999 comportant 36 articles, JO ohada n°8 du 15 mai 1999, modifié le 23 novembre 2017.

⁹ Voir Acte Uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (AUCE), adopté le 23 mars 2000 comportant 113 articles, JO ohada n°10 du 20 novembre 2000 modifié le 26 janvier 2017.

¹⁰ Voir Acte Uniforme relatif aux contrats de transport des marchandises par route (AUCTMR), adopté le 23 mars 2003 comportant 31 articles, JO ohada n°13 du 31 juillet 2003.

¹¹ Voir Acte Uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (AUDSC), adopté le 15 décembre 2011 comportant 397 articles, JO ohada n° 23 du 15 février 2011.

¹² Voir Acte Uniforme relatif à la médiation (AUM), adopté le 23 novembre 2017 comportant 18 articles.

¹³ K. M'baye, « Historique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », Avant-propos, *Revue Penant* n° 827, 1998, spécial OHADA, p. 126 ; H. Temple, « L'OHADA : Le droit au service du développement », *Ohadata D-07-29*, <http://www.ohada.com/download/ohadata/D-07-29.pdf>, consulté le 21 novembre 2023.

applicable, ce qui constitue un handicap sérieux pour l'investissement [...] »¹⁴. Il conclura par la suite en sa qualité de président dudit séminaire que « tout le monde est d'accord sur la nécessité de procéder à l'harmonisation car le droit en vigueur n'est plus adapté [...] »¹⁵.

Cet état de choses était doublé par une crise économique aigue avec pour conséquence une chute drastique du niveau d'investissement dans presque tous les Etats. La solution aura été de donner une cure de jouvence aux règles existantes en faisant appel aux techniques de collectivisation des risques politiques et d'harmonisation du droit suivie d'une redynamisation des politiques économiques. Ce fut l'ère de l'adaptation au nouvel ordre mondial basé sur le libre-échange ou mieux la mondialisation.¹⁶

Depuis son avènement, l'objectif de l'OHADA est d'améliorer l'environnement juridique de son espace en essayant d'atténuer les risques d'insécurité juridique et judiciaire afin de booster son développement au travers d'une attractivité des investissements étrangers et locaux.¹⁷ En effet, selon le préambule de son Traité fondateur, les Etats parties sont « *conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des affaires économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* ».

Bien que la notion de sécurité juridique soit l'une des plus instables en droit du fait de son contenu insaisissable, la doctrine s'accorde à dire que son appréciation peut se faire à partir de trois déterminants¹⁸ à savoir : l'accessibilité qui traduit la connaissance de la norme juridique ;¹⁹ la stabilité qui renvoie à la constance de la norme de droit dans le temps ; et enfin la

¹⁴Acte du Séminaire sur l'OHADA tenu à Abidjan (Côte d'Ivoire) les 19 et 20 avril 1993.

¹⁵In synthèse des travaux du séminaire d'Abidjan, p.18 cité par A. Mouloul, *Comprendre l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA)*, 2^e éd., décembre 2008, p. 9.

¹⁶M. Kamto, « Mondialisation et droit », *Revue hellénique du droit international*, 2002, pp. 457-485 ; même article in *L'Afrique face aux défis de la mondialisation*, pp. 86-100; P. -G. Pougoue, « Doctrine OHADA et Théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA*, Numéro spécial - Novembre/Décembre 2011, p. 10.

¹⁷Il faut dire que l'économie des Etats est pour la plupart dominée en interne par le secteur informel. Voir à ce propos, S. Kwemo, *L'OHADA et le secteur informel. L'exemple du Cameroun*, Larcier, 2012; aussi, P. J. Lowe Gnintedem « Le secteur informel a-t-il besoin de sécurité juridique ? », *Revue de l'ERSUMA*, 2021, -2, No. Hors-série, pp. 354-367 ; S. Manciaux, « Que disent les textes OHADA en matière d'investissement ? », *Revue de l'ERSUMA*, No. 1 - Juin 2012, Études ; Atangcho N. Akonumbo, « OHADA and investment trends in Africa », *Revue Africaine des Sciences Juridiques/African Journal of Law (RASJ)*, No. 1, 2014, pp. 9-60.

¹⁸P. Meyer, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant* n° 855, p. 151 ; Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, éd. Lextenso, 2009. Aussi, P. J. Lowe Gnintedem, *op. cit.*, p. 357 et s.

¹⁹A. Akam Akam, « Libres propos sur l'adage 'Nul n'est censé ignorer la loi' », *Revue Africaine des Sciences Juridiques/African Journal of Law (RASJ)*, Vol. 4, n° 1, 2007, p. 54.

prévisibilité²⁰ du droit qui suppose la maîtrise de son contenu et des actions à entreprendre ainsi que des conséquences qui pourront découler de sa violation. A ce titre, la garantie de la sécurité juridique passerait par la sécurité de la justice tant dans son organisation que dans son fonctionnement afin de parvenir à une justice équitable. En réalité, la sécurité judiciaire garantit l'efficacité de la sécurité juridique en tant « *qu'un avantage comparatif décisif pour l'attractivité des investissements* »²¹ ; ou mieux comme le souligne M. Issa-Sayegh, « *la sécurité juridique et judiciaire inspire la confiance, l'esprit d'entreprendre et de conquête et la croissance* ». ²² Au final, on dira que dans l'espace OHADA, la sécurité juridique auréolée d'une forte dose de formalisme, constitue le critère de l'efficacité économique.²³

De ces observations, peut-on dire que l'avènement du droit OHADA a pu au travers de la sécurité juridique et judiciaire garantir une attractivité des investissements dans son espace ? Autrement dit, l'unification du droit a-t-elle eu un impact significatif sur le climat des investissements ? Ainsi se pose toute la question de son effectivité.

La réalité demeure que l'avènement de l'OHADA a pu d'une certaine manière redonner confiance aux investisseurs tant sur le plan juridique, judiciaire que économique ; droit et économie étant indissociables. Par ailleurs, il faut dire que l'attractivité en elle-même est le fruit d'une quête permanente dans un monde en perpétuelle mutation. Elle n'est pas que l'apanage de l'espace OHADA puisqu'il s'observe de par le monde des réformes incessantes dans le domaine du droit ; ceci dans l'optique de permettre aux économies de demeurer compétitives.²⁴ Dans cette quête de compétitivité et ce depuis une trentaine d'années, le droit OHADA poursuit lentement à travers diverses réformes sa finalité protectrice qui est le gage de sécurité des investissements. Toutefois, cette progression vers une attractivité pérenne demeure, comme ce qui est de tout processus visant une approche globale, jonchée de nombreux défis.

Répondre à la problématique soulevée revient à préciser d'une part que l'avènement de l'OHADA a pu d'une certaine façon améliorer le climat des investissements dans les Etats

²⁰ Elle est définie comme le principe cardinal de la sécurité juridique. V. P. Coppens, « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siiriainen (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2007, p. 153.

²¹ J. Kamga, « Réflexions 'concrètes' sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA », *Ohadata D-12-85*, p. 6 et s., <http://www.ohada.com/download/ohadata/D-12-85.pdf>, consulté le 15 novembre 2023.

²² J. Issa-Sayegh, *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, Association pour l'Unification du Droit en Afrique – UNIDA, 2010, p. 197.

²³ P. J. Lowe Gnintedem, *op. cit.*, p. 357.

²⁴ La France par exemple depuis des années 2000 s'est lancée dans une réforme profonde de son arsenal législatif.

membres (I), et que d'autre part parvenir à un climat d'investissement sain et serein demeure un défi permanent à relever pour cet espace (II).

I- Les acquis de l'attractivité recherchée par le droit OHADA

Le législateur procède à l'unification du droit des Etats membres (A) et à une recherche permanente de l'universalisme pour une meilleure visibilité pour son droit (B).

A- L'unification du droit des Etats membres

L'attractivité renverrait à la capacité à accompagner le monde des affaires dans sa croissance et son développement économique au travers de l'instauration d'une sécurité juridique et judiciaire offrant les avantages de prévisibilité et de stabilité. Elle requiert transparence, accessibilité et prévisibilité.²⁵ En tant que processus, l'attractivité s'est opérée dans l'espace OHADA²⁶ par le biais de l'unification de son droit. Bien que la doctrine soit divisée sur la nature du droit OHADA,²⁷ on pourrait dire avec M. Paillusseau que l'unification du droit pour la réalisation d'une intégration économique est en elle seule une révolution juridique en Afrique.²⁸ Elle concerne deux aspects du droit, sa production (1) et son interprétation (2).

1- L'unification de la production du droit

L'unanimité se fait autour de l'idée que le droit issu de l'OHADA a pour but de susciter l'attractivité économique des États membres à travers la réalisation de la sécurité juridique,²⁹ laquelle serait bâtie auprès d'une source majeure, le droit d'origine romano-germanique.³⁰ Au

²⁵ A. De Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, ed. A. Pedone, 2014.

²⁶ D. Mbow, « L'attractivité juridique et économique de l'OHADA », *Revue Libre de Droit*, 2020, pp. 87-108 ; R. Massamba, « Attractivité économique du droit OHADA. Etude macroéconomique », in P.-G. Pougoue (dir.), *Encyclopédie du droit : OHADA*, Lamy, 2011, sp. pp. 384-385.

²⁷ F. Dieng, « L'harmonisation en questions », *Nouvelles Annales Africaines, Revue des sciences juridiques et politiques* n° 1, Université Cheikh Antar Diop de Dakar. Pour elle, l'unification est l'instauration des règles identiques appartenant à un droit commun unique ; l'uniformisation quant à elle est l'instauration des règles identiques incorporées à des droits nationaux distincts et l'harmonisation enfin est le rapprochement de règles autour de principes communs, ces règles pouvant être différents. Voir aussi, J. Lohoues-Oble, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51, n° 3, 1999, p. 546.

²⁸ J. Paillusseau, « Une révolution juridique en Afrique francophone, l'Ohada », in *Perspectives du droit économique, dialogues avec M. Jeantin*, ed. Dalloz 1999, pp. 93 et s.

²⁹ Atangcho N. Akonumbo, *op. cit.*, pp. 15 - 35.

³⁰ P. -G. Pougoue, « Notion de droit OHADA », in P. -G. Pougoue (dir.), *Encyclopédie du droit : OHADA*, Lamy, décembre 2011, p. 1204.

travers de la signature du traité OHADA, les Etats membres cédaient pour le bien commun une partie de leur souveraineté législative à l'organisation.³¹ Leur droit interne, jadis gouverné par des dispositions désuètes et éparses héritées pour la plupart de la colonisation, devait être envahi par un « droit uniforme » qui désormais était directement applicable et obligatoire dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.³² En réalité, l'expression « *droit uniforme* » peut avoir deux acceptions différentes : le fait d'unifier et le fait d'uniformiser. Mais sur le plan sémantique, les deux termes ont un contenu différent puisque l'unification représente le fait d'unifier qui signifie « *faire de plusieurs éléments une seule et même chose* ». En revanche, l'uniformisation renvoie au fait d'uniformiser qui signifie « *rendre semblable ou moins différent* ». Il y a donc, pour reprendre certains auteurs,³³ une différence de degré. On retient que l'unification est réalisée par les Etats de façon formelle, directement ou indirectement à travers leur participation au sein de grandes organisations de création normative tandis que l'uniformisation est réalisée sous des formes diverses, en général par des opérateurs d'un secteur, et est mise en lumière par les juristes.

Dans l'espace OHADA, on est passé d'une uniformisation³⁴ ou mieux, d'une harmonisation du droit à une unification du droit.³⁵ Ce qui explique, que 30 ans après son entrée en vigueur, une dizaine d'Actes Uniformes soient entrés en application³⁶ et plusieurs autres pourraient suivre à condition que le domaine à régir entre dans le cadre de l'article 2 du Traité. Les projets initiés pour le droit du travail et le droit des contrats en général n'ont pas reçu approbation des Etats parties. Ce succès juridique présage désormais de la sérénité qu'il y a à entreprendre les affaires dans un espace doté d'un cadre juridique sécurisant en cas de conflit.

³¹ Parlant de l'abandon de souveraineté des Etats, X. Forneris, « Harmonising Commercial Law in Africa: The OHADA », *Revue de Droit et de Science Politique*, n° 47, 2001, p. 82.

³² Voir Article 10 du Traité.

³³ M. Ancel, « Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ? » in Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 6-9 ; voir aussi A. Jeammaud, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », in *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant Bruxelles, 1998, p. 35 et s.

³⁴ B. Martor et S. Thouvenot, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », in *La semaine juridique*, n° 44 du 28 octobre 2004, p. 5 ; M. Kamto, *op. cit.*, p. 94.

³⁵ R. Nemedeu, « Ohada : de l'harmonisation à l'unification du droit des affaires en Afrique », communication au CRDP, Nancy, Janv. 2005 ; J. L. Vivier, « L'OHADA ou l'unification du droit des affaires africain », *Droit et patrimoine*, n° 72, 1999, p. 41.

³⁶ *Supra*.

Par cette unification dans la production du droit, l'OHADA se positionne à la fois comme « *facteur de développement économique et moteur de l'intégration régionale* »³⁷. En plus, elle offre un cadre propice au règlement des conflits commerciaux. Ces idées ressortent à travers plusieurs Actes Uniformes, mais à titre d'illustration, nous insisterons dans deux domaines.

En premier lieu, le domaine du transport. L'acte Uniforme relatif aux Contrats de Transport de Marchandises par route³⁸ est l'aboutissement d'une volonté des Etats d'harmoniser leurs politiques de transports en œuvrant pour la mise en place d'un système de transport efficace, sécurisé, fiable et à moindre coût qui permette d'élargir et d'intégrer les marchés, d'accroître les investissements étrangers directs, de faciliter les mouvements de personnes et de biens, de favoriser l'intégration régionale, de contribuer à la paix et d'encourager la participation du secteur privé au développement économique des Etats membres.

En second lieu, le règlement de litiges commerciaux. Les Actes Uniformes relatifs à l'arbitrage³⁹ et à la médiation d'une part et le règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)⁴⁰ d'autre part se positionnent comme une alternative au système judiciaire institutionnel des Etats de l'OHADA. En effet, en vue de faciliter le règlement des différends commerciaux entre les acteurs économiques, l'OHADA a dû procéder à une simplification des procédures au travers de l'adoption des modes alternatifs de règlement des litiges malgré leur coût et autres faiblesses qui sont décriés⁴¹ dans l'environnement des affaires en Afrique. Il s'agit tout de même de « rempart communautaire efficace »⁴² dont le fonctionnement et les méthodes contrastent avec ceux des tribunaux étatiques accusés d'être gangrenés par les lenteurs de toute

³⁷ Lire l'exposé du Secrétaire Permanent de l'OHADA, M. Aregba Polo au séminaire de sensibilisation au droit harmonisé tenu à Niamey les 9 et 10 juin 1999.

³⁸ Cet Acte qui comporte 31 articles est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

³⁹ G. Kenfack Douajni, *L'arbitrage OHADA*, PUPPA, juin 2014, p. 12. En plus selon M. Jarrosson, l'arbitrage est « l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci », in Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préface de B. Oppetit. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 198, 1987, spéc. n° 4.

⁴⁰ Adopté le 23 novembre 2017 à Conakry. A propos de son utilité, voir B. Bayo Biby, *Le rôle de la CCJA dans la sécurisation de l'espace OHADA*, Th. Univ. Caen/Basse Normandie, 2009. Pour une présentation générale de cette juridiction supranationale, voir P. -G. Pougoue, *Présentation générale et procédure en OHADA*, Yaoundé, PUA, coll. « droit uniforme », 1998, p. 7 et s. ; D. NDOYE, *La nouvelle Cour de cassation des pays de l'OHADA*, Dakar, EDJA, 1998.

⁴¹ Surtout pour l'arbitrage Ohada. La relative jeunesse de ses dispositions ne permet pas encore de faire une évaluation du degré d'implémentation et d'appropriation de la pratique de la médiation.

⁴² Parlant de l'arbitrage, D. Mbow, *op. cit.*, p. 92.

sorte et la corruption de son personnel.⁴³ Ces instruments juridiques devraient largement participer au désengorgement des tribunaux étatiques. L'option pour la justice privée est de plus en plus privilégiée par les investisseurs du fait de son efficacité, sa rapidité et sa confidentialité. Toutefois, des dispositions ont été prises pour garantir l'unité de l'interprétation des sentences arbitrales rendues lorsqu'elles proviennent des institutions autre que la CCJA ou pour l'homologation de la décision de médiation.

2- L'unification de l'interprétation du droit

Comme précédemment indiqué, jadis dans l'espace OHADA, il y avait une insécurité judiciaire. Elle découlait de la dégradation de la façon dont la justice était rendue, tant en droit qu'en matière de déontologie, notamment en raison d'un manque de moyens matériels, d'une formation insuffisante des magistrats et des auxiliaires de justice.⁴⁴ La sécurité judiciaire renverrait au sens strict à la perception que l'on a des institutions judiciaires opérant dans l'espace, tant dans leur structuration que dans leur fonctionnement.⁴⁵ Les adaptations rendues possibles par le système civiliste du fait des questions d'attractivité du système de droit ont accru la place accordée à la jurisprudence.⁴⁶

En effet, au plan pratique, les Etats membres intériorisent progressivement ces actes uniformes par l'intermédiaire des juridictions internes⁴⁷ qui tranchent les litiges sous le contrôle de la CCJA de l'OHADA siégeant à Abidjan d'une part, et d'autre part, un travail fort impressionnant de la doctrine⁴⁸ qui critique les insuffisances de certaines dispositions des Actes Uniformes et des

⁴³ Pour le cas du Cameroun, Eyikie Vieux, « Les garanties du droit d'accès au juge au Cameroun », *Juridis Périodique* No. 121, Mars 2020, pp. 155-169.

⁴⁴ M. Kirsch, « Historique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », *Revue Penant*, n° 827, Spécial OHADA, p. 130 et s.

⁴⁵ En ce sens, J. Kamga, *op. cit.*.

⁴⁶ J. Gatsi, « La jurisprudence, source du droit OHADA », *Juriscope*, 2012, p. 1 s. ; *Revue congolaise de droit*, Juillet-octobre 2012, n° 9.

⁴⁷ Certains auteurs proposent une « révisitation » des structures judiciaires des Etats parties à l'OHADA en constituant les sections de la CCJA au niveau de chaque Etat. Voir, F. Anoukaha, « L'OHADA en marche », *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002, n° 20, p. 7.

⁴⁸ M. Malaurie disait « qu'au XXe siècle, jurisprudence et doctrine procèdent par regards croisés, l'un étant le miroir de l'autre et vice versa », in « La pensée juridique du droit civil au XXe siècle », JCP Ed. G., *La Semaine Juridique*, n°1, 3 janvier 2001, p. 10.

décisions de la Cour, pour les améliorer, obligeant le plus souvent le législateur à revenir sur sa copie.⁴⁹ Cet état de chose traduit le dynamisme du droit OHADA.

En réalité, la garantie de la sécurité judiciaire dans l'espace OHADA est du monopole de la CCJA en l'absence des juridictions nationales spécialisées⁵⁰ ou décentralisées.⁵¹ En vue d'assurer une unité juridictionnelle dans l'interprétation et l'application des Actes Uniformes par les tribunaux des Etats membres, l'OHADA a décidé de la mise en place d'une juridiction suprême, intervenant en ultime ressort sur toute question relative à l'application du traité et de ses instruments juridiques. En effet, il ressort de l'article 14 du Traité de l'OHADA et du règlement de procédure de la CCJA que la CCJA joue d'abord un rôle purement consultatif⁵² et un rôle de dernier degré de juridiction dans l'espace.⁵³ Elle joue ainsi un rôle central en matière d'intégration juridique, de régulation et d'unification de l'application du droit dans l'espace couvert par l'OHADA. Elle se positionne alors en cette qualité comme un levier important dans la promotion des investissements.

En effet, l'existence de cette Cour est plus que rassurante pour les investisseurs en ce que son personnel se trouve en principe⁵⁴ « *déconnecté des autorités exécutives de chacun des pays de la sous-région* »⁵⁵ et bénéficie d'une formation continue sur le contenu du droit uniforme assurée par l'ERSUMA.⁵⁶ Elle représenterait alors pour les investisseurs étrangers une structure fiable et sécurisante pouvant leur garantir une meilleure protection en cas de conflit avec des investisseurs locaux.

L'OHADA ne s'est pas uniquement contentée dans sa quête ardente d'attractivité des investissements de polir son arsenal juridique, elle s'est en plus inscrite pour plus de sécurité

⁴⁹Il faut dire qu'à ce jour sur les dix Actes Uniformes en vigueur, 7 ont déjà subi des réformes par suite du travail impressionnant de la Cour et de la doctrine Ohada. Le plus récent intervenu étant la réforme de l'AU portant sur les procédures simplifiées et voies d'exécution du 16 Octobre 2023.

⁵⁰ J. Kamga, *op. cit.*

⁵¹ F. Anoukaha, *op. cit.*, p. 7 ; D. Mbow, *op. cit.*, p. 98.

⁵² Elle peut être saisie par le Conseil des ministres, les États-parties, et même les juridictions nationales des états pour toute question relative à l'application du traité.

⁵³ En cette qualité, il ressort du Rapport final du PACI que de 2015 à 2021 la CCJA a rendu 1493 arrêts dont 38 en relation avec l'arbitrage

⁵⁴ Ils doivent leur nomination à ces autorités exécutives, ce qui peut parfois entamer leur intime conviction.

⁵⁵ P. Moussa, « L'investissement privé étranger en Afrique : atouts et obstacle », *Afrique contemporaine*, n° 204, 4^e trimestre, 2002, Dossier Népad, p. 40, cité par D. Mbow, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁶ L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature est située à Porto-Novo au Bénin.

pour les investisseurs dans une politique d'affermissement et d'adaptation de son environnement des affaires aux principes universels.

B- La constante recherche de l'universalisme

L'OHADA s'est fixée pour mission de répondre favorablement aux attentes des opérateurs du commerce international en leur offrant un équilibre entre les principes de liberté contractuelle, de sécurité juridique et d'efficacité économique. Pour y parvenir, l'organisation a choisi d'une part de s'ouvrir aux autres systèmes de droit pour plus de compétitivité (1) et d'autre part d'assainir son marché (2). Pour étayer notre argumentaire dans cette partie, il serait fastidieux de faire le tour de tous les actes uniformes déjà adoptés par l'OHADA. C'est pourquoi nous nous appuyerons essentiellement sur le droit de la vente commerciale⁵⁷ et le droit des contrats de transport,⁵⁸ deux contrats dont l'aspect international,⁵⁹ la nécessité sociale et l'importance économique ne sont plus à démontrer.

1- Le rapprochement vers ou l'ouverture aux autres systèmes de droit

Originellement prévu pour des pays ayant en partage le Franc CFA et l'usage de la langue française, le droit OHADA, droit d'origine romano-germanique a depuis lors vocation à s'élargir aux Etats lusophones, anglophones et arabophones, ce qui devra lui permettre de matérialiser malgré certaines réticences⁶⁰ son « ambition panafricaine »⁶¹ et même internationale.⁶²

Concrètement, ce rapprochement s'effectue par l'incorporation dans son arsenal juridique des notions ou concepts empruntés des systèmes d'inspiration anglo-saxon ou Common law et largement utilisés dans les conventions internationales. En effet, l'adaptation du droit des

⁵⁷ Voir Livre VIII de l'Acte uniforme portant sur le Droit Commercial Général en abrégé AUDCG de 2010 entré en vigueur en 2011.

⁵⁸ Voir l'Acte uniforme portant sur les Contrats de Transport de Marchandises par Route en abrégé AUCTMR de 2003 entré en vigueur en janvier 2004.

⁵⁹ En effet, il reste incontestable que la rédaction du dispositif législatif relatif à ces deux droits est largement tributaire des instruments internationaux que sont la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises (CVIM) ; les Principes d'UNIDROIT sur le contrat commercial international (PICC) et des Principes européens de droit des contrats (PECL).

⁶⁰ P. G. Pougoué, « L'Ohada au service de l'économie et de l'entreprise », centre for comparative law in Africa (CCLA), 2013, pp. 20-27.

⁶¹ F. Anoukaha, *op. cit.*

⁶² J. Lohoues Oble, *op. cit.*

contrats classiques aux nouvelles réalités économiques⁶³ a nécessité l'aménagement de certains principes jadis intangibles dans ce droit.⁶⁴ En effet, tout serait parti des récriminations adressées par le tout premier rapport Doing Business de 2004 contre les systèmes judiciaires des pays de tradition civiliste qui sont accusés d'être trop coûteux, trop lents et trop compliqués. Malgré la réaction contestataire de la doctrine civiliste en général⁶⁵ et à la suite de l'amorce observée dans les instruments internationaux de droit uniforme,⁶⁶ l'OHADA a compris la nécessité d'introduire dans son arsenal juridique plusieurs notions originaires de la Common law, ce qui justifiera une vague des réformes à partir des années 2010 afin de répondre aux attentes des investisseurs encore sceptiques, et ainsi de se frayer un chemin dans la globalisation économique.

En général, il faudra reconnaître qu'en matière d'encadrement contractuel, il y a une concurrence de plus en plus frontale dans le processus des politiques d'unification entre les règles moins flexibles du droit civil et des règles plus flexibles de la Common law. La présente évolution en droit OHADA est largement impulsée par des règles qui sont dominantes dans la mondialisation du droit.

A titre d'illustration, la consécration des règles relatives à la *favor contractus*.⁶⁷ Tirée de la Common law, elle est marquée essentiellement par des intrusions multiformes du juge dans la sphère contractuelle pour apprécier au cas par cas des concepts mous,⁶⁸ et en conséquence, elle supplée l'autonomie de la volonté et permet au juge considéré comme un *penitus extranei* ou même à une seule partie au contrat de réguler le contrat.

⁶³ Cela s'opère par l'introduction de concepts étrangers tels que les contrats de gestion ou le know-how, le leasing, le factoring, le franchising et la fiducie. D'ailleurs, l'arrivée de ces contrats a enrichi la classification classique des contrats spéciaux, en ce sens J. C. Mebu Nchimi, *Contrats civils et professionnels, comprendre, conclure et exécuter*, PUA, 2019, p. 24.

⁶⁴ Par exemple le cas du principe de la force obligatoire. Voir C. Monkam, "Réflexion sur le fondement de l'affaiblissement de la force obligatoire du contrat en droit OHADA", *Revue de Droit Uniforme*, Vol. 24, Issue 3, 2019, pp. 576-604.

⁶⁵ Voir en général, *Revue de droit Henri Capitant (Henri Capitant Law Review)*, Regards civilistes sur l'analyse économique du droit, N° 1, 1er octobre 2010 cité par J. P. Lowe, *op. cit.*, p. 361.

⁶⁶ Notamment la Convention de vente internationale de marchandises (CVIM) ; les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (PICC) et des Principes européens de droit des contrats (PECL).

⁶⁷ Non pas comme instrument au service des parties, mais comme instrument au service de l'économie nationale, communautaire ou internationale. Voir E. S. Darankoum, « La protection du contrat dans l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », *Revue de droit uniforme*, 2008, p. 229. Il affirme que malgré le fait que la notion de *favor contractus* ébranle certains aspects de la conception classique de la liberté contractuelle, elle renforce l'idéal d'une justice contractuelle.

⁶⁸ Pour le cas du raisonnable, C. Monkam « Le 'raisonnable' en droit OHADA: Réflexion à partir du droit des contrats de transport de marchandises par route », *Revue de droit international et de droit comparé (RDIC)*, No. 4, 2016, pp. 537-564.

Ensuite, l'incorporation des concepts comme la *corporate governance*⁶⁹ liés à la notion d'*efficacité économique*, provenant du courant d'analyse économique du droit⁷⁰ très poussé dans le système de la Common law. L'efficacité⁷¹ renvoie à la capacité d'un concept ou d'une notion à produire un rendement probant ou d'avoir un impact positif sur un système ou dans un milieu quelconque.⁷² Elle rime en principe avec performance. La notion d'efficacité économique innerve la règle de droit de son élaboration à la production de ses effets concrets, permettant ainsi de mesurer les écarts entre le droit et son application. L'idée est d'expliquer et d'évaluer les règles juridiques à travers l'application des hypothèses économiques théoriques (la rationalité, la maximisation de l'utilité, les mécanismes incitatifs, etc.) et des critères économiques de jugement comme l'équilibre et l'optimalité. L'évaluation de l'attractivité passerait donc par l'expérimentation et l'implémentation de telles notions. L'OHADA qui est un espace d'intégration juridique visant l'attractivité et la compétitivité, et donc le développement, ne pouvait que manifester un intérêt tout particulier pour l'économie du droit. En effet, la construction du droit ne peut se concevoir indépendamment de ses effets sur son environnement économique et social. En pratique, il s'agit de mesurer les effets produits par les Actes uniformes sur l'environnement économique et les confronter aux effets ou objectifs normativement désirés. De cette évaluation des règles, le législateur décide de revoir ou non le dispositif juridique.

Enfin, on peut utilement relever l'action sociale⁷³ qui est en effet la transposition en droit des sociétés OHADA de la *derivative action* de la Common law.

Il en ressort au final que progressivement, l'élaboration du droit OHADA obéit beaucoup plus, comme le dit M. Massamba, à la volonté d'assainir l'environnement des affaires en mettant à la

⁶⁹ Il s'agit du système par lequel les entreprises sont dirigées et contrôlées. P. S. A. Badji, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSCGIE révisé », *Revue de l'Ersuma*, No. 6, 2016, p. 14 ; du même auteur « OHADA et bonne gouvernance », *Revue de l'Ersuma*, No. 2, 2013, p. 210 ; A. Sunkam Kamdem et G. Nguefack Donzeu, « L'attribution d'actions gratuites aux salariés en droit des sociétés commerciales OHADA », *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, 2017, https://doi.org/10.1093/ulr/unx033_5; R. Nemeudeu, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, Thèse Strasbourg III, 2000, pp. 272 et 273.

⁷⁰ Ce courant connu sous l'appellation générique de 'Law and Economics' est né aux Etats-Unis au début des années 1960 et a pour disciples, entre autres, les économistes Ronald Coase (« The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, 1960 ; Richard Posner (*Economic Analysis of Law*, 1973); George Stigler (« Law or Economics », *Journal of Law and Economics*, 1992. Pour les adversaires, on a James Buchanan (« Good Economics, Bad Law », in *Freedom and Constitutional Contract: Perspective of Political Economist*, Texas A & M University Press, 1977) et Ronald Dworkin ("Is wealth a value?" *The Journal of Legal Studies*, 1980).

⁷¹ Pour une analyse de la notion, voir E. Mackaay, « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », Présentation au Colloque sur *L'efficacité du contrat* tenu à la Faculté de droit de l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille, Aix-en-Provence, le 11 juin 2010.

⁷² *Dictionnaire Le Robert de poche*, édition mise à jour, 2014, p. 232.

⁷³ Art. 166 AUDSCGIE.

portée des opérateurs économiques des mécanismes appropriés pour maximiser les chances de stabilisation de leurs activités, les rentabiliser, optimiser leur compétitivité et se performer.⁷⁴ Le besoin d'assainissement et d'adaptation du marché participe aussi de cette mission.

2- *L'incorporation des valeurs universellement partagées*

L'OHADA est l'expression d'un libéralisme juridique c'est-à-dire une approche totalisante de la régulation de la société qui inclut dans son paradigme l'aspect juridique, économique, social, culturel et même politique. Elle projette donc la place du droit dans la société en ce qu'elle conditionne l'attraction des investissements. Toutefois, afin d'éviter que l'univers des affaires ne devienne une jungle pour les acteurs économiques tournés vers le gain à tous les prix, l'OHADA dans sa mission normative a voulu s'inscrire dans une logique de création d'un environnement de transparence pour une concurrence pure et parfaite fondée d'une part sur les bases éthiques de l'entreprise libérale transnationale⁷⁵ et d'autre part dans le respect des droits humains, notamment le droit de propriété.

Pour ce qui est des bases éthiques, il faut dire que l'envahissement de la sphère contractuelle par des considérations économiques découlant d'un libéralisme à outrance nécessite que la société en général se vête d'un socle éthique humanisant capable de protéger la partie vulnérable du contrat.⁷⁶ En effet, dans une approche philosophique du rapport éthique et droit, un auteur affirme que « *le noyau éthico-politique des sociétés contemporaines est en effet en péril dans un néolibéralisme économique envahissant. Ce qui convie irrémédiablement le droit positif à se vêtir d'un socle éthique approprié et surtout humanisant* »⁷⁷. Plus que hier donc, la pénétration de la règle morale dans le monde juridique⁷⁸ et des affaires⁷⁹ vient rappeler la question de l'éminente dignité de l'être humain.

⁷⁴ R. Masamba, « Attractivité économique du droit OHADA. Etude macroéconomique », in P. -G. Pougoue (dir.), *Encyclopédie du droit : OHADA*, Lamy, 2011, sp. p. 377.

⁷⁵ A. Sunkam Kamdem (dir.), *Considérations éthiques dans le droit des affaires de l'OHADA*, édition Véritas, collection droit et science politique, Douala 2020 ; M. Kamto, *op.cit.*, pp. 90-91.

⁷⁶ J. Manekeng Tawali, *Essai sur la justice contractuelle. Contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, Thèse de Doctorat, Université de Laval, 2015.

⁷⁷ J. Teguezem, « Ethique et droit », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, Tome 12, 2008, pp. 177-197, spéc. p. 196.

⁷⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949.

⁷⁹ B. Oppetit, « Ethique et vie des affaires », in Mél. A. Colomer, *Librairies techniques* 1993, p. 327 ; F. Buy et J. Théron, « L'éthique de l'entreprise », *La Semaine Juridique- Entreprise et Affaire*, n° 25, 20 Juin 2013, pp. 24-30 ; P. Diener, « Ethique et droit des affaires », *Dalloz* 1993, p. 17.

L'éthique est un ensemble de principes qui guident les comportements sociaux et professionnels.⁸⁰ Dans sa politique de promotion du développement par le droit, l'OHADA l'a bien compris et s'emploie à travers les actes uniformes à concilier cette promotion et les contraintes de la moralisation de la vie des affaires. Ainsi la prise en compte des règles morales s'observe dans le droit de la vente commerciale,⁸¹ le droit des sociétés commerciales,⁸² le droit des procédures collectives,⁸³ le droit des transports,⁸⁴ les voies d'exécution,⁸⁵ les sûretés, le droit comptable, l'arbitrage, pour ne citer que ceux-là. La notion d'éthique irradie donc le droit OHADA dans toute son entièreté à travers les notions de transparence, de coopération, de solidarité, de bonne foi, de loyauté, d'équité, de fidélité, de citoyenneté, de sécurité et de bonne gouvernance.⁸⁶ A ce titre, les comportements non éthiques seront au minimum une source de responsabilité⁸⁷ ou alors une déchéance en fonction du domaine concerné.

Pour ce qui est des droits humains, le législateur OHADA met un accent particulier sur la protection de la propriété dans tous ses aspects⁸⁸ en régulant scrupuleusement à travers les voies d'exécution et les sûretés les mesures propres à sa sécurisation. Cette idée transparait aussi à travers l'exigence de la séparation d'activités dans le cadre de l'exercice de l'activité commerciale par deux époux. La consécration par l'OHADA des sociétés basées sur l'*intuitu pecuniae* exprime aussi dans une certaine mesure le souci de préservation et d'extension de ce droit aux personnes non encore constituées (*infans conceptus*).

Cette tendance à une mondialisation d'un droit moralisé séduit outre atlantique et inspire de nouvelles visions de l'intégration juridique à large spectre comme c'est le cas avec le projet

⁸⁰ Voir G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, p. 419.

⁸¹ V. M. Tchamwock Deuffi, « La règle morale dans la vente commerciale Ohada : En faveur de la notion de la survie du contrat ? », in A. Sunkam Kamdem (dir.), *op. cit.*, pp. 15-38.

⁸² G. Nguefack Donzeu, « La responsabilité sociale de l'entreprise en droit des sociétés commerciales de l'Ohada : une lecture critique sous le prisme de l'éthique des affaires », in A. Sunkam Kamdem (dir.), *op. cit.*, pp. 97-128.

⁸³ L. J. B. Tchouambia Tomtom, « L'éthique dans les procédures collectives d'apurement du passif », in A. Sunkam Kamdem (dir.), *op. cit.*, pp. 285-316.

⁸⁴ P. H. Kagou Kenna, « L'éthique en droit des transports », in A. Sunkam Kamdem (dir.), *op. cit.*, pp. 219-259.

⁸⁵ P. Boubou, « L'éthique dans les procédures d'exécution forcée de l'Ohada. Regard sommaire d'un praticien du droit », in A. Sunkam Kamdem (dir.), *op. cit.*, pp. 15-38.

⁸⁶ P. S. A. Badji, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*

⁸⁷ P. Ancel, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », *Revue Juridique Thémis*, n° 45, 2011, pp. 87-114, spéc. p. 95.

⁸⁸ F. Ndjamono Onguila, « La protection du créancier titulaire d'une réserve de propriété en droit de l'Ohada », *Revue Penant* No. 908, juillet 2019, p. 394 ; Y. R. Kalieu, « L'apport du droit Ohada au régime du nantissement des droits de propriété intellectuelle OAPI », www.actualitésdudroit.fr ohada, consulté le 26 novembre 2023.

OHADAC⁸⁹ et en Afrique australe. C'est dire que le droit OHADA s'est attaché à traiter des questions déterminantes pour une évolution économique, d'où un degré élevé de sa pertinence.

Toutefois, ces efforts fournis par le droit OHADA en vue d'une meilleure diffusion du droit en échange d'une attractivité des investissements peuvent-ils s'inscrire dans la durée et parvenir à la réalisation d'une attractivité globale dans l'espace? Rien n'est certain puisque de nombreux défis demeurent sur le chemin d'une attractivité globale.

II- Les défis pour une attractivité pérenne du droit OHADA

30 ans après l'entrée en vigueur du traité OHADA, l'objectif final, l'attractivité des investissements est confrontée à des difficultés importantes⁹⁰ qu'il convient de solutionner. Certes, de considérables progrès ont été faits mais une redynamisation du contenu (A) et des acteurs (B) de ce droit demeure requise pour parvenir à un résultat optimal.

A- Les défis liés à la nature des règles existantes

Le droit mis en place dans l'espace est parfois décrié du fait de son inadaptabilité au contexte local et de son ineffectivité en tant que régulateur social. Le législateur devra pour plus de sécurité juridique et de rayonnement revoir le contenu des actes uniformes pour en corriger les aspérités et favoriser un dialogue permanent entre la juridiction suprême et les juridictions nationales. Cela passe par une adaptation des règles pour plus d'effectivité.

1- Le défi de l'adaptation des règles

Bergel estime que pour qu'un droit soit adapté, « *il faut que le droit soit compatible avec les aspirations des peuples et l'opinion publique pour que le corps social ne le rejette pas. Sinon, faute de le pénétrer dans l'ordre juridique il reste lettre morte et perd toute son effectivité* ». ⁹¹

Cette pensée de Bergel est fort inspirante lorsque l'on questionne les règles mises sur pied par l'OHADA. En effet, la mission de l'OHADA est de moderniser et d'harmoniser le droit des affaires des Etats membres en vue d'une intégration économique et l'établissement d'un marché

⁸⁹ Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe qui comporte une trentaine d'Etats parties.

⁹⁰ Atangcho N. Akonumbo, *op. cit.*

⁹¹ J. L. Bergel, « La relativité du droit ? », *Revue de la Recherche Juridique* No. 3, 1986, p. 16.

commun dans une Afrique en quête d'identité.⁹² Cependant, étant fortement inspiré de la culture juridique occidentale, on est bien fondé à se demander si cette culture épouse les prérequis et les perspectives de développement des économies des Etats membres de l'espace OHADA. On peut en douter, si on se réfère à l'analyse de quelques aspects du droit en vigueur qui semble être bien en déphasage avec certaines réalités locales.

La langue. La langue est le seul canal par lequel la communication est possible entre personnes. Elle joue un rôle important dans la diffusion du droit.⁹³ L'appartenance des états membres de l'espace OHADA à la zone franc a initialement contribué à négliger le multiculturalisme qui caractérisait l'espace en ce que le français était l'unique langue de travail, cela pouvant se justifier par la filiation des règles de droit applicable. Malgré la réforme du traité qui a introduit trois autres langues à savoir l'anglais, l'espagnol et le portugais aux côtés du français, ce dernier est curieusement resté la première langue authentique,⁹⁴ les instruments juridiques ne pouvant qu'être « traduits » dans d'autres qui apparaissent comme des langues marginales. Cette situation débouche sur des conflits d'interprétation, de diffusion et d'assimilation de nature à créer une insécurité juridique et judiciaire.⁹⁵

Le mimétisme juridique. La socialisation du droit impose que ses règles prennent en compte la culture du milieu dans lequel il s'applique. Elle implique nécessairement une adaptation des règles au contexte socio-économique. Or, on observe en droit OHADA un mimétisme juridique parfois servile qui éloigne le droit de ses utilisateurs. Certains ont tât attribué la faible qualité des textes à « une formation juridique insuffisante des rédacteurs des textes et à la hâte excessive de leur préparation et examen ».⁹⁶ En effet, l'analyse du contenu du droit OHADA montre qu'il a été conçu pour une société industrielle et non une société entrepreneuriale. Ce qui justifie d'une part la reproduction ou le renvoi pur et simple aux conventions internationales et aux principes généraux de droit: cas de l'Acte uniforme sur les contrats de transports de marchandises par route qui est une copie quasi-conforme de la CMR européenne 1956 ; du dispositif portant sur la

⁹² African Union Commission, *Agenda 2063, the Africa we want*, April 2015.

⁹³ J. Fometeu, P. Briand, L. Metangmo-Tatou (dir.), *La langue et le droit*, Paris, L'Harmattan, 2018.

⁹⁴ Voir Article 42 nouveau du Traité. N. Enonchong, "The harmonization of business law in Africa: is Article 42 of the OHADA Treaty a problem?", *Journal of African law*, 2007, p. 95.

⁹⁵ J. Melong, « Implementation of Ohada laws in a bilingual and bijural context : Cameroon as a case in point », *ERSUMA Law Review*, No. 2, 2013, pp. 259-279; M. Tumnde, "The applicability of OHADA Treaty in Cameroon", *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques*, Université de Dschang, 2002, p. 24 ; J. Gatsi, « L'applicabilité du droit des affaires de l'OHADA dans la partie anglophone du Cameroun », *Revue trimestrielle de droit et des activités économiques*, No. 00, 2006, pp. 3-40.

⁹⁶P. S. A. Badji, « Réflexion sur l'attractivité du droit OHADA », *op. cit.*

vente commerciale dans l'Acte uniforme sur le droit commercial qui provient de la convention de la vente internationale de marchandises de 1980 ; de l'arbitrage qui est calqué sur le modèle du CIRDI alors qu'il ne ouvre que les règles qui opposent les acteurs privés; du renvoi à la convention de New York de 1958 sur l'exécution des sentences arbitrales obtenues de la CCJA et exécutées en dehors de l'espace OHADA, etc.. ; cas des principes d'UNIDROIT, Principes européens du droit des contrats. D'autre part, le législateur ne s'est pas départi de sa filiation coloniale avec la France chez qui il a copié plusieurs règles.⁹⁷ C'est le cas des lois françaises du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et du 15 mai 2001 (NRE) sur les exigences de transparence et de développement durable. Ce qui fera dire à M. Badji que « le désir d'attractivité ne doit pas pousser le législateur OHADA à réformer ses textes parce qu'ailleurs cela s'est fait »⁹⁸, la servilité législative étant désavantageuse pour les entrepreneurs locaux.

La fracture numérique. Les technologies de l'information et de la communication jouent un rôle économique majeur dans la compétitivité des entreprises et dans l'efficacité des services.⁹⁹ Le législateur a cru devoir innover en intégrant dans son dispositif juridique des règles propres au progrès des techniques de la communication et de l'information (l'informatisation du registre de commerce et du crédit mobilier, lettre de voiture électronique, commerce électronique, preuve électronique, visioconférence, cyberjustice, bref l'administration électronique des affaires et des conflits qui en résultent). Ce faisant, il n'a pas tenu compte du coût et de l'entretien que génèrent les installations, et donc du degré de pénétration de ces techniques, ce qui rend parfois difficile l'implémentation des règles mises sur pied. En effet, cette utilisation dans la gestion des affaires élève la complexité de la régulation des relations juridiques dans un contexte de fracture numérique profond et d'analphabétisme informatique rampant. En fait, l'utilisation massive de l'électronique dans les échanges commerciaux est encore mal perçue en Afrique en raison de l'absence d'infrastructures adéquates garantissant un niveau de sécurité appréciable et de la réticence des investisseurs. Cette absence limite considérablement l'efficacité des règles mises sur pied. D'ailleurs M. Abdoullah Cissé reconnaît que l'absence de législation uniforme sur les nouvelles technologies dans la zone OHADA contribue à amoindrir l'efficacité des innovations

⁹⁷ Toute chose qui compromet son effectivité dans certains pays comme le Cameroun qui a une tradition bijuridique, les juristes common law réclamant un certain degré d'intégration des concepts originaires de leur système. Atangcho N. Akonumbo, *op. cit.*, p. 60.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ V. Bepyassi Ouafu, « Les technologies de l'information et de la communication à l'épreuve du développement économique au Cameroun », *Ohadata D-16-01*, 2016.

apportées par les actes uniformes et détourne une bonne partie des investissements au profit d'autres régions qui ont misé sur les nouvelles technologies.¹⁰⁰

La cohabitation juridique. L'OHADA intervient dans un contexte de développement de politiques d'intégration économique et juridique. Dans son applicabilité qui est directe, le droit matériel uniforme est souvent confronté aux textes relevant des organismes d'intégration sous régional de même degré portant sur le même domaine, et parfois contradictoires. Afin d'éviter la question de conflit des normes¹⁰¹ du fait de leur champ d'application matériel identique, il est intéressant que le législateur OHADA règle la question de sa cohabitation avec ces autres ordres juridiques d'égale valeur à l'instar de la CEMAC et de l'UEMOA.¹⁰²

2- Le défi de l'effectivité du droit

Bien que le dispositif normatif soit quantitativement considérable, il faudra reconnaître que l'effectivité des règles en vigueur est loin d'être totalement acquise du fait des incohérences observées dans leur contenu et dans la pratique judiciaire.

Dans le contenu des règles, on observe d'une part un dédoulement des sources du droit pénal et une incohérence liée à l'utilisation de certains concepts à contenu variable. En effet, pour contrer la délinquance économique, le législateur a choisi d'incriminer les pratiques déshonorantes pour la vie des affaires, notamment en droit des sociétés, en essayant d'atténuer les risques d'insécurité liés à la balkanisation du droit pénal. Dans le processus, il s'est limité à l'incrimination et a laissé le soin aux Etats parties d'en déterminer les sanctions.¹⁰³ Il procède donc par un partage de compétence législative. Cependant, l'absence d'une part de l'adoption des lois pénales spéciales dans certains Etats et la question de leur disparité dans d'autres (cas du Cameroun et du Sénégal) a plutôt tracé la voie à l'émergence des paradis pénaux, ce qui défavorise les Etats aux sanctions pénales rudes qui sont délaissés au profit de ceux aux sanctions plus souples. La balkanisation des sanctions pénales serait donc source d'insécurité

¹⁰⁰ Abdoullah Cissé, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'Ohada à l'épreuve de sa première décennie », *Revue internationale de droit économique*, No. 2, 2004, p. 201.

¹⁰¹ K. Kouadio, « Conflit de normes et application du droit communautaire dans l'espace OHADA », *Actualités Juridiques*, No. 70, 2011 ; *Ohadata D-13-20*, <http://www.ohada.com/download/ohadata/D-13-20.pdf>, consulté le 21 novembre 2023.

¹⁰² F. M. Sawadogo, « La problématique de la cohabitation des ordres juridiques OHADA, UEMOA et CEDEAO », in Actes du colloque sur la mise en cohérence des processus d'intégration économique et juridique, Ouagadougou, 8, 9 et 10 janvier 2007, inédit.

¹⁰³ Voir Article 5 al. Du Traité OHADA.

juridique et va à l'encontre du principe qui voudrait qu'en matière pénale les incriminations soient définies au même moment que les sanctions pour plus d'efficacité.

En plus, le droit OHADA comporte des notions aux contours mal définis qui requièrent pour leur compréhension une intervention quasi systématique du juge. C'est le cas du raisonnable¹⁰⁴ et du juste motif.¹⁰⁵

Pour ce qui est de la pratique judiciaire, il est couramment reproché à la CCJA la qualité de la justice et son coût, surtout en matière d'arbitrage. Toute sa crédibilité¹⁰⁶ est donc mise à rudes épreuves. En effet, l'éloignement de la Cour commune de justice et d'arbitrage (Abidjan, Côte d'Ivoire) constitue bel et bien une entorse à son effectivité et l'application des frais élevés d'arbitrage ne favorise pas non plus sa vulgarisation. Pourtant, c'est bien la sécurité judiciaire qui garantit la sécurité juridique et assure l'effectivité de l'attractivité. Il est donc urgent de penser à la création des juridictions spécialisées décentralisées en charge de l'application du droit uniforme et à une redéfinition de l'office du juge OHADA afin qu'il puisse effectivement dans un cadre convivial répondre aux aspirations des acteurs économiques.

Il en ressort que l'adoption des règles de droit à elle seules ne peut pas garantir le développement économique quand ces règles s'éloignent des réalités sociologiques de la société dans laquelle elles s'intègrent et font corps.¹⁰⁷ Il en est de même lorsque la société en question est en proie aux difficultés d'ordre structurel.

B- Les défis d'ordre institutionnel

L'espace OHADA couvre un ensemble d'Etats qui constituent les vrais acteurs de l'animation de l'activité législative et donc juridique de l'institution à travers la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement et le Conseil des ministres. Cet état de fait suppose que tout fait politique, social, économique et même culturel qui se déroule ou affecte l'un des Etats membres produit d'une certaine façon un effet pervers sur l'efficacité du système d'attractivité mis en place par l'organisation et ainsi sur le climat des investissements. Plusieurs facteurs qui sont nocifs pour

¹⁰⁴ C. Monkam, « Le 'raisonnable' en droit OHADA: Réflexion à partir du droit des contrats de transport de marchandises par route », *op. cit.*

¹⁰⁵ A. Akam Akam, « Soliloque sur un exemple d'incohérence en droit OHADA: La cessation des fonctions des dirigeants sociaux », in A. Akam Akam (dir), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, p. 101 ; P. S. A. Badji, « Réflexion sur l'attractivité du droit OHADA », *op. cit.*

¹⁰⁶ J. Kamga, *op. cit.*

¹⁰⁷ A. A. de Saba, « Un nouveau droit des affaires pour attirer les investisseurs en Afrique, Est-ce suffisant ? », *Finance & Bien commun*, No. 3, 2007, pp. 96-104.

une attractivité sereine de l'investissement existent et se développent avec acuité dans l'espace OHADA.¹⁰⁸ Malheureusement, seuls les Etats dépositaires de souveraineté disposent d'une marge de manœuvre pour les éradiquer, ou du moins les aménager, afin de permettre aux règles de droit et aux autres acteurs de développement de jouer leur partition. De manière générale, on pourra évoquer les problèmes politique ou de gouvernance, sécuritaire, monétaire ou financier, infrastructurel, etc. Nous les analyserons sous deux grands groupes, à savoir le requis de gouvernance et le requis financier.

1- Le requis de gouvernance

La gouvernance dont il est question ici intègre un certain nombre d'aspects qui sont importants pour la stabilité des Etats et donc de l'espace OHADA. Ils sont d'ordre politique, sécuritaire et infrastructurel.

Sur le plan politique, l'instabilité constitue un sérieux frein au développement tout entier et pour le développement économique en particulier. Le risque est redouté par les investisseurs qui peuvent perdre l'essentiel de leur investissement après un incident politique (putsch par exemple) ou même un changement radical de système à travers la remise en cause des conventions précédentes et des nationalisations dans l'extrême (cas du Niger, Mali, Burkina Faso, etc.). L'instabilité peut aussi résulter de la longévité des pouvoirs gouvernants qui favorise le plus souvent la corruption sous toutes ses formes, les détournements de fonds publics, l'inhibition de l'initiative privée de peur de l'inconnu, la xénophobie économique, etc. Progressivement, on observe surtout dans les Etats membres une nette amélioration des progrès démocratiques, même s'il subsiste des réticences. Il reste à espérer que des initiatives et efforts soient déployés pour maintenir cette stabilité.

Sur le plan sécuritaire, les relents d'émancipation des peuples sur le plan interne de certains pays (Cameroun, Congo, Centrafrique, République Démocratique du Congo, Togo), la lutte contre le terrorisme et le blanchiment des capitaux dans d'autres (pays sahéliens surtout), et la piraterie maritime dans le Golfe de Guinée sont autant de frein à l'attractivité des investissements ou à la fuite des capitaux. Heureusement, des initiatives locales et internationales tentent tant bien que mal à travers l'adoption des mesures globales à éradiquer ces fléaux. Le législateur OHADA

¹⁰⁸ Atangcho N. Akonumbo, *op. cit.*, pp. 50-57.

gagnerait aussi à accompagner juridiquement les Etats dans cette entreprise de normalisation économique.

Sur le plan infrastructurel, l'absence d'infrastructures solides dans le domaine des transports, des nouvelles technologies de l'information et de la communication et de la formation constitue un frein au plein essor du développement économique. La pratique du transport de marchandises par route et même du transport de personnes se fait à plusieurs vitesses dans les deux blocs formant l'OHADA du fait du faible entretien du réseau routier qui est mieux attrayant en Afrique de l'ouest qu'en Afrique centrale. Ceci se ressent sur le niveau d'intégration qui existe dans les deux espaces régionaux. Les initiatives sont en cours pour plus d'intégration par voie routière, ce qui facilitera à coup sûr les échanges économiques sur les différents corridors.

Si la question de la valeur économique des NTIC n'est plus discutée de nos jours, sa réception juridique par le droit OHADA pose un sérieux problème au niveau infrastructurel. En effet, l'absence ou la faiblesse de l'implantation des supports de diffusion de ces technologies constitue un frein à la mise en œuvre des mesures prises. Les Etats membres gagneraient à investir dans la modernisation des infrastructures liées à l'utilisation des NTIC et aussi renforcer leur arsenal juridique pour faire face aux risques liés à leur utilisation. Cette modernisation des infrastructures a un coût économique dont nombre d'Etats membres ne peuvent se le permettre à cause des aléas financiers.

2- Le requis de la finance

A l'évidence, les Etats membres de l'OHADA font face à un problème de la dette qui serait lui-même exacerbé par la question monétaire.

En effet, d'un côté l'économie de la presque totalité des Etats formant l'OHADA vit grâce aux fortes doses de perfusion financière injectée sous forme d'aides extérieures soit par les institutions de Bretton woods¹⁰⁹ ou provenant de la coopération bilatérale avec les Etats partenaires. La rareté des moyens financiers propres empêcherait donc ces Etats à se concentrer sur les objectifs de développement ou alors les orientations données par les institutions sus-évoquées pour les fonds alloués par eux ne leur offrent pas de manœuvres suffisantes dans le choix des politiques de développement économiques. Il est donc urgent que ces Etats adoptent

¹⁰⁹ Il faut relever que les pays de l'OHADA appartiennent au groupe de revenus faibles et intermédiaires selon la typologie de la banque mondiale.

des politiques incitatives capables de redynamiser l'économie, ce qui en pratique serait un leurre du fait de l'absence d'une monnaie propre.

De l'autre côté, il subsiste dans l'espace OHADA l'épineuse question de la monnaie.¹¹⁰ La monnaie est l'actif qui sert à l'évaluation et au règlement des échanges. Elle sert donc au financement des activités économiques et exprime à ce titre une manifestation de souveraineté et de pouvoir. Cependant, les deux espaces formant l'OHADA ont en commun l'utilisation du Franc CFA (XAF) depuis 1958 dont les règles de convertibilité et de gestion sont différentes et échappent en principe au contrôle desdits Etats,¹¹¹ au point où il ne serait pas excessif de dire que la monnaie est un instrument de désharmonisation dans l'espace OHADA. L'absence de gestion et de contrôle de la monnaie par les différentes banques centrales ne permet pas aux Etats membres d'avoir une main mise sur les investissements qui s'opèrent sur leur territoire et donc de financer leur économie, car n'a-t-on pas coutume de dire, qui contrôle la monnaie contrôle l'économie. Le combat pour cette souveraineté monétaire devrait s'intensifier afin de pouvoir doter les Etats membres d'un réel pouvoir de financement propre.

En somme on peut dire qu'au cours des 30 dernières années d'existence, l'OHADA a considérablement progressé dans la réalisation des objectifs de développement qu'elle s'est fixée au départ au point d'en constituer une destination de prédilection pour les investisseurs.¹¹² L'œuvre juridique étant par essence une construction et une adaptation permanente et de surcroît pour un droit qui recherche encore son identité, les défis qui s'imposent à l'OHADA requièrent un effort constant dans l'œuvre régulatrice afin de pérenniser son modèle juridique et le rendre plus attractif.

¹¹⁰ A. Aly Mbaye, C. Mballa et Yawo A. Noglo, « La zone franc, d'hier à aujourd'hui : Enjeux et perspectives pour le développement et l'intégration de l'Afrique », *Revue interventions économiques*, No. 61, 2019, <https://doi.org/10.4000/interventionséconomiques.5052>, consulté le 28 novembre 2023.

¹¹¹ D. Avom et I. Noumba, « La résilience de la zone Franc à l'épreuve des critiques persistantes », *Revue interventions économiques*, No. 61, 2019, <https://doi.org/10.4000/interventionséconomiques.5466>, consulté le 28 novembre 2023.

¹¹² M. Diop et al., « L'Afrique : destination de prédilection des investisseurs », 30 juin 2015 cité par D. Mbow, *op. cit.*, p. 101.